

Vol. XIII

P.A.
Persona e Amministrazione

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

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Vera Fanti, Università di Pescara; Christine Ferrari-Breuer, Université Lyon III Jean Moulin; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Marco Magri, Università di Ferrara; Andrea Maltoni, Università di Milano; 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; Alice De Nuccio; Viviana Di Capua; Andrea Gemmi; Benedetta Giordano; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Salvatore Palumbo; Antonio Saporito; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerredá, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università "La

Sapienza” di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D’Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University Delaware; Maurizia De Bellis, Università di Roma “Tor Vergata”; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli “Federico II”; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale “Luigi Bocconi”; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università telematica Pegaso; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; Pierdomenico Logroscino, Università di Bari “Aldo Moro”; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana; Nino Paolantonio, Università di Roma “Tor Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Università di Salerno, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law; Anikó Raisz, Miskolci Egyetem; Margherita Ramajoli, Università di Milano; Renato Rolli, Università della Calabria; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tiganò, 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

Marco Magri, Genesi e protezione delle posizioni giuridiche soggettive avverso il potere pubblico: per un ripensamento della teoria della “delegittimazione” ad agire nel processo amministrativo.....	1
Luca R. Perfetti, Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse.....	45
Laura Cappuccio, Corti costituzionali “dinamiche” e tutela dei diritti.....	143
Giuliano Grüner, Interessi legittimi “fondamentali” o “semplici” interessi legittimi?....	159
Antonio Barone, Diritto amministrativo, emergenza “sistemica” e urgenza processuale.....	211
Luca Longhi, Diritti fondamentali e giurisdizione del giudice amministrativo nelle recenti linee evolutive del diritto vivente.....	221
Vera Fanti, L’autonomia sostanziale e processuale degli interessi procedurali quali diritti fondamentali.....	233
Silvia Tuccillo, Il tempo dell’azione amministrativa quale diritto fondamentale.....	257
Giuseppe Tropea, La tutela processuale amministrativa come diritto fondamentale.....	287
Nicola Pignatelli, Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione.....	325
Fulvio Cortese, Diritti fondamentali, responsabilit� dell’amministrazione e giudice amministrativo: un’introduzione.....	353
Maria Cristina Cavallaro, Le tecniche di protezione dei diritti fondamentali nella giurisdizione amministrativa.....	375
Carla Acocella, Livelli essenziali delle prestazioni e giudice amministrativo.....	391
Francesco Marone, Libert� d’iniziativa economica privata e Giudice amministrativo.....	441
Federico Dinelli, Tutela del diritto al lavoro e giudice amministrativo.....	451
Riccardo Ursi, Sicurezza e difesa nel sindacato del giudice amministrativo.....	477
Marco Calabr�, L’ambiente quale diritto fondamentale a titolarit� diffusa.....	501
Simone Torricelli, Il diritto all’istruzione nella giurisprudenza amministrativa.....	537
Margherita Interlandi, Interdittive antimafia e diritti fondamentali nella prospettiva della separazione dei poteri.....	557

SEZIONE II

Chiara Cudia, Note su abuso d’ufficio e discrezionalità amministrativa: un’alternativa (interpretativa) alla proposta di abrogazione dell’art. 323 c.p.....	583
Andrea Carbone, Considerazioni generali su buona fede e responsabilit� nel diritto amministrativo.....	603

Barbara Mameli, Libero mercato e tutela della persona, homo oeconomicus e cittadino. I diritti fondamentali al cospetto della globalizzazione.....	681
Nicola D’Agnese, Su di una visione euristica concernente la posizione di garanzia del responsabile del procedimento amministrativo: la teoria bifasica.....	729
Sveva Bocchini, Legittimazione ed interesse del terzo interveniente nel processo di legittimità: profili evolutivi.....	771
Nicoletta Vettori, L’amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi.....	813
Gabriele Serra, Il partenariato pubblico-privato nella filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici.....	851
Francesco Dimichina, Alcune riflessioni sulla tutela della concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici.....	885
Manfredi Matassa, Tutela dei diritti sociali e ‘interessi’ delle nuove generazioni.....	915
Michela Lampis, Motivazione, motivo e movente: spunti di riflessione.....	949
Andrea Gemmi, Il controllo degli investimenti in uscita: prime riflessioni sulla nuova frontiera delle funzioni economico-securitarie.....	969
Roberto Caratozzolo, La consulenza sul debito: esigenze attuali e opportunità future. .	1015
Luigi Carbone, L’insindacabilità dei consiglieri regionali e i riflessi sul giudizio di responsabilità per danno erariale.....	1043
Biagio G. Di Mauro, Per una strategia olistica di contrasto all’inquinamento da plastica: tra frammentarietà dei modelli normativi, ruolo attivo dei tribunali e responsabilità della società.....	1063
Pasquale Iorio, La stabilizzazione del personale a tempo determinato delle Autonomie Locali, con almeno 36 mesi di servizio, prevista dal decreto-legge n. 44/2023.....	1103
Mahmoud Hany M. Dalloul, Zuraeda Binti Ibrahim, Sharina Tajul Urus, Palestine and the palestinian local authorities: an analytical perspective.....	1127

SEZIONE III

Giuseppe Tropea, Brevi considerazioni sulla rimeditazione delle relazioni giuridiche di diritto amministrativo dopo la pandemia. Il libro di P. Pantalone sulla “Crisi pandemica dal punto di vista dei doveri”.....	1197
Gianluca Romagnoli, Il problema. La divaricazione della formazione dei giuristi e della loro cultura.....	1217
Donato Vese, Algorithms, competition law, public interest.....	1239
Giovanni D’Elia, Giudice umano e intelligenza artificiale: il processo amministrativo alla prova dell’imparzialità nell’era delle decisioni automatizzate.....	1267

SEZIONE I

MARCO MAGRI
Professore ordinario di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara
mgr@unife.it

**GENESI E PROTEZIONE DELLE POSIZIONI GIURIDICHE
SOGGETTIVE AVVERSO IL POTERE PUBBLICO: PER UN
RIPENSAMENTO DELLA TEORIA DELLA
“DELEGITTIMAZIONE” AD AGIRE NEL PROCESSO
AMMINISTRATIVO**

**ORIGIN AND PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS AGAINST
PUBLIC POWER: RETHINKING THE “DELEGITIMATION”
THEORY IN THE ITALIAN JUDICIAL REVIEW PROCEEDINGS**

SINTESI

Il saggio intende sollecitare il ripensamento di una prospettiva culturale largamente condivisa negli studi sulla giustizia amministrativa. La dottrina e la giurisprudenza richiamano oramai abitualmente il principio di soggettività della tutela giurisdizionale, identificandovi il moderno fondamento individualista del diritto di proporre ricorso e, soprattutto, ne deducono il tramonto dell'antica premessa che descriveva l'azione nel processo amministrativo come un'iniziativa giurisdizionale assunta per la difesa dell'interesse pubblico, in grado di dare tutela solo indirettamente, o per pura coincidenza, all'interesse della parte. Nonostante ciò, una vastissima corrente di pensiero ritiene che il compito del giudice amministrativo nel processo di annullamento non sia semplicemente quello, caratteristico del processo di parti, di pervenire a un convincimento attraverso un confronto imparziale tra le censure avanzate dal ricorrente e la tesi difensiva dell'amministrazione, ma sia essenzialmente quello di dare attuazione alla “volontà” della legge amministrativa di garantire “diritti pubblici soggettivi”, cioè all'intento del legislatore di conferire rilevanza giuridica all'interesse materiale del singolo, che entra così nel processo attraverso la qualificazione e la “protezione” accordatagli dalle stesse norme disciplinanti l'esercizio del po-

tere. Questa rifondazione soggettivistica della tutela, che imprime alla giurisdizione i caratteri di attività strumentale alla garanzia di una situazione soggettiva sostanziale, è stata foriera di notevoli progressi sul piano degli effetti della sentenza e della stessa funzionalità riparatrice del sistema italiano di giustizia amministrativa. Essa ha tuttavia operato anche in chiave limitativa dell'accesso alla tutela, riportando in auge nell'esperienza giurisprudenziale, paradossalmente, l'antica classificazione del giudizio amministrativo come tipico esempio di contenzioso a contenuto oggettivo, nel senso di destinato alla tutela di un interesse pubblico. È comune, infatti, l'opinione che il giudice, investito dell'azione di annullamento, debba attenersi scrupolosamente, prima di decidere sulla validità del provvedimento impugnato, alla massima per cui soltanto i titolari di interessi protetti e dunque "qualificati" dalle norme disciplinanti l'esercizio del potere hanno diritto di azione, poiché essi esclusivamente rivestono la qualità di soggetti "legittimati" alla proposizione del ricorso. Gli altri ricorrenti, ancorché titolari di diritti – ma di diritti non "presi in considerazione" dalla norma attributiva del potere – sono automaticamente "declassati" a *quivis de populo*, con rarissime eccezioni, che dimostrano solo la grande confusione e il rischio di continue discriminazioni che originano dal panorama appena descritto. La riflessione presentata nel saggio si sofferma criticamente soprattutto sul criterio pratico, avallato dalla dottrina e costantemente utilizzato dalla giurisprudenza, con il quale viene accertato, nei singoli casi, se il ricorrente abbia accesso alla tutela di merito in quanto effettivamente "titolare" dell'azione, oppure agisca per un interesse di mero fatto, non protetto dall'ordinamento, e sia perciò inevitabilmente destinato a vedersi opporre, in rito, una pronuncia di inammissibilità "ostativa" (art. 35 c.p.a.). Va precisato che il contributo non tratta della problematica dei cosiddetti interessi diffusi, considerata anch'essa cruciale, ma meritevole di essere tenuta distinta. Tipico è infatti il frangente processuale in cui il giudice amministrativo è chiamato a risolvere questioni attinenti alla "coagulazione" in capo al ricorrente di un interesse "adespota" o deve decidere sulla natura suffi-

cientemente “esponenziale” del soggetto collettivo che ha agito in giudizio. Il problema sul quale il saggio si focalizza nasce da una situazione completamente diversa: si tratta della circostanza in cui è stata chiesta, ma rifiutata, la tutela di interessi che, al contrario di quelli collettivi e diffusi, vengono allegati come fondati su norme squisitamente individuali, qualificanti, “protettive” di diritti, dunque in qualche modo esclusive (la proprietà e l’impresa, ad esempio) e spesso anche precisamente individuate nel ricorso, ma non sufficienti per arrivare alla sentenza di merito.

ABSTRACT

The article aims to call for a re-thinking of a cultural perspective that is widely shared in Italian administrative law studies. Despite the traditional statement of the “subjectivity” of the Italian system, a very wide current of thought considers that the judge’s task here is not simply that of reaching a conviction through an objective comparison (in the sense of impartial) between the claims made by the plaintiff and the administration’s defensive arguments, but above all to give effect to the “will” of the administrative law to secure “subjective public rights”, i.e. the legislator’s intention to give legal relevance to the material individual interest, who enters the judgement through the qualification and “protection” granted by the same rules governing the challenged decision-making process. This subjectivist re-founding, which restores to the judgement the characteristics of an activity instrumental to the guarantee of a substantial subjective situation (the legitimate interest), has been the harbinger of notable progress at the level of the effects of the judgement and of the same restorative functionality of the Italian system of administrative justice. However, it has also operated from the point of view of limiting access to protection, paradoxically bringing back into vogue in the jurisprudential experience the old classification of the administrative judgement as a typical example of litigation with objective content, in the sense of being intended for the protection of a public interest. It is common ground, in fact, that the

judge, before deciding on the validity of the contested measure, must be scrupulously aware, before deciding on the validity of the challenged decision, that only the holders of “protected” interests and therefore “qualified” by the rules governing the exercise of the power have standing to bring an action. The others are automatically “downgraded” to *quivis de populo*, with very rare exceptions, which only demonstrate the great confusion and the risk of continuous discrimination that originate from the panorama described above. The arguments presented in the article are linked to this element, in the context of the practical criterion, endorsed by a part of the doctrine and constantly used by jurisprudence, with which it is ascertained, in each individual case, whether the plaintiff has standing because of being the “owner” of the action, or whether he acts for a mere factual interest, not protected by the system, destined to be opposed, in court, by a ruling of “obstructive” inadmissibility (art. 35 c.p.a.). The contribution does not deal with the issue of so-called diffuse interests (i.e. “group litigation” or similar), which is also considered crucial, but is distinct: in fact, the procedural juncture in which the judge must resolve issues pertaining to the “coagulation” of an interest in the hands of the plaintiff, or topics related to the “representative” nature of the collective subject that has taken legal action for the annulment of the act, is different. The problem focused by this essay takes shape in a completely different situation, which takes place when the protection of interests is refused, despite the subjective right is “qualified”, because the rules protecting the appellant’s right are not the same as those that the appellant places as the basis of his application, i.e. the rules from the violation of which the appellant deduces the invalidity of the challenged decision.

PAROLE CHIAVE: giustizia amministrativa, legittimazione, titolarità, interesse legittimo

KEYWORDS: judicial review, standing rules, legitimate interest

INDICE: 1. Consolidamento e ambiguità del processo amministrativo “soggettivo”. – 2. La soggettività come attributo del dovere del giudice di pronunciare sul merito del ricorso. – 3. La soggettività come predicato del dovere del giudice di pronunciare sul rito. – 4. La sentenza di rito ostativa e la teoria della norma di protezione (o della “delegittimazione ad agire”). – 5. Considerazioni critiche sulla teoria della

norma di protezione. – 6. Sul principio di autodeterminazione dell'interesse protetto. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Consolidamento e ambiguità del processo amministrativo “soggettivo”

Oggi concordemente si riconosce che il sistema italiano di giustizia amministrativa assicuri al cittadino una tutela di carattere soggettivo, accolga cioè il principio per cui l'esercizio del diritto di ricorso è strumentale alla garanzia di posizioni o situazioni protette da norme di diritto sostanziale. L'opposta angolarizzazione che intravedeva nella tutela impartita dal Consiglio di Stato il tipico manifestarsi del principio di autonomia dell'azione dal diritto sostanziale¹, al punto da ridurre l'interesse del ricorrente a semplice condizione legittimante – soprattutto tesi come quelle di Chiovenda² e Calamandrei³, che annettevano al ricorso la sola funzione di ripristino del «diritto oggettivo» – fa parte del passato ed è considerata incompatibile con l'impostazione accolta dalla Costituzione del 1948⁴, che riconosce al giudice amministrativo «piena dignità di giudice ordina-

1 Sull'emergere della riflessione attorno alla natura pubblicistica dell'azione, premessa storica e culturale del modello processuale “sociale”, A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile, fra XX e XXI secolo*, p. 87 ss., in F. MACARIO e M. N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma Tre Press, 2017, pp. 87 ss. (spec. 103 ss., 108), anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 579 ss.

2 G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, p. 118.

3 P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 22 ss., anche in *Studi sul processo civile*, Padova, 1947 (dove le considerazioni sul processo amministrativo sono a p. 20).

4 A conclusione di un grande movimento culturale tendente alla «rimozione» delle «incrostazioni oggettivistiche» dalla disciplina del processo amministrativo, come scriveva A. PIRAS, *Interesse legittimo e processo amministrativo*, vol. I, *Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, Milano, 1963, p. 130; nello stesso senso V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, p. 27; dibattito che è rimasto però a lungo confinato all'ambito dottrinale e culturale, avendo la dottrina continuato a rilevare, dalle disposizioni della legislazione processuale crispina e dalle interpretazioni che ne dava il Consiglio di Stato, la persistenza di caratteri pubblicistici; si è potuto così parlare ad esempio, in pieno periodo repubblicano, di una «efficacia oggettiva della sentenza», secondo F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 893 ss., 906; o di una garanzia dell'interesse pubblico come scopo del processo amministrativo, rispetto quale l'interesse del cittadino è servente, secondo E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1954, p. 69 (su queste vicende, più ampiamente, F. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017; B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Annali II, Tomo II, Milano Giuffrè, 2008, 709 ss.).

rio» per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi⁵.

Nonostante questa prospettiva domini incontrastata nel moderno dibattito sulla giustizia amministrativa, alla prova dei fatti i suoi esiti sono soltanto in parte coerenti al fondamento individualista che, stando all'assunto, costituirebbe il substrato del sistema di giurisdizione soggettiva. La verità è che di questo principio – la “soggettività” della tutela – il nostro ordinamento restituisce due significati, l'uno agli antipodi dell'altro o meglio, *l'uno contro l'altro*.

2. La soggettività come attributo del dovere del giudice di pronunciare sul merito del ricorso

Si può prendere anzitutto in considerazione il percorso interpretativo culminato nel ripensamento della funzione solo eliminatoria del processo d'impugnazione, oggi formalizzato nelle norme del Codice che disciplinano l'azione in termini di diritto ad una pronuncia sul merito.

Non è senza significato che il Codice abbia abrogato disposizioni «evocative»⁶ di una giurisdizione di mero diritto oggettivo, come quella contenuta nell'art. 6 del Reg. proc. n. 642 del 1907, ove s'imponessa al ricorrente «l'indicazione degli articoli di legge o di regolamento che si ritengono violati» (art. 6) o come quella sancita dall'art. 45 R.D. n. 1054 del 1924, per cui la sentenza di annullamento doveva intendersi pronunciata «salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa». Ora l'art. 40 c.p.a. conferisce al ricorso introduttivo i caratteri tipici dell'atto di esercizio dell'azione, imponendo a pena d'inammissibilità che i «motivi specifici su cui si fonda il ricorso» (lettera d) siano allegati dal ricorrente nella forma, critica ed argomentata, della domanda giudiziale. Coerentemente, l'art. 34 c.p.a. supera la concezione soltanto demolitoria dell'annullamento, connettendo all'accertamento dell'invalidità dell'atto conse-

⁵ Corte cost., n. 204 del 2004.

⁶ I. PAGNI, *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di una processualcivilista*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del processo amministrativo visto dal basso*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 107.

guenze più soddisfattive della semplice eliminazione giuridica. Anche senza ricordare la ben nota vicenda che ha portato alla proponibilità dell'azione risarcitoria, si può citare ad esempio la disposizione del Codice sul potere decisorio che il Consiglio di Stato ha ribattezzato «cognizione ad esecuzione integrata»⁷, là dove si riconosce che il giudice possa disporre direttamente nella sentenza di annullamento le misure idonee all'attuazione del giudicato (lettera e); oppure la norma di richiamo alle azioni a contenuto condannatorio (lettera c), che in taluni casi può arrivare all'accertamento della fondatezza della pretesa e all'esaurimento del potere, anche discrezionale, dell'amministrazione.

Di molti altri istituti si potrebbe far cenno, arrivando alle stesse conclusioni. Nel complesso, insomma, sembra fuor di dubbio che il Codice ponga le premesse per l'avveramento della condizione ordinamentale, un tempo soltanto auspicata dalla dottrina, di un giudizio il cui oggetto non è più soltanto la questione di validità dell'atto impugnato⁸, ma si allarga al sottostante “rapporto” – con tutte le incognite che questo termine solleva⁹ – tra il ricorrente e l'amministrazione¹⁰.

3. La soggettività come predicato del dovere del giudice di pronunciare sul rito

Non appena tuttavia ci si collochi dal punto di vista dell'individuo che attende di sapere a quali condizioni potrà ricevere la tutela di merito, ci si accorge immediatamente dell'enorme sviluppo che nell'esperienza giuridica italiana ha avuto la sentenza di rito ostativa: la cui diffusione scava un solco profondo nell'affermazione della soggettività della giurisdizione amministrativa¹¹.

⁷ Cons. Stato, II, 12 maggio 2023, n. 4800.

⁸ F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit.

⁹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 297.

¹⁰ L.R. PERFETTI, *Processo e potere nel prisma del giudicato amministrativo: l'asimmetria ribaltata: Rileggendo la voce «Giudicato Amministrativo» di Feliciano Benvenuti*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, pp. 181 ss.

¹¹ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2020.

Il Codice non definisce le condizioni dell'azione nel processo amministrativo (il rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. è ben poco perspicuo), senza però rinunciare a presupporle, con il risultato di trasformare l'art. 35 in un'implicita autorizzazione per un uso selettivo della pronuncia d'inammissibilità. Sul piano dei requisiti dell'affermazione, non è discutibile che l'art. 39 c.p.a. richiami al processo amministrativo i principi di cui agli articoli 81 (divieto di sostituzione processuale) e 100 c.p.c. (interesse ad agire). Ma discende dalla stessa ragion d'essere del processo amministrativo, come di tutti i giudizi sulla legittimità di atti dei pubblici poteri, che la mera affermazione del ricorrente non sia sufficiente a creare in capo al giudice il dovere di pronunciare sul merito, non essendo ammessa l'azione popolare, che sarebbe altrimenti neppure troppo nascostamente riconosciuta. Appare quindi ovvio e coerente al sistema un criterio di comunicazione diretta con il diritto sostanziale che permetta al giudice, in presenza di determinate condizioni, di rifiutare la pronuncia sul merito, senza che ciò trasmodi in un illegittimo diniego di giustizia.

In tale prospettiva, le definizioni che compaiono all'art. 35 lettera b) non offrono all'interprete una base testuale particolarmente fruttuosa, tranne rimettere al giudice stesso l'operazione di cui stiamo parlando. Ci si potrebbe chiedere, come (vedremo) fa la giurisprudenza, se la «carenza di interesse» possa essere intesa come carenza d'interesse sostanziale, cioè difetto di titolarità d'interesse legittimo (non d'interesse ad agire). Ma in effetti ragionare in quest'ordine di idee non ha molta utilità, visto il carattere *bonne à tout faire* dell'inammissibilità per «altre cause ostative a una pronuncia sul del ricorso», descritta in seconda battuta dall'art. 35 c.p.a.

È quindi innegabile che l'estrema lacunosità del Codice investa il giudice amministrativo di un potere discrezionale amplissimo: includere o escludere interessi dalla pronuncia di merito, discriminare interessi meritevoli di tutela da interessi non meritevoli di tutela.

Proprio per ciò è importante, affinché quel potere non si tramuti in arbitrio, un vaglio critico particolarmente rigoroso delle prassi giurisprudenziali.

Qui non si vuole perorare la causa dell'ampliamento dell'accesso alla giustizia amministrativa, che è un tema separato da quello delle condizioni di ammissibilità del ricorso, in quanto dipende da tanti fattori, anche politico-legislativi, diversi dalla posizione del giudice rispetto alle condizioni dell'azione. Basterebbe richiamare, al riguardo, la divisione in fasi riportata in un oramai lontanissimo lavoro di Cappelletti e Garth: l'assicurazione di mezzi di difesa per i non abbienti (cfr. art. 24 Cost.)¹², la rappresentanza in giudizio degli interessi diffusi, l'esistenza di meccanismi di controllo e di risoluzione alternativa delle controversie rispetto al processo giurisdizionale¹³.

Neppure s'intende seguire la prospettiva della trascendenza individuale nel sopraindividuale¹⁴, condizionato dal tema degli interessi collettivi o diffusi¹⁵. Le leggi amministrative di uno Stato di diritto pienamente realizzato, scriveva A.M. Sandulli, sono impegnate nel compito di rappresentare interessi privi di protezione¹⁶, per cui sono fonti di norme legittimanti, che conferiscono il potere di proporre l'azione di annullamento a soggetti che in base alle regole gene-

12 M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in www.federalismi.it, 24 ottobre 2012.

13 Sono queste le «tre tappe fondamentali in cui si è articolato il grande movimento di riforma» dell'accesso alla giustizia nei vari Paesi, secondo il contributo di cui si sta parlando, presentato M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 54 ss., 56-57.

14 P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, p. 152.

15 Uno dei profili che nel presente saggio si vorrebbe mettere in risalto è la non sempre chiara distinzione tra due questioni, tra loro non sovrapponibili: la problematica attorno alla tutela dell'interesse civico (*uti cives*), plurisoggettivo, diffuso, adespota, ecc. e la questione, che qui soltanto si ha intenzione di considerare, attorno all'interesse individuale (*uti singulus*) precisamente qualificato dall'ordinamento, ma "squalificato" dalla norma organizzativa che disciplina l'esercizio del potere. Questa imperfetta separazione, che beninteso non ha nulla di criticabile, ma non è quella da cui procederemo, è comune alla dottrina, anche più recente, in tema di legittimazione al ricorso (B. GILIBERTI, *Contributo*, cit.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016; in parte anche M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016).

16 A.M. SANDULLI, *Per una più piena realizzazione dello stato di diritto*, in *Stato sociale*, 1960, I, 3 ss.; anche in *Scritti giuridici*, V, Napoli, Jovene, 1990, p. 277.

rali ne risulterebbero privi. Si vuole sottolineare, da una simile angolazione, il fondamento democratico delle eccezioni apportate con legge – ma dev'essere legge – al divieto generale di sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.), che, vorrei aggiungere, nel caso delle associazioni deve essere applicato con attenzione e, dove occorre, con rigore, poiché l'interesse dell'associazione, per quanto possa legittimarla al ricorso, non sarà mai l'interesse dei singoli. Resta il problema della legittimazione per “coagulazione” degli interessi diffusi – che è invece, questo sì, un delicato problema di dottrina – ma che pure mi sembra molto diverso da quello che viene qui affrontato¹⁷.

A questo proposito corre anzi l'obbligo di un'ulteriore precisazione. Non è vero che l'accesso alla giustizia amministrava, più largo è, meglio è. Il suggestivo progetto di rinnovare la figura dell'interesse legittimo corredandola di imperativi morali o altruistici può forse essere adeguato ad altri contesti giudiziari, non, di certo, ai sistemi giuridici democratici, dove i rischi di deformazione del ruolo del giudice sono superiori ai benefici apportati dai concetti e dalle formule impiegate per dimostrare la soggettivazione di istanze pseudo-popolari. Non è un caso se la discussione è aperta anche nei paesi di *common law*, nei quali molto si è studiata la figura di un *ideological plaintiff*¹⁸, ma dove pure si sono levate voci discordanti da questa idea, talvolta polemiche verso l'atteggiamento di tattica giudiziaria assunto da gruppi d'interesse o «lobby dei diritti umani»¹⁹.

Il problema cui sono dedicate queste considerazioni è di tutt'altro ordine. Non si tratta di trovare il modo di rappresentare interessi adespoti, bensì di non togliere al ricorrente individuale la tutela di merito, soltanto perché il vaglio di ammissibilità del ricorso incorre in un «abuso di logica astratta», in un «eccessivo dommatismo giuridico», nella macchinosa accettazione d'insegnamenti

¹⁷ Per interessanti aperture di prospettiva sulla legittimazione di gruppo, Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2023, n. 7956.

¹⁸ L.L. JAFFE, *Standing to secure judicial review: private actions*, in *Harv. L. Rev.*, 1961, 255 ss.; Id., *The Citizen as litigant in public actions: the non-bohfeldian or ideological plaintiff*, in *Univ. Penns. L. Rev.*, 1968, p. 1033 ss.

¹⁹ C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*, in *Modern Law Review*, 2002, pp. 1 ss.

teorico-generalisti «senza beneficio d'inventario»²⁰. Nell'impostazione accolta dal giudice amministrativo, per i profili qui trattati, non emerge «qualcosa che manca; ma al contrario, qualcosa che è di troppo»²¹. Si allude al modo di derivare la cosiddetta “legittimazione” del ricorrente e, in stretto collegamento, il divieto di sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.), dall'applicazione della versione più “pura” e storicamente datata – tolta di peso e senza alcun setaccio culturale dalla scienza tedesca del primo novecento – della teoria dei diritti pubblici soggettivi; forse, anzi, di una dottrina dalla quale già la scienza tedesca del primo novecento cominciava a prendere le distanze: i diritti soggettivi come semplice “riflesso” del diritto oggettivo (*Reflexrechte*)²².

4. La sentenza di rito ostativa e la teoria della norma di protezione (o della “delegittimazione ad agire”)

La giurisprudenza amministrativa identifica il “filtro” di ammissibilità del ricorso individuando un requisito a sé stante che fraziona il processo in due momenti separati. Prima di qualsiasi valutazione sull'oggetto del giudizio, viene la *necessaria pregiudizialità di un accertamento autonomo della titolarità effettiva dell'interesse*. Lasciamo stare i casi, pure piuttosto frequenti, in cui il giudice, pur dopo aver dichiarato l'inammissibilità, decide egualmente il merito del ricorso per ragioni di semplice opportunità (fenomeno che meriterebbe una distinta trattazione).

Formula chiave della sentenza di rito ostativa è la carenza di “titolarità”, o “legittimazione attiva” o, ancora, “personalità” dell'interesse al ricorso.

Differenti sono le parole con le quali viene descritta questa terza condizione dell'azione, che si aggiunge alle altre due, costituite dall'interesse al ricor-

20 A. LEVI, *Dell'abuso di logica astratta negli studi giuridici*, in *Scritti minori di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1957, 415.

21 ID., *op. cit.*, p. 405.

22 U. RAMSAUER, *Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte*, in *Arch. Öffent. Rec.*, 1986, p. 501 ss., 505; evoluzione intensificatasi dopo l'entrata in vigore della Legge Fondamentale, O. BACHOF, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, p. 387 ss.

so e dalla legittimazione intesa come *affermazione* del ricorrente di agire per un interesse proprio²³.

Chiarissimo è tuttavia il significato della terza condizione: il giudice avverte l'esigenza di un criterio deflativo che gli permetta di escludere chi si *afferma* titolare dell'interesse, senza esserne titolare; chi sia cioè soltanto un *quivis de populo* o meglio – si noti il passaggio, perché è davvero di massima importanza – un soggetto che non lo è, ma è ad esso *assimilabile*.

Vediamone alcune applicazioni pratiche.

A) Un'interdittiva antimafia comminata ad una società viene impugnata da alcuni soci che rivestivano anche la carica di amministratori. I ricorrenti non coincidono col soggetto formalmente destinatario del provvedimento, che è la società, ma affermano che a causa dell'interdittiva antimafia la loro quota sociale perderà valore e soggiungono, in veste di ex amministratori, che la società è stata commissariata ed essi sono stati dunque esautorati dalle cariche che occupavano, oltre al fatto che alcuni di loro sono stati indicati tra i sospettati d'essere contigui alla criminalità organizzata. Per effetto dell'annullamento i ricorrenti conseguirebbero quindi certamente un vantaggio²⁴.

B) Un diniego di visto d'ingresso adottato dall'Ambasciata italiana di Islamabad nei confronti di un lavoratore di cittadinanza pakistana viene impugnato dal datore di lavoro avente sede in Italia, già in possesso del nullaosta all'assunzione stagionale rilasciatogli dallo sportello unico per l'immigrazione a norma dell'art. 24 del D.lgs. n. 286/1998. Neanche in questo caso il ricorrente coincide col soggetto formalmente destinatario dell'atto impugnato, perché il diniego adottato dall'Ambasciata esplica i propri effetti nei confronti del lavoratore, non del datore di lavoro. È da presumere però che quest'ultimo si sia rivolto al TAR non per puro spirito altruistico, bensì perché ritiene che il diniego

23 F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del processo visto dal basso*, cit., 45 ss.

24 Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2022, n. 3; R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Interdittiva antimafia e legittimazione all'impugnazione. La necessaria partecipazione dei soggetti direttamente coinvolti*, in *Giustizia Insieme*, 6 aprile 2022.

di visto d'ingresso arrechi pregiudizio anche ai suoi interessi, stante la sopravvenuta indisponibilità di una risorsa lavorativa alla cui assunzione era già stato autorizzato e che tornerebbe disponibile per l'impresa in caso di annullamento del diniego²⁵.

C) Un permesso di costruire in sanatoria rilasciato ai sensi della normativa sul condono edilizio viene impugnato dal promissario acquirente dell'immobile condonato. Di nuovo il ricorrente è un soggetto diverso dal destinatario degli effetti dell'atto, che è unicamente il promissario venditore. Il promissario acquirente afferma però di aver rifiutato la stipula del definitivo dopo essere venuto a conoscenza di abusi edilizi non dichiarati dal promittente venditore e di avere in corso contro di lui un giudizio civile, nel quale chiede l'accertamento della risoluzione del contratto preliminare per inadempimento, oltre alla condanna della controparte al rimborso del doppio della caparra confirmatoria. È chiaro quindi il vantaggio che costui ritrarrebbe da una sentenza di accoglimento del ricorso²⁶, che farebbe venir meno lo stato legittimo dell'immobile.

D) Un permesso di costruire viene impugnato da un confinante, il quale sostiene che l'atto sia stato adottato in violazione delle norme sulle distanze minime tra le costruzioni (art. 9 D.M. n. 1444 del 1968). Egli tuttavia si riferisce alla distanza che corre tra l'edificio assentito e la costruzione che sorge sull'altro lato del confine, non alla distanza dalla propria abitazione, che non risulta inferiore a quella minima. Qui non c'è dubbio sulla *vicinitas*, ma sul pregiudizio subito in conseguenza del provvedimento, perché il ricorrente è sì proprietario di un lotto confinante, ma non risulta essere il confinante che potrebbe chiedere la riduzione in pristino a norma dell'art. 872 c.c. Chiede però che il permesso di costruire sia egualmente annullato, sostenendo che la *vicinitas* sia condizione sufficiente al giudizio di merito sulla validità dell'atto impugnato²⁷.

25 TAR Lazio, IV, 25 marzo 2022, n. 3381; TAR Lazio, III-ter, 13 settembre 2016, n. 9697.

26 Cons. St., VI, 14 marzo 2022, n. 1768.

27 Cons. Stato, Ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22.

E) L'affidamento diretto senza gara della costruzione di un parcheggio in area sottoposta a vincolo paesaggistico e monumentale viene impugnato da alcuni cittadini (residenti nelle immediate vicinanze o proprietari di immobili siti nelle adiacenze), i quali si dolgono del futuro deterioramento delle condizioni di vivibilità del quartiere derivante dalla notevole estensione del progetto. Essi fanno valere disposizioni di rilievo urbanistico, paesaggistico ed ambientale, ma aggiungono che il Comune ha affidato a un'impresa la costruzione del parcheggio senza gara, in violazione delle regole sull'aggiudicazione dei contratti pubblici. Le censure relative alle disposizioni del primo tipo vengono respinte; ma i ricorrenti insistono, ritengono di subire pregiudizio dall'atto impugnato anche per effetto della violazione di norme sugli appalti. Chiedono pertanto che sia acclarata questa violazione e annullato il provvedimento impugnato: se questo fosse l'esito del ricorso, difatti, l'impresa non avrebbe più titolo per la costruzione del parcheggio ed il loro interesse ambientale (urbanistico o paesaggistico) ne risulterebbe interamente soddisfatto.

F) Infine, un caso assai discusso (Randstad): un'impresa in possesso dei requisiti di partecipazione, dopo aver presentato l'offerta, non supera un punteggio minimo (soglia di sbarramento) fissato dal bando. Impugna perciò cumulativamente, oltre alla propria valutazione insufficiente, l'aggiudicazione ad altra impresa. Il giudice amministrativo respinge le censure relative al punteggio minimo, ma la ricorrente insiste affinché il giudice si pronunci anche sull'aggiudicazione. La direttiva n. 89/665/CEE (art. 2-bis) prevede che «gli offerenti sono considerati interessati [ad ottenere l'aggiudicazione] se non sono già stati definitivamente esclusi». Il giudice amministrativo ritiene che si debbano considerare escludenti tutte le ragioni comunque ostative alla competizione finale per l'affidamento, incluse quelle derivanti dal rigetto di censure considerate logicamente pregiudiziali. Definitivamente esclusa sarebbe quindi non solo l'impresa che lo era già all'epoca del ricorso, ma anche l'impresa che lo è diventata nel momento in cui parte del suo ricorso è stato respinto. In primo grado il

ricorso viene dichiarato ammissibile ma infondato, in secondo grado radicalmente inammissibile, in base all'interpretazione ora riassunta. La sentenza di rito del Consiglio di Stato²⁸ viene impugnata in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione ai sensi dell'art. 111 comma 8 Cost.

La Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale sollevato ex art. 267 TFUE della Cassazione²⁹, dichiara non contraria al diritto dell'Unione la circostanza che l'ordinamento nazionale non offra alla ricorrente uno strumento d'impugnazione della decisione del Consiglio di Stato, ma conferma che il Consiglio di Stato, ritenendo inammissibile il ricorso di primo grado, ha violato la direttiva n. 89/665/CEE³⁰. L'impresa insiste quindi affinché la declaratoria difetto di legittimazione sia considerata dalla Corte di Cassazione come un diniego di giustizia, riconducibile alla fattispecie di eccesso di potere giurisdizionale, non come semplice *error in procedendo*.

Perché questi ricorrenti propongono ricorso? La domanda è talmente banale che c'è quasi da sentirsi in colpa per averla posta: secondo ciò che essi affermano, l'annullamento dell'atto impugnato eliminerebbe un pregiudizio arrecato a loro diritti; forse anche ai diritti dei destinatari dell'atto, ma certo, senza dubbio, anche a *loro* diritti. Sono, questi diritti, protetti dall'ordinamento, fondati su norme? La domanda è solo un poco meno banale, ma dalla risposta egualmente scontata: ciascuna di queste situazioni ha una sua norma protettiva; solo che non figura tra quelle che l'amministrazione doveva applicare con il provvedimento impugnato.

La norma su cui si fonda l'interesse del ricorrente, diciamo pure che lo "crea", è anch'essa, per gli effetti che produce, *protettiva*, se così dobbiamo chiamare l'intenzione della legge di tutelare un interesse. Non si vede come si possa negare, ad esempio, che l'art. 24 del T.U. sull'immigrazione, nel caso di cui si è dato conto, "protegge" l'interesse del datore di lavoro ad assumere il lavoratore

28 Cons. Stato, III, 7 agosto 2019, n. 5606.

29 Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598.

30 Corte di giustizia UE, 21 dicembre 2021, C-427/20.

straniero che si trova in Pakistan, né che il datore di lavoro tragga una concreta utilità in caso di accoglimento del ricorso, tale da rendere incontestabile – e di fatti non contestata, come anche negli altri casi riassunti – la sussistenza del requisito dell'interesse ad agire.

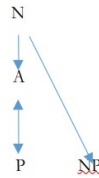
Quella norma invece *non* qualifica, perché *non lo regola*, l'esercizio del potere. Le norme di cui il ricorrente afferma la violazione hanno “preso in considerazione” interessi diversi dal suo, nel momento in cui hanno assolto la loro funzione tipizzante. Quando però l'amministrazione le ha violate adottando il provvedimento illegittimo, ha leso interessi suoi, benché qualificati da altre norme.

Ecco il punto: l'interesse del ricorrente risulta estraneo alla cerchia di interessi qualificati dalla legge, la cui difesa verte dell'interesse individuale, ma è al tempo stesso anche, almeno indirettamente, una difesa della legge, dell'interesse “oggettivo” alla legalità.

Concettualmente, però, una cosa sono le norme da applicare nel giudizio di merito, altra cosa le norme da applicare nel giudizio sulla titolarità dell'interesse. L'orientamento di cui si tratta si regge proprio su questa fondamentale distinzione, nel momento in cui percepisce la questione di legittimazione come questione preliminare di rito. Se il processo ha natura “soggettiva”, per non negare sé stesso e cadere in un macroscopico paradosso, deve distaccarsi dal modello “oggettivo”, vale a dire che deve *rendere giustizia in condizione di eguaglianza a tutti gli interessi – protetti – di cui si affermi la lesione*, escludendo solo gli interessi *non protetti* nel senso di *non giuridici*.

Si vuol notare, in altri termini, che lo schema del percorso logico-giuridico di individuazione della titolarità di un interesse legittimo, ai fini della “legittimazione” (volendo così chiamarla) nel giudizio amministrativo “soggettivo” non è necessariamente il seguente³¹:

31 Dove “N” indica norma invocata dal ricorrente; “A” l'amministrazione resistente; P l'interesse protetto; NP l'interesse non protetto. Nello spazio tra A e P si può riconoscere la correlazione “hoffeldiana” tra dovere dell'amministrazione e pretesa del singolo, che – benché il pensiero di W.N. HOHFELD (*Concetti giuridici fondamentali*, Torino, Einaudi, 1969, trad. it.) non



bensì quest'altro³²:



sia stato mai apertamente dibattuto – ha indubbiamente esercitato una certa influenza su una parte della dottrina del diritto amministrativo italiano, che ne ha tratto spunto per una ricostruzione della struttura dell'interesse legittimo in chiave (non solo, ma) anche “statica” (L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003; dello stesso A., *Statica e dinamica dell'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, 465 ss.; *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 11 ss., spec. pp. 19, 46, 73; *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 723 ss.) o ha comunque dimostrato di trovarvi riferimenti meritevoli di qualche considerazione, come in F. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., 458; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo: profili di teoria generale*, Pisa, Edizioni ETS, 2013, p. 236 n. 109; citazioni anche in G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela*, in *Giustizia Amministrativa* (sito istituzionale), 14 gennaio 2020, nota n. 3; P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2017, pp. 63 ss., 82; S. PELLIZZARI, *La responsabilità da provvedimento illegittimo dell'amministrazione*, in M. MALO, B. MARCHETTI, D. DE PRETIS (a cura di), *Pensare il diritto pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 315 ss., 333, 336). Sul modello hohfeldiano, G. PINO, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, p. 487 ss.; sui limiti della teoria di Hohfeld v. però L. BACCELLI, *«Ex parte populi». Per una teoria impura dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2008, 337.

È bene aggiungere brevemente che, seguendo il criterio qui accolto, non paiono discostarsi dalla medesima impostazione gli studi sugli interessi cd. “plurisoggettivi” o sugli interessi dei “terzi”, dove sempre si fa perno sulla metodologia della correlazione tra il “perimetro protettivo” della norma e gli interessi dei singoli (C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo: dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; E.N. FRAGALE, *Le posizioni legittimanti nel processo amministrativo e il ruolo dei diritti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2023, p. 395 ss.).

³² Lo schema è testualmente riportato da D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 1 ss., 35, per il quale «A e B, sotto il profilo del rapporto giuridico, si ignorano», perché tra loro, «supposti soggetti dell'ordine giuridico», «non c'è comunicazione diretta (...) ma ciascuno di essi è in relazione singolarmente ed individualmente con la norma». Da tanto dovrebbe conseguire un ragionamento che qui non vi è tempo e modo di sviluppare, ma che sembrerebbe poter dimostrare almeno questo: che il ricorrente “non-hohfeldiano” non è necessariamente un ricorrente “ideologico” (come scriveva L.L. JAFFE, *Standing to secure judicial review*, cit.), né un *quivis de populo*.

Su un punto, nei casi menzionati, non vi può essere il minimo dubbio: l'atto impugnato ha leso un interesse *giuridicamente protetto*. Nulla a che vedere con le figure che si chiamano, classicamente, “adespote” (l'interesse semplice, di fatto, diffuso).

Perché allora tutti questi ricorsi sono stati dichiarati inammissibili? Se si guarda a ciascuna sentenza di rito, non si fatterà a scorgere il filo conduttore del ragionamento: una teoria d'ispirazione dogmatica che, per così dire, li “delegittima”, risalendo alla dottrina dei diritti pubblici soggettivi, tra l'altro in un'inedita accezione, rigorosamente, “anticamente” germanista, estranea alla nostra tradizione (e, in verità, anche alla tradizione *costituzionale* tedesca).

Il *leitmotiv* di questo costrutto è la «teoria della norma di protezione» (*Schutznormtheorie*), rivisitata in chiave di adattamento agli schemi del processo amministrativo, tramite il rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., del divieto di sostituzione processuale (art. 81 c.p.c).

In sintesi, le coordinate del teorema sono le seguenti³³: 1) *qualificato* è l'interesse *giuridicamente rilevante*, ossia *protetto dall'ordinamento*; 2) un interesse è *protetto dall'ordinamento* non quando si fonda su *qualsiasi norma* di diritto sostanziale che attribuisca situazioni soggettive, bensì «quando (e solo quando) l'ordinamento giuridico conferisce una *qualche particolare rilevanza giuridica* ad un interesse materiale, quando l'ordinamento giuridico *lo prende in considerazione*»; 3) prendere in considerazione un interesse, da parte dell'ordinamento, non significa *riconoscerlo e basta*, ma includerlo «*nella norma organizzativa insieme con l'interesse pubblico alla cui soddisfazione è rivolto il potere*».

Questa concatenazione di massime descrive l'interesse legittimo in termini di situazione o posizione soggettiva che può nascere soltanto all'interno di ordinamenti particolari; non nella sfera delle norme dell'ordinamento generale, giacché in tale ambito, in linea di principio, il suo riconoscimento non rileva o, meglio, rileva solo in via di fatto. «A ciascuno il suo», sembra il nucleo del teo-

33 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 141.

rema: solo la società interdetta può censurare la violazione delle norme sull'interdittiva, perché sono state scritte “pensando” alla società, non ai soci, i quali potranno semmai proporre un atto d'intervento adesivo. Per la stessa ragione, solo il lavoratore può far valere le norme sul visto d'ingresso; solo il proprietario le norme sul condono; solo il confinante – quello, dei due, che sta a un numero di metri inferiore al minimo previsto – le norme sulle distanze; solo gli appaltatori le norme sui contratti; solo i concorrenti in gara le norme sull'aggiudicazione³⁴.

In modo particolarmente didascalico, l'adesione del Consiglio di Stato alla teoria “tripartita” delle condizioni dell'azione è stata espressa dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014; dove il giudice amministrativo, «sulla falsariga del processo civile», ha affermato che *«il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione»* indica *«la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo»*³⁵.

34 Si tratta del resto della medesima dottrina che la Corte di giustizia ha utilizzato, dopo la sentenza *Van Gend & Loos*, per distinguere le norme dell'Unione che, grazie all'effetto diretto, “conferiscono” diritti ai singoli (M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in M.P. CHITI E G. GRECO (diretto da), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, Tomo I, pp. 589 ss., 596; V. COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, Università di Perugia, 2011, dove anche la notazione che la stessa Corte ha abbandonato l'iniziale impostazione per la difficoltà di combinare la *Schutznormtheorie* con il sistema dei diritti, di fronte alle nuove situazioni giuridiche soggettive create dalle tendenze espansive dell'ordinamento comunitario, pp. 17). Non è unanime peraltro il convincimento che la *Schutznormtheorie* corrisponda a una tradizione comune degli Stati europei (V. COLCELLI, *op. cit.*, 206 e nota 350; più esplicitamente W. HENKE, *Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts*, in *Juristen Zeitung*, 1992, pp. 541 ss., ravvisando la via di congiunzione le tradizioni europee nella “deideologizzazione” della teoria dei diritti pubblici soggettivi e nella rivalutazione del diritto privato come diritto comune dei rapporti giuridici).

35 Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, che richiama un'altra sentenza della plenaria (n. 4 del 2011). Per maggior chiarezza, ecco il passaggio integrale: «l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla *causa petendi* della domanda e non *secundum eventum litis*, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione - cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo -; II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del pro-

È bene precisare che sul tema la giurisprudenza è solita tenere un atteggiamento pragmatico³⁶, di regola disattento alla coerenza definitoria delle formule utilizzate. La riprova la si ha notando la variabilità dei modi con i quali viene descritta dai giudici la mancanza di qualificazione dell'interesse materiale dedotto in giudizio: inquadrata talvolta in una fattispecie di mancanza assoluta di titolarità, talaltra in una violazione del divieto di sostituzione processuale, talaltra ancora, in un difetto dei requisiti di "personalità" o di "concretezza" dell'interesse ad agire.

Ciò che si richiede al giudice è comunque una preliminare delibazione sulla norma invocata dal ricorrente, allo scopo di verificare innanzitutto *nell'interesse di chi* essa abbia voluto limitare l'esercizio del potere amministrativo: in altre parole, chi, in astratto, possa affermare che la utilità – tolta o negata dal provvedimento impugnato – gli appartiene.

L'interesse astrattamente "legittimato" risulterà essere soltanto quello che la norma ha voluto collocare nel proprio "raggio di azione e di considerazione"³⁷, chiamandolo intenzionalmente a confronto con l'esercizio del potere amministrativo.

Se ad esito di questo *test* il ricorrente *non* rientra nel novero dei soggetti che la norma su cui si fondano le censure ha considerato meritevoli di protezione, indipendentemente dalla protezione accordata dalla diversa norma legittimante, la pronuncia sarà di inammissibilità. Spesso, anzi, il *test* inizia proprio da qui: viene effettuato, per così dire, "in negativo", escludendo *qualsiasi* interesse, non importa da quale norma dedotto, che *non coincida* con quelli astrattamente tutelati dalla norma-parametro. *Nulla quaestio* se un Tizio, che ha impu-

cesso amministrativo); III) la *legitimatio ad causam* (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo)» (punto 8.1. della motivazione). Di qui la dottrina ha tratto spunto per notare che la legittimazione a ricorrere viene interpretata dalla giurisprudenza amministrativa non come *affermazione della titolarità* della posizione qualificata, ma come *effettiva titolarità* (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 200).

36 F. CORTESE, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Firenze, Le Monnier, 2021, p. 99.

37 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 143.

gnato una variante urbanistica, si dichiara proprietario di un immobile ubicato entro l'area interessata dalla variante e soggetto alle previsioni urbanistiche contestate. Dal momento che il potere di governo del territorio incide naturalmente sui diritti di proprietà, il proprietario danneggiato è naturalmente abilitato a ricorrere. Ma se il ricorrente è un'associazione di protezione ambientale – a parità di vizi denunciati – il giudice non potrà far altro che dichiarare il suo difetto di legittimazione attiva. L'associazione infatti, agendo per la tutela di interessi ambientali, non può immischiarsi negli affari di coloro che ricevono protezione dalle norme urbanistiche, anche se dalla violazione di queste ultime deriva una concreta lesione dell'interesse alla tutela dell'ambiente, che corrisponde a un interesse “proprio” dell'associazione e non ad una semplice alterazione “oggettiva” della legalità. Queste ultime non la riguardano; non la riguardano, per meglio dire, in misura diversa da quella che potrebbe toccare l'interesse di “chiunque”³⁸. Soltanto ove fosse denunciata la violazione di norme poste direttamente a tutela dell'ambiente, ad esempio perché il piano è stato approvato senza la prescritta valutazione di impatto, gli interessi di tale associazione potrebbero entrare in gioco, neutralizzando la circostanza, altrimenti decisiva, che l'atto di cui si controverte ha una pertinenza soltanto urbanistica.

La considerazione del *non legittimato* è dunque il vero punto chiave nell'accertamento della legittimazione ad agire. E poiché il punto chiave sta nel capire se l'interesse del ricorrente è o non distinguibile da quello di chiunque, l'esito negativo del giudizio sulla titolarità dell'interesse legittimo assume una ben nota locuzione: in base ad una formula più stringata e persuasiva, pure abitualmente utilizzata in giurisprudenza, il divieto generale di azione popolare, ossia il divieto di far valere in giudizio un diritto altrui, viene ad identificarsi con il divieto di sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.). Può risultare chiaro allora perché può definirsi, questa teoria, come una teoria della “delegittimazione ad agire”. Il soggetto, che sarebbe perfettamente *legittimato dall'ordinamento gene-*

38 TAR Emilia Romagna, I, 30 luglio 2015, n. 714.

rale a proteggere i suoi diritti se fossero lesi da un qualunque altro soggetto (al limite la stessa amministrazione, se agisse secondo norme di diritto privato), è *delegittimato dall'ordinamento particolare* alla tutela degli interessi legittimi, di cui quegli stessi diritti sono presupposto: il rapporto associativo, la proprietà, il contratto preliminare, la *chance* di vincere la gara, sono fonti di altrettanti interessi protetti ma, nell'ottica dell'interesse legittimo, *squalificati*. Non trovano dunque riscontro nella giurisprudenza amministrativa sintesi come quella di Andrioli: in fondo, ogni norma dell'ordinamento, astrattamente considerata, può essere la «fattispecie» dell'interesse legittimo.³⁹

5. Considerazioni critiche sull'adozione della “teoria della norma di protezione”

Nessuna sentenza e, a quanto consta, nessuno studio ha finora approfondito a quale fattispecie dell'art. 35 c.p.a. si possa ricondurre la sentenza d'inammissibilità “ostativa” pronunciata per mancanza di “legittimazione”, “possibilità giuridica”, “titolarità”, “personalità” dell'interesse o altre formule di questo tipo. D'altronde abbiamo visto che l'art. 35 c.p.a. si accorda con un ampio ventaglio di interpretazioni della formula «altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito».

Si dovrebbe tuttavia evincere, dalle cose dette sin qui, che l'impostazione seguita dal giudice amministrativo non è congruente, per più di una ragione.

Anzitutto, per il modo affrettato e impreciso col quale essa trasporta la dottrina tedesca entro le categorie interpretative dell'ordinamento italiano.

Che la sensibilità del giudice amministrativo all'influenza della teoria generale o della “dogmatica” primo-novecentesca si risolva un'operazione gravemente approssimativa, è quello che con ogni probabilità rileverebbe uno studioso della *Schutznormtheorie* nel Paese di origine: la ricostruzione effettuata da

39 V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè 2007, p. 7; con riferimento alla posizione di Andrioli (l'art. 24 come «norma in bianco») A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V. cc. 1 ss., 3.

Bauer⁴⁰ riguardo all'ordinamento tedesco, ad esempio, documenta che, se la teoria dei diritti pubblici soggettivi è fondamentalmente ancora il criterio con il quale si interpreta il § 42 VWGO, la teoria stessa ha dovuto subire rilevanti trasformazioni, specialmente dopo l'entrata in vigore della Costituzione federale⁴¹. Ma già nel 1914 il Bühler⁴², al quale si è soliti imputare la diffusione della *Schutznormtheorie* nel diritto amministrativo tedesco, si dava carico di precisare – come farà poi in Italia Nigro (v. *infra*) – i limiti del teorema (teniamo sempre presente che la prospettiva è di utilizzarlo concretamente nel giudizio di ammissibilità)⁴³.

In secondo luogo, la *Schutznormtheorie* si sviluppa secondo i principi dell'ordinamento tedesco, la cui legge processuale non conosce la figura l'interesse legittimo, attribuisce alla giurisdizione amministrativa la competenza su tutte le «controversie di diritto pubblico» (art. 40 VwGO) e prevede che il ricorso possa essere proposto soltanto da una «*persona i cui diritti siano stati violati*» («*in seinen Rechten verletzt*») da un'autorità pubblica (art. 42 VwGO, coerentemente a quanto prevede l'art. 19 comma 4 GG)⁴⁴. Almeno in linea di prima approssimazione, quindi, non solo può ritenersi coerente che in Germania l'accesso alla giustizia sia regolato da un principio unitario, ma appare altresì normale che l'elasticità dell'accesso alla giustizia sia ravvisato, per tradizione, nelle metamorfosi della figura del diritto pubblico soggettivo. A ciò si aggiunga che nell'ordinamento tedesco si è posto, sì, un problema di possibile incertezza sulla legittimazione ad agire di soggetti privi di un diritto pubblico soggettivo, ma da ciò

40 O. BAUER, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, *Arch. Öffent. Rec.*, 1988, pp. 582 ss., dove si descrive il percorso evolutivo delle teorie di O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Verwaltungsrechtsprechung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1914 e di G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohe Siebeck, 1905.

41 O. BAUER, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, cit.; O. BACHOF, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, in , in *Forschungen und Berichte Aus Dem Öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift Für Walter Jellinek*, München, Isar Verlag, 1955, 287; W. HENKE, *Das Subjektive Öffentliche Recht*, Tübingen, Mohr, 1968.

42 *Die subjektiven öffentlichen Verwaltungsrechtsprechung*, cit. nella nota precedente.

43 Osserva O. BAUER, *op. cit.*, p. 589, che la *Schutznormtheorie* «*schon um die Jahrhundertwende mit erheblichen Anwendungsproblemen behaftet war*» («era già afflitta da notevoli problemi applicativi all'inizio del secolo»).

44 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 60.

non si è fatto derivare – non con l'automaticità che riscontriamo nella giurisprudenza italiana – che il giudice amministrativo sia sempre abilitato a esercitare un sindacato officioso sulla “titolarità” dell'interesse, preliminare rispetto alla sentenza di merito⁴⁵.

Invece nella storia dell'ordinamento italiano, contraddistinto dalla dualità delle giurisdizioni, il meccanismo dell'interesse individuale “protetto”, “riguardato”, “incluso”, “preso in considerazione” da norme che hanno come scopo principale l'organizzazione del potere amministrativo, vale soprattutto a ricordarci l'arbitraria creazione della figura degli «affari non compresi», di una sfera di amministrazione “pura” di fronte alla quale gli interessi-non diritti restavano privi di tutela giurisdizionale, secondo l'art. 3 della legge n. 2248/1865 all. E. Il cittadino invitato a “rassegnarsi”, nel famoso discorso di Stanislao Mancini, non è un *quisque de populo*, ma, come Mancini scopertamente riconosce, un cittadino che può essere stato «ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi», a testimoniare che le norme sull'amministrazione “pura” non sono affatto prive di attitudine alla qualificazione di diritti. Ciò di cui Mancini fa sfoggio, non è l'idea che gli interessi “semplici” siano, come diremmo noi oggi, “diffusi”: è che il giudice, nel loro sacrificio, non deve «immischiarsi», perché la sentenza del tribunale e l'atto amministrativo (sottoposto a ricorso gerarchico) sono rimedi aventi ciascuno la propria sfera di imperatività. In un certo senso, allora, nel nostro ordinamento la figura dell'interesse legittimo e il sistema di giustizia amministrativa nascono dall'esigenza di mettere a disposizione del cittadino un rimedio adeguato a portar fuori i diritti soggettivi dall'oscurità della “norma di protezione”⁴⁶, un meccanismo idoneo a recuperare, attraverso il di-

45 Verrebbe da osservare che legittimazione (*Klagebefugnis*) dell'ordinamento processuale tedesco assomiglia più alla nostra “prima” condizione, ossia all'*affermazione*, non *titolarità effettiva*; ciò che si discute è piuttosto il limite del potere del giudice di fronte all'esposizione dei fatti e all'interpretazione delle norme operata dal ricorrente (H. ENGELHARDT, *Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß*, *JuristenZeitung*, 1961, pp. 588 ss.). Il che è completamente diverso da ciò che accade in Italia, dove la problematica della legittimazione presuppone direttamente il potere giudice in prima persona, al di là e “al di sopra” di tutto quello che può emergere dal contraddittorio processuale.

46 Valgano al riguardo le considerazioni di M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2010, pp. 143 ss., special-

ritto di agire in giudizio, quella unità funzionale della giurisdizione che in Germania è prevista in termini organizzativi dall'art. 40 VwGO. Fallito il tentativo della distinzione "ontologica" tra diritto soggettivo e interesse legittimo, dimostrata l'impossibilità di separazione tra le due situazioni soggettive sul piano sostanziale, specie dopo il Codice del 2010, dovrebbe essere chiaro che il cittadino dispone della tutela accordata dalla giurisdizione amministrativa non perché titolare di un patrimonio giuridico dimezzato – l'interesse legittimo non è *qualcosa* di diverso dal diritto soggettivo – ma per l'utilità del "risultato processuale" che solo la giurisdizione amministrativa gli può garantire. Solo così, l'interesse legittimo non appare come un inutile «ingombro concettuale»⁴⁷.

Ora ciò che più sorprende, nel leggere la giurisprudenza amministrativa italiana sulla legittimazione, è che questa fondamentale peculiarità del rapporto tra sostanza e processo sia così sbrigativamente elusa. È come se di fronte a un cittadino che chiede tutela non fosse più vero tutto ciò che si è sempre detto del processo amministrativo: l'essere un giudizio che, a differenza di quello civile, non si limita a «registrare» l'esistenza del diritto soggettivo, ma coopera all'emersione o addirittura «crea» l'interesse legittimo⁴⁸; un giudizio in cui la situazione del ricorrente non si fa conoscere e classificare attraverso il confronto immediato con i beni della vita, né secondo specifici contenuti di pretesa e di tutela, come accade per i diritti soggettivi, bensì «secondo le molteplici e poco tipiche direzioni in cui si muove l'organizzazione amministrativa»⁴⁹.

mente 157 ss.

47 Come lo definisce B. SORDI, *Interesse legittimo*, cit., p. 729.

48 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 23; su questo passaggio, recentemente, P. CHIRULLI, *Processo e sostanza nel pensiero di Mario Nigro*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2023, p. 1 ss.

49 G. BERTI, Art. 113, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Tomo IV, *La magistratura*, Bologna, Zanichelli, 1987, pp. 110, per cui «l'interesse legittimo continua a rappresentare una tutela innominata e atipica, rispetto agli atti che sono invece tipizzati quanto al modo di manifestarsi nel giudizio e nel processo. In realtà, l'interesse legittimo non ha mezzi normali di manifestarsi nell'azione amministrativa sostanziale ed esso è condannato a prendere corpo solo mediante l'uso processuale con l'onere per il privato di dare alla figura sembianze concrete, in coerenza con il contenuto dell'atto impugnato» (*ivi*, p. 111; il punto ora sintetizzato sembra trovare sviluppi ulteriori nel volume dello stesso A., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, Cedam 1970).

Nel momento in cui sottopone l'interesse del ricorrente al vaglio della *Schutznotmtheorie*, il giudice amministrativo si ritira dunque nella "roccaforte" civilistica, ricorrendo a una sorta di *fictio* per cui il diritto del ricorrente esiste già sul piano sostanziale; quello che il processo deve "scoprire", è se sia stato preso in considerazione dalla norma organizzativa. In questo modo la ricerca di una volontà normativa di protezione dell'interesse diviene l'accertamento di un fatto storico, al pari dell'esistenza stessa delle norme fatte valere dal ricorrente. Già è evidente che una tale impostazione colga in pieno il profilo più equivoco della cd. strumentalità del processo, affidando la ricognizione della titolarità e quindi della "possibilità giuridica dell'azione" a un ragionamento di teoria generale, anziché «dalle diverse opzioni di diritto positivo che caratterizzano un dato collettività in un preciso momento storico»⁵⁰. Ora però preme un'altra cosa: la "irrealtà" della premessa: non del tutto infondatamente, nella letteratura statunitense, si è parlato di una «metafora» della legittimazione, la quale sarebbe solo «la lente attraverso la quale vediamo la questione di chi ha dei diritti e di chi può farli valere»⁵¹. Il giudice amministrativo, quando si pronuncia sul difetto di titolarità dell'interesse, immagina la volontà protettiva della norma come se avesse una corrispondenza nella realtà⁵², mentre l'unica "realtà" è il comportamento del giudice, il suo argomentare che, con Perelman e Olbrechts-Tyteca, si direbbe «quasi-logico», perché postula una «relazione transitiva» tra norma organizzativa, amministrazione e titolari di interessi qualificati dalla norma, per arrivare allo scopo pratico di costruire «alleanze o antagonismi» fondati su «meccanismi sociali (...) ben conosciuti e ammessi da tutti»⁵³. Giocando la carta della solidarietà tra norma e ricorrente per chiudere la porta agli interessi

50 A. CHIZZINI, *L'attualità dell'inattuale. Diritto e processo nel pensiero di Emilio Betti*, in A. CARRATTA, L. LOSCHIAVO, M.U. SPERANDIO (a cura di), *Emilio Betti e il processo civile*, Roma, RomaTre-Press, 2022, pp. 85 ss., 98, 101.

51 S. WINTER, *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, in *Stanford Law Review*, 1988, pp. 1371 ss., 1387.

52 R. ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 785 ss., 810.

53 C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Torino, Einaudi, 1966, p. 241-243.

non protetti, la sentenza di rito “ostativa” lancia un messaggio comprensibile a un ampio uditorio: il processo amministrativo non è per tutti, ha uno *scopo* preciso. Si dà il caso però che il processo amministrativo, nel momento in cui lo si declassa a tecnica eliminatoria dei soli provvedimenti che ledono interessi tenuti in “considerazione” dalla norma regolatrice del potere, resti un docile “correttivo” del sistema burocratico, in grado di assicurare al cittadino solo quel tanto di giustizia che anche l’amministrazione è tenuta a garantire nel momento in cui, prima del processo, agisce per l’interesse pubblico, nel cono d’ombra della norma “di protezione”. In questa svalutazione del carattere giurisdizionale della tutela, *quivis de populo* non è chi agisce senza averne diritto, ma chi attenta all’equilibrio tra interessi voluto dalla norma organizzativa, azzardandosi a chiedere tutela nonostante il fatto che, per questa norma, egli sia nient’altro che un “terzo”.

Che le persone possano accontentarsi di comprendere in questa sfera le loro garanzie, è forse plausibile in ordinamenti che offrono agli amministrati esclusivamente rimedi gerarchici su reclamo o, al più, organismi di contenzioso non separati al potere esecutivo; come in Italia accadeva sul finire dell’ottocento, anche dopo l’istituzione della IV^a Sezione del Consiglio di Stato, la cui natura “giurisdizionale” fu, com’è noto, vivacemente dibattuta⁵⁴.

In un panorama legislativo come quello attuale, è difficile, per un cittadino di comune buon senso, accondiscendere all’idea che un proprio diritto, al quale l’esercizio del potere amministrativo ha arrecato pregiudizio, non possa essere fatto valere solo perché le norme disciplinanti l’esercizio del potere, anche se violate, non sono state “pensate per lui”.

54 Si rilegga però l’opinione di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1914, 722-723, il quale, già all’epoca, negava che dal divieto di azione popolare, derivasse la conseguenza che il potere di promuovere il ricorso alla IV^a Sezione spettasse «solo a colui, in difesa del cui interesse era scritta la disposizione di legge che sia assume essere stata violata». Una così «intima correlazione», precisava Orlando, è tipica del processo su diritti, non del sistema del contenzioso amministrativo.

Fino a che quella persona non lede diritti altrui, è pienamente giustificato, oltre che comprensibile, che voglia egoisticamente “servirsi” del processo *per sé*; non per riportare l'azione amministrativa sui binari della legalità. Perché allora rifiutarle la tutela di merito, proprio quando massimamente – e, verrebbe da soggiungere, finalmente! – questo si verifica?⁵⁵

Ulteriore profilo del problema – anche qui la giurisprudenza condivide con la dottrina una certa disattenzione – è la mancanza di idee chiare sul significato dell'azione come *diritto*, nel processo amministrativo. Quando si afferma che l'azione è strumentale alla tutela di interessi protetti sul piano sostanziale, si dice una cosa esatta, ma *relativamente* esatta, la quale non può essere assolutizzata e portata alle conseguenze che vi ricollega la giurisprudenza.

Quest'ultima, si è visto, àncora il teorema della norma di protezione al carattere “soggettivo” della tutela, ma il dibattito sulla natura oggettiva o soggettiva della giurisdizione amministrativa non entra mai direttamente nel cuore del vero problema di fondo, che, dalla «famosa polemica Windscheid-Muther»⁵⁶, riguarda la natura, “astratta” o “concreta”, dell'azione: se quest'ultima costituisca o meno un potere processuale *autonomo* dal diritto sostanziale.

Senza introdurre qui un argomento sproporzionato al presente saggio, una cosa, anche senza i molti passaggi che occorrerebbero per una compiuta trattazione, può essere sottolineata, giacché sembra di assoluta evidenza: il dire che hanno diritto di azione sono soltanto coloro i cui interessi sono protetti perché “presi in considerazione” dalla norma organizzativa, val quanto dire che l'azione nel processo amministrativo ha natura di pretesa (*Anspruch*) verso il

⁵⁵ Trova conferma anche da questo punto di vista l'opinione secondo la quale il (giusto) processo amministrativo dovrebbe portare il giudice a una distanza dalle parti maggiore di quella che attualmente si riscontra; poiché uno degli «aspetti di maggiore resistenza del modello arcaico del processo amministrativo, ancora legato alla sua radice di contenzioso amministrativo precedente alla legge del 1865», sta nel fatto che «l'episodio della vita — cioè il concreto esercizio o non esercizio del potere amministrativo — continua a entrare, proprio a causa della mancanza delle garanzie del giusto processo, come un fatto troppo ‘caldo’, cioè troppo carico di interesse pubblico» (M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2013, pp. 100 ss., 145).

⁵⁶ A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile*, cit., p. 107.

soggetto obbligato (l'amministrazione) e non assurge mai a diritto verso il giudice.

In realtà, come si è precisato anche e proprio nella dottrina tedesca, la strumentalità del processo non significa che «in ogni caso specifico» il diritto processuale debba considerarsi posto sotto la «costante riserva di una realizzazione» del «rispettivo diritto sostanziale»⁵⁷. Nessun dubbio che il processo, anche il processo amministrativo, non possa «inventare» figure o pretese giuridiche che non esistono nel diritto sostanziale⁵⁸, poiché gli articoli art. 24, comma 1 e 113 comma 1 Cost. finalizzano pur sempre il diritto di azione alla tutela giurisdizionale di diritti e interessi legittimi. Ma da tanto non consegue che il giudice, nel valutare se il ricorrente abbia azione nel caso concreto, possa utilizzare soltanto argomenti ricavati da *come* le norme sostanziali, che il ricorrente assume violate, abbiano *volut*o disciplinare il rapporto intersoggettivo tra il ricorrente e l'amministrazione. Dal principio di strumentalità dell'azione non deriva, in altri termini, che il risultato processuale a cui il ricorrente aspira debba essere «conseguenza del modello sostanziale introdotto dal legislatore»⁵⁹. Per stare all'esempio appena fatto in nota: che la legge conceda al terzo il diritto di proporre ricorso al giudice amministrativo contro la segnalazione certificata di inizio attività non è «conseguenza» di un rapporto tra l'amministrazione e il terzo, né di un certo modo di considerare la correlazione tra la posizione del terzo e quella del titolare dell'attività, oggetto di segnalazione. Qui la norma che concede l'azione non ha, proprio, voluto regolare alcun rapporto, prendere in considerazione interessi correlati dall'esercizio del potere. Siamo semplicemente di fronte a uno dei frangenti in cui, come ha riconosciuto anche la Corte costituzionale, il legislatore introduce un rimedio per finalità di giustizia, non per ragioni di diritto sostanziale, ma direttamente per via della «discrezionalità» di cui

57 D. LORENZ, *Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz*, in *Arch. Öffent. Rec.*, 1980, pp. 623 ss., 645.

58 A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, III, 2011, c. 517 ss., 518.

59 Come invece l'Autore citato alla nota precedente sembra sostenere (A. TRAVI, *op. cit.*, c. 519).

gode nella configurazione degli istituti processuali, «censurabile soltanto nei limiti della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte operate»⁶⁰.

Mi rendo conto che il discorso ora imbastito dovrebbe risolversi in una più ampia dissertazione. Né l'aver accusato la giurisprudenza amministrativa di partigianeria nei riguardi della teoria della “concretezza” significa necessariamente perorare la causa dell'astrattezza dell'azione dal diritto sostanziale controverso. Semmai, occorrerebbe considerare o, almeno, non lasciare fuori quadro le dimostrazioni della “storicità” del problema dell'azione: l'idea, cioè – e il processo amministrativo può testimoniarlo – che il problema dell'azione si risolva nella sua storia, onde «il trattare l'azione non può aver luogo altro che nel quadro del processo, o per meglio dire delle varie e mutevoli strutture che esso presenta nella storia dei singoli ordinamenti»⁶¹.

Posta al centro del ragionamento la *storicità* dell'azione, una critica distinta può dirigersi al modo in cui l'applicazione della “teoria della norma di protezione” si rapporta al diritto positivo italiano. Anche questo profilo non è, di regola, largamente trattato. Si è visto che la giurisprudenza amministrativa, mentre decide di muoversi «sulla falsariga del processo civile» (sono parole dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014), concepisce come una sorta d'invalidità “di protezione” l'annullabilità del provvedimento generalmente intesa (art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990 n. 241) o, perlomeno, ritiene che uno spirito “protettivo” si possa dedurre da qualsiasi disposizione di legge disciplinante l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

Nel diritto amministrativo sostanziale, l'unica disposizione di legge riconducibile al paradigma dell'invalidità di protezione è l'art. 8 comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a norma del quale l'omessa comunicazione di avvio del procedimento «può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista». La comunicazione è un obbligo che la legge impone alla pubblica amministrazione (art. 7 comma 1 legge n. 241/1990) a favore di

⁶⁰ Giurisprudenza pacifica; la si veda, riepilogata, in Corte cost., sentenza n. 74 del 2022.

⁶¹ R. ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, cit., pp. 816, 821.

soggetti specificamente individuati: quelli nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti, quelli che per legge debbono intervenire e i terzi, individuati o facilmente individuabili, ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento medesimo. L'ottica del rapporto giuridico, che qui viene assunta dal legislatore, si ritrova soltanto e tassativamente nel secondo comma dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, nel quale viene infatti esclusa qualsiasi reazione invalidante dell'ordinamento all'atto viziato, al punto da non consentire neppure l'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*, comma 1) – «qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Al di là di questa ipotesi, la legge non contempla fattispecie d'invalidità selettive o “de-quotazioni” di vizi del provvedimento amministrativo attraverso la limitazione del potere di agire in giudizio⁶².

Fuori, dunque, dal caso in cui il ricorrente impugni il provvedimento per vizi formali o per mancata comunicazione di avvio del procedimento, la valutazione del giudice amministrativo sulla titolarità dell'interesse si deve confrontare con l'esplicita ammissione, da parte della dottrina italiana, dei profili, già accennati, che la dottrina tedesca ha da tempo messo in luce. Si è cioè preso atto della «grave difficoltà di riconoscere i casi in cui esiste una qualificazione normativa», poiché «soltanto raramente dalla sola lettura di una legge amministrativa è possibile desumere se la disciplina in essa instaurata abbia per scopo anche la protezione di interessi individuali e a quali in concreto siano tali interessi. (...) Solo di rado (...) la legge amministrativa regola i conflitti di interesse fra gli amministrati in modo tale che dalla stessa norma o gruppo di norme attributive del potere si possa immediatamente desumere l'esistenza di interessi di specifica rilevanza»⁶³.

62 Ci si permette di rimandare, per un tentativo di approfondimento, a M. MAGRI, *Annullabilità di protezione ed «abuso di logica astratta» nel processo amministrativo*, in *Lo Stato*, 2022, pp. 297 ss.

63 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 142. Ma forse, in ultima analisi, il fatto che raramente nella vita pratica del diritto si possa capire quali interessi la norma abbia voluto proteggere è solo l'ovvia conseguenza che il carattere intrinseco a ogni attività (autenticamente) giurisdizionale è la *discontinuità* al diritto sostanziale, l'emergere di un'*antinomia* tra la volontà del-

Il che non è strano, soprattutto nel presente momento storico, quando la disciplina dell'attività dei pubblici poteri contenuta nelle leggi amministrative non si giova più delle tecniche di disciplina che caratterizzavano le prime esperienze dello Stato liberale. Oggi non è raro che la legge, per far fronte a nuove richieste sociali, disciplini il potere amministrativo astenendosi dal proteggere interessi. Inoltre, a prescindere da ciò, l'area del procedimento, ove si confrontano l'amministrazione e gli interessi protetti, non è più in grado di determinare le sorti del successivo confronto processuale tra ricorrente e resistente, che può nascere da un repertorio indefinito e casuale di situazioni. Con questo s'intende dire che nel momento di origine della lite non si fa più sentire quel principio di "supremazia speciale" dell'amministrazione, di cui, nel procedimento, si avverte ancora qualche influsso. Di fronte a questo fenomeno, che pare sotto gli occhi di tutti, concedere l'azione ai soli titolari degli interessi protetti dalla norma organizzativa produce una pesante disarmonia: dovendo «l'individuazione dell'interesse legittimo (...) essere compiuta *esclusivamente alla luce della norma regolatrice del potere e delle altre norme che ad essa si collegano*», la qualificazione di "legittimi" finisce per competere soltanto agli interessi materiali che *«che il potere amministrativo doveva tenere presenti nel momento del suo esercizio»*. Mentre quindi si dà generalmente e giustamente per superata l'idea che l'amministrazione si qualifichi per essere un'attività di mero adempimento delle leggi, se ne ricostruisce il controllo giurisdizionale attorno al modello di funzione «a cui nessuno pensa

la legge, «il *iussim*» e l'esperienza: «mentre l'esperienza, colta nel concreto delle attività dei soggetti in cui essa si risolve, non è mai totale ma frammentata nei singoli casi e nelle singole azioni, la volontà della legge, in quanto deve essere attuata, è sempre totale, non la si isola mai in singole norme o in singole disposizioni, diventa *ordo* solo *ex integra causa*, cioè solo in quanto si attua in modo che tutte le sue esigenze siano soddisfatte (...). Di qui la singolare antinomia che nasce: da un lato l'ordinamento giuridico che deve realizzarsi intero *ex integra causa* (...) dall'altro, il caso singolo, l'esperienza divisa in casi singoli, che sembrano permettere l'attuazione dell'ordinamento ma solo frazionatamente, *pro parte* (G. CAPOGRASSI *Intorno al processo* (ricordando Giuseppe Chiovenda), in *Riv. it. fil. dir.*, 1938, III, pp. 252 ss.; anche in ID., *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 130 ss., 137-138.

più, quella che può essere «*valutata e controllata come se conservasse i caratteri della esecutività*»⁶⁴.

Non abbiamo finito qui. Il successo che ha avuto nella giurisprudenza amministrativa la teoria della “norma di protezione” maschera forse anche una (discutibile) visione dei caratteri differenziali delle norme giuridiche dalle altre regole di condotta. L'insistenza sulla correlazione dovere-pretesa, ad esempio, sembra richiamare l'idea che profili distintivi delle norme giuridiche sia la “bilateralità”, come «simmetrica corrispondenza tra l'obbligo di un soggetto e il diritto (in senso soggettivo, come situazione derivante dal diritto oggettivo) di un altro, sempre e necessariamente risultante dalla norma giuridica». Non si tratta però di una visione priva di equivoci, come spiega Crisafulli: «facile, pertanto, e fondato il rilievo, tante volte avanzato a critica di questa tesi, che essa non fa se non ipostatizzare in termini che pretenderebbero avere assoluto valore logico un particolare fenomeno di un particolare e limitato settore dell'esperienza giuridica, qual è appunto il «rapporto giuridico» nel diritto privato, se non addirittura lo schema del rapporto obbligatorio civilistico (esempio paradigmatico: quello tra creditore e debitore)»⁶⁵. Va da sé, poi, che «*le autorità normative (...) non hanno una “intenzione” nello stesso senso in cui può averla un individuo*»; e l'intenzione delle autorità normative, «*se mai esiste una cosa del genere – non è suscettibile di conoscenza empirica: può solo essere oggetto di congetture. Pertanto, l'ascrizione di una intenzione ad una autorità normativa può facilmente essere contestata, e persino squalificata in quanto tale (quale che sia, cioè, l'intenzione ascritta)*»⁶⁶.

Ma dove più la teoria della norma di protezione devia dalla «falsariga del processo civile», è nel modo d'intendere il concetto di protezione dell'interesse da parte dell'ordinamento. Quest'ultimo è infatti concepito dal giudice amministrativo in modo antitetico agli schemi, a dir poco collaudati, dell'atipicità

64 G. BERTI, *L'interesse diffuso nel diritto amministrativo*, in *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*, Atti del Convegno nazionale di Bologna, 5 dicembre 1981, Rimini, Maggioli, 1982, p. 18.

65 V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1970, I, pp. 27-29.

66 R. GUASTINI, *Interpretare, costruire argomentare*, in *osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2015, pp. 11 ss.

dell'illecito civile, per cui «quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori»⁶⁷. Il Consiglio di Stato, stabilendo a priori che gl'interessi legittimi meritevoli di tutela siano solo quelli presi in considerazione dalla norma, mostra invece di accogliere la vecchia teoria della “tipicità” dell'illecito civile, il cui carattere precipuo era non distinguere tra la *culpa* e l'*iniuria*, risolvendo l'iniuria «nell'elemento soggettivo e cioè nel fatto colposo»⁶⁸.

Affermare che gli interessi legittimi tutelabili dalla giurisdizione amministrativa sono solo quelli «che il potere amministrativo doveva tenere presenti nel momento del suo esercizio», perché qualificati dalla «norma regolatrice del potere», mentre gli altri sono interessi di fatto, assimilabili alle generiche aspettative del *quivis de populo*, equivale a imporre al ricorrente l'allegazione di un *annullamento colposo*, che restringe l'illegittimità entro una precisa sfera d'imputazione, laddove la lesione dell'interesse legittimo deve recuperare un autonomo elemento d'*ingiustizia* o di *antigiuridicità* obbiettiva, riferibile alla lesione in quanto tale. Il datore di lavoro, tornando ad uno degli esempi fatti, dispone della tutela aquiliana del credito, se un terzo danneggia il lavoratore. Non è forse logico che costui possa impugnare un provvedimento che gli arreca un pregiudizio non troppo dissimile, a prescindere dalla circostanza che non sia lui stesso, ma il lavoratore, destinatario dell'atto?

Ultima questione. La giurisprudenza, auto-obbligandosi ad una indagine preliminare sulla qualificazione normativa dell'interesse protetto dalla norma, per accertare se il ricorrente è legittimato, opera – così almeno sembrerebbe – sul piano della interpretazione intesa come ricerca di significati della norma che il ricorrente assume violata. Nasce da qui probabilmente l'adesione, al teorema qui criticato, di quella parte della dottrina che fa osservare come esso abbia, se non altro, il pregio della “non creatività”, contro l'improvvisazione che si annida nelle opinioni (neanche da me condivise, peraltro) sulla legittimazione come

67 Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 591.

68 G. VISINTINI, *Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa, un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, pp. 589 ss.

mera affermazione⁶⁹ ed in quelle che demandano la soluzione alla discrezionalità del giudice (che invece tenderei a condividere, ma qui il discorso si fa inevitabilmente più complesso). Ciò che si vorrebbe far notare in questa sede, è solo il seguente aspetto: l'assunto per cui la teoria della norma di protezione (e della "terza condizione" dell'azione) si caratterizza per la sua "non creatività, è a ben vedere fortemente controvertibile. Inizierei da un aspetto sul quale siamo tutti d'accordo: proprio perché l'interpretazione è interpretazione, non puro arbitrio, non ogni proposizione giuridica, attraverso tale attività, è estrapolabile dal testo scritto. Il criterio dell'intenzione del legislatore compare nell'art. 12 delle preleggi e non vi è davvero nulla di strano nell'immaginare che il preteso "titolare" dell'interesse, al quale la norma ha conferito protezione, ne ricavi che *corrisponde* ad un *suo* interesse far valere l'invalidità dell'atto amministrativo emesso in applicazione di *quella* norma. Il giudice potrà anche desumere che, sempre *dal punto di vista della norma*, altri e diversi interessi sono, per quest'ultima, *irrilevanti*. Ma che tali interessi, quelli *irrilevanti* dall'angolatura della volontà della norma, non abbiano accesso alla giustizia amministrativa; e che chi se ne afferma portatore non stia tutelando un proprio interesse legittimo, bensì un mero interesse di fatto, difficilmente può desumersi per interpretazione. A meno che – come si è visto – non ci si trovi dinanzi ad enunciati come l'art. 8, comma 2 della legge n. 241/1990, dove è stabilito che l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo «può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista». Troviamo qui sì, veramente, un esempio di norma che provvede alla risoluzione del conflitto di interessi tra gli amministrati. Ma, come pure si è detto, non tante disposizioni del nostro ordinamento giuridico prevedono in termini così espliciti; ed anzi, a quanto si sa, non ve ne sono altre.

Valga ancora l'esempio: dalla interpretazione delle disposizioni di legge che disciplinano il potere di governo del territorio si potrà ricavare una speciale

69 L. FERRARA, *Conclusioni*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio visto dal basso*, cit., p. 237.

considerazione per gli interessi dei proprietari di immobili situati in una determinata zona; non certo un giudizio di legittimità o illegittimità di interessi diversi, tesi alla fruizione del territorio, ma non riconducibili al possesso di diritti personali o dominicali. La valutazione negativa ed “ostativa” in ordine alla possibilità di questi interessi di accedere alla giustizia risiederà forse altrove: certamente, *non* nell’enunciato legislativo che il ricorrente, formulando la censura, chiede al giudice di applicare. Nella norma evocata a propria difesa dal ricorrente, non si troverà quasi mai racchiuso, se non accidentalmente, tutto l’ordinamento, né di conseguenza vi si potrà vedere identificato l’interesse legittimo. Vi si rintraccerà un intento protettivo degli interessi *astrattamente* compartecipi della funzione amministrativa secondo la norma che il ricorrente assume violata e che, semplificando all’estremo (se è permesso), chiameremo “norma A”; così come se ne potrà inferire che la norma A non “vuole” tutelare gli interessi che il ricorrente dichiara o dimostra di avere in quanto *astrattamente* protetti da “norme B, C, D, ecc.”, affermando ciononostante che il bisogno di tutela di questi ultimi nasce, in concreto, dalla violazione della norma A. Ora il giudice amministrativo, quando dice di non poter applicare la “norma A”, in quanto questa non ha “preso in considerazione” l’interesse del ricorrente (che però la assume violata), sta ragionando soprattutto sulla “norma B” (quella che invece qualifica l’interesse dello stesso), per decidere se questa si possa collocare o meno nel medesimo “sistema” di cui fa parte la prima. Sta compiendo un’operazione di latitudine concettualmente pari a quella necessaria per la soluzione di una “antinomia”, o alla negazione di una “lacuna”. Di certo, non sta affatto *interpretando*, in senso proprio, la “norma A”. Né si sta addentrando in quel particolare aspetto dell’interpretazione o – per chi lo ha ritenuto – in quella diversa operazione, che è il cd. “bilanciamento degli interessi”, giacché teorema vuole che, per il giudice, le condizioni della prevalenza dell’interesse del legittimato rispetto a quello del non legittimato si trovino già inderogabilmente fissate dalla *volontà della norma*, a prescindere dalla contesa effettiva, concreta, degli interessi

in gioco. La tecnica del “bilanciamento” non lo potrebbe mai escludere, al contrario della teoria della legittimazione ad agire, qui esaminata, che invece lo nega. Nella prospettiva del bilanciamento, potrebbe bastare all’ammissibilità del ricorso il fatto che, estromessa ipoteticamente la categoria di cui fa parte il ricorrente, nessun altro soggetto potrebbe far giustizia dell’atto illegittimo. Ma dove la strategia del bilanciamento potrebbe portare a risultati di grande impatto è, soprattutto, nel far emergere la giuridicità di un possibile *conflitto* tra gli interessi del non legittimato e quelli di chi, essendo legittimato ed avendo il potere di agire, ha anche il *potere di non agire* in giudizio. Ci si potrebbe cioè chiedere se l’accesso alla giustizia del non legittimato (in astratto) non possa essere giustificato dal vantaggio che altrimenti la sua estromissione creerebbe in capo al soggetto astrattamente legittimato, il cosiddetto titolare dell’interesse legittimo (come nei casi, analizzati sopra, del ricorso del promissario acquirente, dell’impresa non ammessa alla competizione finale, ecc.). Si avrebbero allora strumenti per comprendere come il titolare apparente dell’interesse legittimo ben possa (beninteso, come mera probabilità) trarre, nel caso concreto, proprio *dalla mancanza di legittimazione dei terzi alla impugnazione del provvedimento annullabile*, la tutela di un proprio “interesse illegittimo”⁷⁰. Ed ancora, la tecnica del bilan-

⁷⁰ Per un caso, Cons. Stato, Ad. plen. 11 gennaio 1966, n. n. 1. Se ne potrebbe trarre – non è ovviamente questa la sede – una riflessione più ampia sulla portata del principio di tassatività dei casi di sostituzione processuale (E. Garbagnati, *La sostituzione processuale*, . Ci si limita qui a osservare che manca, nella dottrina del diritto amministrativo, una precisa dimostrazione che l’articolo 81 c.p.c., con l’inciso «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge», sancisca un principio non operante solo all’interno del Codice di rito civile e riporti invece – come unanimemente ritengono dottrina e giurisprudenza – un principio generale del processo *tout court* (sicché sarebbe pacifica l’operatività del rinvio esterno stabilito dall’art. 39 c.p.a.). Va solo precisato che prima del 1942, sotto il vigore del Codice di procedura civile del 1865, non era affatto sicuro, né in dottrina, né in giurisprudenza, che la sostituzione processuale fosse *in linea di principio* vietata, dovendosi piuttosto riportare i problemi da essa originati al tema della scissione tra diritto di azione e diritto sostanziale (G. NENCIONI, *Sostituzione processuale e legittimazione*, *Foro it.*, 1939, c. 379 ss., per cui è «illogico, una volta ammessa questa categoria, volerla enormemente limitare nelle sue applicazioni, quasi per timore che essa sovverta i cardini del nostro diritto processuale», c. 380; si veda sul «profondo contrasto tra gli interpreti» M. MARINELLI, *Rileggendo Edoardo Garbagnati “La sostituzione processuale nel nuovo c.p.c.”*, in *Jus*, 2014, pp. 81 ss., 84) e cioè in definitiva all’interesse dello Stato a che il diritto di azione possa o non possa diventare oggetto di atti di disposizione privati (E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1942). Il che potrebbe spingere nella direzione opposta a quella indicata da chi attribuisce, al divieto di sostituzione, un valore di principio processuale generale

ciamento potrebbe portare ad un esito di ammissibilità del ricorso laddove, semplicemente, il giudice dovesse appurare che ammettere la legittimazione del ricorrente non ha, concretamente, alcun contraccolpo per la sfera giuridica del soggetto “protetto”⁷¹.

Tornando al discorso sulla teoria della norma di protezione, pare si possa terminare affermando che, nel domandarsi quali interessi la norma invocata dal ricorrente abbia voluto tutelare, e quali abbia voluto escludere, il giudice amministrativo sta compiendo una attività di interpretazione, ma non di quella norma. La norma che nel ricorso si afferma violata è l'oggetto, piuttosto che il parametro, della decisione. Proprio come si conviene alla risoluzione delle antinomie o alla negazione delle lacune, egli sta facendo applicazione di *una regola superiore o comunque diversa da tutte quelle che “qualificano” gli interessi in gioco*. Ci si dovrebbe ora chiedere quale sia questa regola; ma la domanda sarebbe retorica, perché la regola, sul piano normativo positivo, in senso stretto non esiste, è un semplice principio logico, cioè di *pura e semplice irrilevanza dell'interesse non protetto*. Il giudice amministrativo, quando ritiene, ad esempio, che il proprietario di un immobile posto in prossimità di un'opera pubblica non sia legittimato ad impugnare gli atti con i quali l'amministrazione ha affidato i lavori in assenza del procedimento concorsuale di scelta del contraente⁷², motivando la propria decisione in base al fatto che costui non riceve (il che è palese) alcuna “protezione” dalle norme sulla concorrenza nell'affidamento dei contratti pubblici, sta applicando direttamente una sua personale visione dell'ordinamento giuridico. In

(per questo fondamentale chiarimento, V. ANDRIOLI, *La legittimazione ad agire*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1935, p. 273 ss., altri richiami dell'A. a questa posizione in *Peculiarità processuali delle polizze di assicurazione*, in *Foro it.*, 1935, c. 337 ss. e in nota a Cass. civ., sez. I, ud. 27 giugno 1935, *Foro it.*, 1935, c. 1600 ss., ove l'A. ritiene che «dai casi legislativamente considerati sia permesso risalire alla formulazione di un principio generale, secondo il quale, nella negligenza dell'originario legittimato, possono gli interessati all'esito dell'azione a quest'ultimo spettante, esercitarla in nome proprio», *ivi*, 1600). Altro è poi – rispetto alla riflessione sul “principio generale” – il tenere nella dovuta considerazione che nei diversi tipi di processo può apparire necessario subordinare la sostituzione all'assolvimento di determinati oneri, ad esempio l'evocazione del sostituto da parte del sostituto (V. ANDRIOLI, *op. e loco ult. cit.*).

⁷¹ Ho cercato di sviluppare questi concetti nel mio *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 64 e *passim*.

⁷² Cons. Stato, IV, 9 luglio 2010, n. 4450, al punto 7.3 della motivazione.

particolare, di un certo modo d'intendere la «completezza» dell'ordinamento, ossia appunto l'assenza di lacune. Senza voler qui entrare in un dibattito così autorevolmente rappresentato, come è quello sulla ammissibilità del concetto di «lacuna» nel diritto, vorremmo notare che, più si vede applicato il teorema della legittimazione ad agire, più si ha l'impressione di assistere ad una sostanziale celebrazione del potere dell'ordinamento normativo: ad una negazione, da parte dei giudici amministrativi, della possibilità che gli interessi umani si organizzino secondo un criterio di libertà-responsabilità. Ciò avvicina ad un punto di forte tensione, che è quello del disconoscimento della regola secondo la quale non è permesso al giudice di «denegare giustizia, ossia rinunciare al giudizio per mancanza della regola da applicare (il cd. *non liquet*)»⁷³

Resta, a questo punto, l'osservazione conclusiva.

Proprio ed anche in virtù di quanto argomentato, l'indagine preliminare sulla qualificazione normativa dell'interesse azionato si risolve in un giudizio *di diritto oggettivo*: quando parliamo dell'interesse qualificato e, di conseguenza, protetto, non alludiamo a quello che il ricorrente ritiene tale, ma a quello che risulta distinguibile dall'interesse non tutelato, o adespota, ad esito di una valutazione *ex ante* sulla volontà manifestata dal legislatore. Da quest'angolatura può apparire persino stupefacente l'insistenza con cui ovunque si afferma – senza contestare tali premesse – che il processo amministrativo corrisponde ad una giurisdizione «soggettiva».

In realtà, fin che si supporta l'idea della legittimazione come requisito consistente nella affermazione di un interesse qualificato dalla norma, non è affatto superato l'ideale del processo amministrativo come giudizio volto primariamente alla soddisfazione di un interesse pubblico. Soggettività – si potrebbe concludere – c'è soltanto laddove l'ordinamento non ponga la giustizia amministrativa al servizio dei soli interessi da lui volontariamente protetti.

73 R. BIN. G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 2.

Là dove invece solamente i titolari di interessi normativamente qualificati possono trascinare in giudizio l'amministrazione per far questione di validità del provvedimento amministrativo, il giudizio che ne consegue sarà sempre impostato sulla omogeneità tra interesse del ricorrente ed interesse pubblico: avremo pur sempre, cioè, un contenzioso il cui scopo è la garanzia dell'ordinamento e dunque, in un certo qual senso, sempre del diritto oggettivo.

6. Sul principio di autodeterminazione dell'interesse protetto

Che l'individuo stabilisca liberamente le sue relazioni con i pubblici uffici e possa decidere da sé, assumendosene la responsabilità, se i suoi diritti sono o non sono protetti da una norma di legge, regolativa delle funzioni amministrative, dovrebbe essere tanto ovvio da non richiedere soverchianti dimostrazioni. In ogni caso, mi sembra argomentabile questo: che lo studio della dimensione giuridica degli interessi, protetti dalle norme disciplinanti l'amministrazione, possa essere intrapreso, oggi, postulando i limiti (e non necessariamente la massima espansione logica) del principio rappresentativo. Il vincolo dell'amministrazione alla legge – la legalità dell'agire amministrativo come concetto e come valore democratico – può essere predicato anche senza ricondurlo ad una «soggezione» dell'amministrazione ad un «potere» della legge; anzi, è proprio traslocando il potere al di fuori della norma che il confronto tra legge e amministrazione può produrre i risultati più visibili. A questo punto deve però essere trovato il coraggio di compiere quel balzo che rende comprensibile tutto il discorso: riconoscere che il potere dell'individuo di agire in giudizio, *basato su norme*, non è necessariamente un potere *conferito dalle norme*. Sono le persone che sentono il bisogno, laddove il godimento delle libertà è eguale, ma non puramente passivo, di ricercare nella legge gli spazi giuridici dai quali desumere, a loro rischio e pericolo, la propria protezione.

Sostenere questo principio di autodeterminazione dell'interesse protetto non significa negare che i pubblici uffici siano luoghi in cui si esercita potere, ma ammettere che si tratta di un potere relativo e circoscritto, proprio perché

promana da una entità (legge, norma, sistema, ordinamento) sollevata rispetto alla società e agli individui. Che, quindi, la norma organizzativa «prenda in considerazione» i diritti dei destinatari del provvedimento nella loro interconnessione con l'attività dell'ufficio, è evidente; ma tale circostanza non ha, di per sé, alcuna capacità indicativa del perimetro degli interessi sostanziali che possono obbligare il giudice a pronunciare sul merito del ricorso in caso di provvedimento emesso in violazione della “norma di protezione”.

Qualche utile spunto è del resto anche nella legge n. 241/1990. Nella quale, non casualmente, le norme sulla partecipazione al procedimento hanno suggerito perlomeno un duplice ordine di elementi giuridici soggettivi, in parte desumibile dagli articoli 7 e 9 della legge 7 agosto 1990, n. 241: 1) diritti e libertà dei destinatari degli effetti dell'atto di esercizio del potere. Costoro, tutti, poco importa se titolari di interessi «oppositivi» o «pretensivi», in qualche misura si sollevano rispetto alla collettività, in quanto presi in considerazione dalla norma (che manifesta nei loro riguardi una volontà di protezione); 2) diritti e libertà di coloro che possono subire un pregiudizio dal provvedimento (ma anche dal rifiuto dalla mera omissione di provvedimento). Sembra chiaro che questi ultimi individui, non predeterminabili in astratto, possono emergere solo nel momento del concreto dell'esercizio del potere, essendo il pregiudizio circostanza del tutto eventuale.

Di conseguenza, *costitutiva della loro tutela è l'intersezione di una seconda norma, protettiva degli interessi lesi dal provvedimento, ma ulteriore rispetto a quella che disciplina l'esercizio del potere*, con la quale la seconda norma si lega secondo una «legge», per così dire, di *mera non-incompatibilità*, ai fini della instaurazione della relazione con gli uffici. Volendo, insomma, si potrebbe persino soggiungere che nelle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo, sopra menzionate, c'è già *in nuce* quel principio di «autodeterminazione» che si è cercato fin qui di evidenziare.

7. Osservazioni conclusive

Nel giudizio amministrativo di annullamento, il ricorrente non è legittimato dalla propria affermazione. È legittimato in virtù del fondamento giuridico della propria affermazione, vale a dire che il suo interesse dev'essere radicato nell'ordinamento e, in questo senso, dev'essere "protetto". Non necessariamente, però, la «norma dell'ordinamento» deve essere scelta solo tra quelle che hanno voluto prendere in considerazione il suo interesse insieme all'esercizio del potere. Non deve necessariamente, in altre parole, identificarsi in una norma disciplinante la funzione di amministrazione dalla quale è scaturito l'atto del quale si controverte.

Continuare a sostenerlo vale quanto dire che nel processo amministrativo gli interessi individuali si selezionano allo stesso modo dei ricorsi amministrativi, che quivi non si concretizza l'ordinamento, ma una parte dell'ordinamento, che anche la giurisdizione amministrativa non è, in fondo, se non funzione d'amministrazione: che il processo amministrativo *non è processo*.

Resta un'altra importantissima questione, ove si condivida la prospettiva qui accolta: quella dei rimedi previsti dall'ordinamento contro le decisioni di rito ostative, motivate in base alla carenza di "titolarità". L'opinione corrente è che non si tratti di un diniego di giustizia e che la sentenza di rito non sia impugnabile in Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il caso Randstad ha ravvivato notevolmente il dibattito proprio su questo elemento, portando in luce questioni la cui rilevanza non è legata al settore particolarmente "europeizzato" o all'intraprendenza della società ricorrente. Ciò che l'ha caratterizzato è stata semplicemente l'intuizione di un rimedio: il ricorso per Cassazione per diniego di giurisdizione contro una sentenza che aveva escluso la ricorrente dalla tutela di merito. È stato esattamente notato che non vi era alcun bisogno, di fronte ad un arretramento del Consiglio di Stato dal proprio dovere di decidere il merito del ricorso, di investire la Corte costituzione della questione relativa ad una nuova concezione "evolutiva" o "dinamica" del concetto di giurisdizione,

bastava allegare il puro e semplice rifiuto⁷⁴. E nei casi qui commentati, più che nel caso Randstad, si presentavano vicende che avrebbero forse potuto ipoteticamente prestarsi ad un ricorso alle Sezioni Unite. Possiamo anche continuare ad ammettere che la risoluzione di questioni sulle condizioni dell'azione per sua natura si contenga entro il perimetro degli *errores in iudicando* e non possano dar luogo a questioni di giurisdizione. Ciò non toglie che il sistema di giustizia amministrativa possa tenere in piedi la prospettiva di utilizzo di questo rimedio, se non altro, nei casi in cui la sentenza di rito si presenti con caratteri di ingiustizia tali da esigere una contromisura, in grado di ripristinare gli equilibri del rapporto giuridico processuale, che potrebbe essere proprio l'impugnabilità in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111 comma 8 Cost.). Indicazioni di un certo rilievo vengono dalla recente sentenza della Corte di Cassazione sulla nota vicenda delle concessioni demaniali marittime: non si può escludere – ha affermato la Corte – che il diniego di legittimazione, impartito così e semplicemente, in “astratto”, per difetto di titolarità, possa essere interpretato come diniego di giurisdizione; e tanto basta per aprire nuovi orizzonti alla tutela dell'interesse legittimo⁷⁵, più e prima che nei confronti della pubblica amministrazione, verso un giudice amministrativo che – non in solitudine, peraltro⁷⁶ – ha oramai imboccato la via della tutela di sé stesso, o della “non illimitata risorsa giustizia”.

74 F. FRANCIOSI, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i “seguiti” a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?* (intervista di R. CONTI), in *Giustizia Insieme*, 18 gennaio 2022. Sul tema, per tutti, R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in Id. (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021, 47 ss.; F. FRANCIOSI, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia Insieme*, 16 marzo 2022; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2020.

75 *Contra*, recentissima, Cons. Stato, VII, 19 febbraio 2024, n. 1653, punto 12 della motivazione.

76 P. NAPPI, *Il «rispetto della non illimitata risorsa giustizia» come principio processuale: osservando la «deriva della Cassazione»*, in R. TISCINI e F.P. LUISO (a cura di), *Scritti in onore di Bruno Sassani*, Tomo I, Pisa, Pacini, 2022, pp. 151 ss.

LUCA R. PERFETTI
Professore ordinario di diritto amministrativo, UniPegaso
lucaraffaello.perfetti@unipegaso.it

**DIRITTI FONDAMENTALI E POTERE AMMINISTRATIVO:
PER UNA TEORIA GIURIDICA DEL PUBBLICO INTERESSE**

**FUNDAMENTAL RIGHTS AND PUBLIC POWER: FOR
A LEGAL THEORY OF PUBLIC INTEREST**

SINTESI

Lo studio prende le mosse mettendo in luce il rilievo delle pratiche (e, particolarmente, di quelle giurisdizionali) come strumento di analisi in concreto del potere pubblico. Dalla osservazione delle pratiche emerge in modo chiaro il fatto che il giudice amministrativo decida assai di frequente controversie riferite a diritti fondamentali.

Per conseguenza, ci si deve chiedere se queste pratiche siano contrastanti con il diritto positivo ovvero mettano in luce problemi che consentono una diversa interpretazione del diritto positivo medesimo. In prospettiva metodologica, quindi, è necessario confrontare le pratiche con la dogmatica.

Questa riflessione, quindi, dopo aver posto alcune ulteriori premesse di metodo, prende avvio dal problema della definizione dei diritti fondamentali. Limitando quanto più possibile la discussione generale circa i diritti fondamentali, lo studio mette in discussione la loro ricostruzione nella dottrina tradizionale. In particolare, si pone l'obiettivo di dimostrare che le libertà e i diritti sociali presentano la medesima struttura e quindi, compongono la categoria unitaria dei diritti fondamentali. Per fare questo vengono criticate le nozioni tradizionali sia libertà costituzionale che di diritto sociale. La loro ricostruzione unitaria mettendo libertà e diritti sociali in relazione con il potere pubblico. Da questa analisi si dimostra che i diritti fondamentali si pongono sempre in relazione con il potere esecutivo.

Ne deriva la conseguenza che il giudice amministrativo in via ordinaria decide controversie attinenti diritti fondamentali e che questa pratica è del tutto coerente con il sistema dogmatico.

Il secondo terreno di analisi riguarda la struttura del potere esecutivo secondo la costituzione italiana. Lo studio muove dalla premessa metodologica di evidenziare come le teorie del potere esecutivo tradizionalmente proposte e ancora oggi sostenute hanno un fondamento mitico o ideologico. Anche quanto al potere esecutivo è necessario procedere alla sua ricostruzione in termini relazionali con i diritti fondamentali.

Attraverso questo procedimento si mettono in luce le ragioni per le quali sia l'organizzazione amministrativa che il potere esecutivo sono interamente in funzione del godimento dei diritti fondamentali. Questa conclusione deriva dall'aver impostato il problema del potere pubblico nella sua relazione con la sovranità. Il diritto positivo mette in luce le ragioni per le quali il tratto più significativo della sovranità popolare risiede nel fatto che la sovranità si trattiene permanentemente nei diritti fondamentali in quanto entità giuridiche riconosciute dalla costituzione, vale a dire esistenti come diritti indipendentemente dall'essere posti dal diritto costituzionale positivo. Poiché l'organizzazione pubblica e l'esercizio di pubblici poteri sono funzionali agli obiettivi e scopi del sovrano e poiché nel diritto positivo il sovrano deve essere individuato nella persona umana titolare di diritti fondamentali, ne consegue necessariamente che azione amministrativa che il potere esecutivo sono funzionali al godimento dei diritti fondamentali da parte delle persone.

La conseguenza sulla giurisdizione amministrativa è che essa si occupa sempre di diritti fondamentali perché è il giudice del potere e il potere assolve alla sola funzione della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali.

Queste conclusioni pongono necessariamente il problema di elaborare una teoria giuridica dell'interesse pubblico. Una volta messa in luce l'insufficienza sia delle teorie tradizionali che di quelle più recenti relativamente all'interesse pub-

blico, lo studio propone una articolata teoria giuridica del pubblico interesse. In particolare si nega che esista un interesse pubblico appartenente al potere esecutivo. Piuttosto, il pubblico interesse consiste solo ed esclusivamente nella composizione e massimizzazione del godimento delle pretese concernenti i diritti fondamentali delle persone. In questa prospettiva il paper si conclude con la definizione delle tecniche di composizione e bilanciamento dei diritti fondamentali.

ABSTRACT

The study starts by highlighting the importance of practices (and, in particular, of judicial practices) as a tool for analyzing public power in concrete terms. It is clear from the observation of practices, that the administrative judge very frequently decides disputes concerning fundamental rights.

Consequently, one must ask oneself whether these practices conflict with positive law, or whether they highlight problems that allow for a different interpretation of positive law itself.

From a methodological perspective, therefore, it is necessary to compare practices with dogmatics.

This reflection, therefore, after some further methodological premises, starts with the problem of defining fundamental rights. Limiting the general discussion about fundamental rights as much as possible, the study questions their reconstruction in traditional doctrine. In particular, the aim is to show that freedoms and social rights have the same structure and thus make up the unitary category of fundamental rights. To do this, the traditional notions of both constitutional freedom and social rights are criticized. Their unitary reconstruction places freedom and social rights in relation to public power. This analysis shows that fundamental rights always stand in relation to executive power. The consequence of this is that the administrative judge ordinarily decides disputes concerning fundamental rights and that this practice is entirely consistent with the dogmatic system.

The second area of analysis concerns the structure of executive power according to the Italian constitution. The study starts from the methodological premise of highlighting how the theories of executive power traditionally proposed and still upheld today have a mythical or ideological foundation. Even as regards executive power, it is necessary to proceed to its reconstruction in terms of its relationship with fundamental rights. This procedure highlights the reasons why both administrative organization and executive power are entirely a function of the enjoyment of fundamental rights. This conclusion derives from setting the problem of public power in its relationship with sovereignty. Positive law sheds light on the reasons why the most significant feature of popular sovereignty lies in the fact that sovereignty is permanently retained in fundamental rights as legal entities recognized by the Constitution, i.e. existing as rights independently of being posited by positive constitutional law. Since public organization and the exercise of public powers are functional to the objectives and purposes of the sovereign, and since in positive law the sovereign is to be identified in the human person as the holder of fundamental rights, it necessarily follows that administrative action and executive power are functional to the enjoyment of fundamental rights by people.

The consequence on administrative jurisdiction is that it always deals with fundamental rights because it is the judge of power and power only fulfils the function of maximizing the enjoyment of fundamental rights.

These conclusions necessarily pose the problem of developing a legal theory of the public interest. Having highlighted the inadequacy of both traditional and more recent theories of public interest, the study proposes an articulate legal theory of the public interest. In particular, it denies that there is a public interest belonging to the executive power. Rather, the public interest consists solely and exclusively in the settlement and maximization of the enjoyment of claims concerning people's fundamental rights. In this perspective, the paper

concludes with a definition of the techniques of settlement and balancing of fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Interesse pubblico – Giudice amministrativo – Sovranità – Diritti fondamentali.

KEYWORDS: Public Interest – Administrative Court – Sovereignty – Fundamental Rights.

INDICE: SEZIONE I. *Profili di metodo: dalle pratiche alla dogmatica e viceversa.* – 1. Lo studio delle pratiche come disvelamento della realtà del potere e dei suoi usi; svelamento dei miti e dei feticci del potere. – 2. Necessità della sistematica come strumento di giudizio delle pratiche e di definizione del dover essere del potere. – 3. Relazione tra sistematica e studio delle pratiche. Il percorso di ricerca. SEZIONE II. *Posizione del problema.* – 1. Relazione tra diritti fondamentali e potere. Indicazione del rilievo del pubblico interesse per la soluzione del problema. – 2. Impossibilità del tema secondo la configurazione tradizionale. – 3. Emersione del problema attraverso lo studio delle pratiche. SEZIONE III. *Quanto alla struttura dei diritti fondamentali secondo il diritto (costituzionale) positivo.* – 1. Ragioni per le quali la struttura dei diritti fondamentali non è quella che viene dalla tradizione (ed ancora oggi largamente ritenuta). Ragioni di insoddisfazione anche quanto alle ricostruzioni recenti. – 2. Sulla struttura dei diritti fondamentali e la sua relazione con il potere – 3. Prima conclusione: i diritti fondamentali si pongono ordinariamente in relazione giuridica con il potere. SEZIONE IV. *Quanto alla struttura del potere secondo il diritto (costituzionale) positivo.* 1. Ragioni per le quali la teoria del potere si fonda su feticci e miti. Necessità di leggere il potere pubblico alla luce delle disposizioni costituzionali ed europee e non in base a configurazioni ideologiche che vengono dalla tradizione. – 2. Sul potere pubblico nella sua relazione con i diritti fondamentali (e rinvio sul tema della nozione giuridica di pubblico interesse). – 3. Seconda conclusione: il potere e l'organizzazione pubblici sono funzionali solo al godimento dei diritti della persona in modo effettivo ed eguale, sicché il giudice amministrativo è sempre giudice di diritti fondamentali. SEZIONE V. Per una teoria giuridica del pubblico interesse. – 1. Ragioni per le quali è necessaria una teoria propriamente ed espressamente giuridica del pubblico interesse. – 2. Ragioni di insoddisfazione circa le teorie non deontiche del pubblico interesse e particolarmente critica del volontarismo che domina la dottrina in argomento. Sulla necessità di superare la condizione per la quale il tratto più significativo del potere pubblico – il pubblico interesse – ha un contenuto inconoscibile. Sugli ulteriori difetti delle teorie correnti dell'interesse pubblico in relazione alla molteplicità dei profili di interesse pubblico iscritti nelle fattispecie ed all'assenza di una regola giuridica di loro graduazione – 3. Definizione giuridica dell'interesse pubblico. – 4. Dinamica della valutazione del pubblico interesse. – 4.1. Prima premessa di metodo. Sulla necessità di evitare le fondazioni mitiche, astoriche e paralizzanti. Le pretese attinenti i diritti della persona non possono essere ascritte alla sfera feticcistica ed il loro bilanciamento non può essere sclerotizzato in formule astratte, pena la contraddizione del diritto (costituzionale) positivo e la creazione di nuove formule ideologiche. Esempificazioni sul concetto di democrazia. – 4.2. Seconda premessa di metodo. La natura funzionale del bilanciamento. Funzione e risultato. Massimizzazione ed uguaglianza come risultato del bilanciamento. – 4.3. Sull'assenza di bilanciamento tra dimensioni non comprimibili dei diritti fondamentali. I casi critici. – 4.3. Sul bilanciamento delle pretese che sono espressione non incompressibile dei diritti fondamentali. – 4.4. Conseguenze sulla giurisdizione.

SEZIONE I

PROFILI DI METODO: DALLE PRATICHE ALLA DOGMATICA E VICEVERSA

1. Lo studio delle pratiche come disvelamento della realtà del potere e dei suoi usi; svelamento dei miti e dei feticci del potere

Questo contributo è improntato ad un'esposizione estremamente sintetica – e per certi versi assertiva. Lo scopo è quello di condurre un discorso il più

possibile lineare e concentrato sulle idee che si intendono esporre, a discapito della discussione dei singoli elementi rilevanti e del confronto con la letteratura, giuridica e non. Si tratta di un sacrificio; ma di un sacrificio che in parte è compensato dal possibile rinvio alle altre non poche cose che ho avuto modo di scrivere intorno a questi temi¹. Naturalmente, non potersi intrattenere nella discussione delle idee di altri è un prezzo non piccolo perché, per il verso, si rinuncia ad una porzione essenziale del metodo e, per l'altro, si rischiano fraintendimenti. Tuttavia, un diverso procedere esporrebbe a rischi maggiori per l'eccessiva lunghezza dell'argomentazione e quantità dei temi (che innescherebbero altrettante discussioni).

Una questione di metodo, quindi. Le ricerche che trovano compimento con i saggi ospitati in questa sezione della *Rivista* si sono esercitate (soprattutto) nello studio delle pratiche della giurisprudenza. Da questo studio è emerso come, con non poca frequenza, il giudice amministrativo decida controversie in materia di diritti fondamentali, cosa inattesa da chi perpetua l'idea che le corti amministrative siano il giudice esclusivamente degli interessi legittimi.

Il che conferma l'utilità dello studio delle pratiche di potere per comprenderne la reale natura, al di sotto delle sistematiche tradizionali o in generale delle rappresentazioni ideologiche che il potere dà di sé stesso².

¹ *Questo lavoro è idealmente dedicato a Maria Cristina Cavallaro e Biagio Giliberti, ai quali principalmente si deve l'impostazione delle ricerche che hanno condotto a questa sezione monografica della Rivista e, quindi, alle pagine che seguono; sempre a loro si deve l'idea, a me cara, di organizzare il confronto delle idee a Napoli e Palermo, con una scelta contraria al mainstream.*

La discussione dei temi e della letteratura rilevante, quindi, mancherà del tutto o sarà ridotta a termini più che essenziali. Per questa ragione, nell'apparato critico, farò per lo più riferimento a miei scritti precedenti. Per due ragioni. La prima è che l'apparato critico è utile in quanto sia spazio di discussione delle idee di altri ovvero indicazione delle idee che si sono tenute presenti per la redazione del testo; quindi non si tratta di elencazioni di titoli altrui (anche se non di rado questo si legge nelle riviste e nei libri) ma riferimenti che servono a chiarire il testo, le sue ascendenze culturali, la discussione con tesi diverse o opposte dalle quali quanto si sostiene deriva; in questa prospettiva, sembra utile il rinvio a quelle discussioni ove siano condotte dallo stesso autore del testo, perché non siano fonte di fraintendimenti. La seconda, più opportunistica, è quella di non ripetere esercizi già compiuti ove non vi sia ragione per farlo imposta dalla trattazione nel testo.

² Più che ovvio il riferimento a M. FOUCAULT ed, in particolare, ID., *Il faut défendre la société*, Paris, Seuil/Gallimard, 1997 (trad. it., Milano, Feltrinelli, 2009); ID., *Sécurité, territoire, population*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004 (trad. it., Milano, Feltrinelli, 2010); ID., *Naissance de la biopoliti-*

Lo studio delle pratiche³ di potere – non solo di quelle giurisprudenziali ed, anzi, soprattutto di quelle del potere esecutivo⁴ – è una necessità per svariati motivi.

Anzitutto, qualunque nostro discorso sul diritto si muove in un ambito di precomprensione⁵, che riguarda sia chi elabora il pensiero – che fatica ad esprimere i concetti che avverte come veri perché dispone, per esporli, di una sistematica e di un linguaggio che ricacciano le novità nel sistema della tradizione –,

que, Paris, Seuil/Gallimard, 2004 (trad. it., Milano, Feltrinelli, 2005); ID., *Du gouvernement des vivants*, Paris, Seuil/Gallimard, 2012 (trad. it., Milano, Feltrinelli, 2014); si tratta di opere che forse possono presumersi note e, rispetto alle quali, la discussione è così vivace e vasta che sarebbe impossibile darne conto in questo contesto.

L'analisi delle pratiche – anche in questa sede – è essenziale per qualunque processo di decostruzione; anche rispetto a questo profilo non è possibile intrattenersi; per brevità di veda M. FERRARIS, *Introduzione a Derrida*, Laterza, Roma Bari, 2003. Oltre ai riferimenti a Derrida nel resto di questo testo, resta da premettere che la decostruzione delle categorie è fondativa per i Critical Legal Studies, sui quali, di nuovo, non ci si può impegnare in questa sede, sicché, se di interesse, indicazioni si possono trarre da A. HUNT, *Critical Legal Studies: A Bibliography*, in *The Modern Law Review*, vol. 47, n. 3 (May, 1984), 369.

È altrettanto chiaro che questi riferimenti dicono di un rapporto dialettico tra diritto e Stato (si può vedere M. ABENSOUR, *La démocratie contre l'État*, Paris, PUF, 1997, trad. it. Napoli, Cronopio, 2008), di un approccio radicale, diverso – in generale – dal fondazionismo e dalla sua esasperata ricerca di fondazioni (ideologiche) dell'autorità e, più in particolare, dalla dialettica tra artificialità e naturalità, di una radicalità della persona, delle sue relazioni e delle sue aspirazioni e conflitti come realtà dell'ordinamento (di recente su alcuni di questi temi, L. BUFFONI, *Il metodo del diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024).

3 Utilizzo il termine “pratiche” in senso specifico, non come sinonimo di “prassi”. Al netto del rilievo immediatamente giuridico della prassi (ad esempio quanto alla ricostruzione delle direttive, ovvero a profili dell'eccesso di potere), quest'ultima identifica propriamente l'effettività dell'applicazione di regole legali; per quanto rileva in questa sede, le prassi possono essere caratterizzate dallo stesso contenuto ideologico delle regole, nel senso che predicano del potere ciò che esso pensa di sé e di come vuole apparire; ad esempio, venendo allo specifico, il giudice amministrativo decide controversie nelle quali vengono in gioco diritti fondamentali ma trova varie forme espressive (evidente è quella proposta dal Presidente del Consiglio di Stato di “interessi legittimi fondamentali”) che perpetuano l'approccio ideologico che riguarda sia le posizioni soggettive che il loro coinvolgimento con il potere; ne deriva che le prassi non sono indenni dalla costruzione di miti e perpetuazione di feticci perché sono espressioni del potere che qualifica sé stesso.

Al contrario, con pratiche si intendono azioni tra loro disomogenee – perché in essa rientrano anche le leggi, le decisioni amministrative o giurisdizionali ovvero le forme di organizzazione del potere – che, tuttavia, vengono in rilievo in quanto disevelano la reale sostanza del potere, al di là delle sue apparenze. E' ovvio che anche le pratiche debbono essere fatte oggetto di un esercizio di decostruzione e, tuttavia, poiché da esse è agevole trarre la reale sostanza del potere depurata dalle sue auto-rappresentazioni è alle pratiche che si intende fare riferimento consapevolmente.

4 Per una loro recente analisi sarà consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021, che utilizza in gran parte questo metodo.

sia chi lo riceve – perché dovrà fare lo sforzo di accettare idee che gli appaiono smentite non da argomenti che le falsificano, ma dall'abitudine a pensare come vero un discorso completamente differente solo perché ha imparato secondo quel sistema le categorie che pratica. Solo per intendersi, è chiaro che chi senta dire che le corti amministrative decidono controversie in materia di diritti fondamentali, essendo stato fin dai suoi studi curriculari educato a pensare che i diritti fondamentali esistono in uno spazio in cui il potere è assente, che gli atti di potere dell'amministrazione sono l'ambito della giurisdizione amministrativa, che il giudice amministrativo si occupa di interessi legittimi e di diritti soggettivi solo nella giurisdizione esclusiva ed in quanto vi siano in gioco atti di potere, dovrà fare un profondo sforzo per accettare di prendere sul serio un ragionamento come quello in questione⁶; al contrario, se si trova innanzi ad una panoplia non piccola di decisioni che hanno ad oggetto, inequivocabilmente, diritti fondamentali, dovrà prendere in considerazione questo differente modo di ragionare – ovvero pensare pregiudizialmente che si tratta di sentenze sbagliate e conservare intatti i suoi miti senza prendere darsi pena di osservare le pratiche.

In secondo luogo, e come già accennato, il potere ricostruisce di sé una rappresentazione ideologicamente coerente con ciò che avverte di dover essere. Tuttavia, se si esaminano con attenzione le pratiche – nelle quali è più agevole vedere sotto la rappresentazione – è possibile intendere in cosa davvero si sostanzia il potere, sottraendo i suoi velamenti ideologici ed i suoi miti⁷; e comprenderlo fondatamente – vale a dire senza sostituire un'ideologia ad un'altra –

5 Quanto al rilievo del *Vorverständnis* ovvio il riferimento H. J. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 1965, (trad. it., Milano, Bompiani, 2000) ed J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Athenäum Verlag, 1970 (trad. it., Napoli, Esi, 1983). Su tutti questi temi, diffusamente, per quanto qui interessa, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017.

6 Sul riparto di giurisdizione, almeno, M. C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2018 e N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, Pisa University Press, 2013.

7 Resta fondamentale E. CASSIRER, *The Myth of the State*, New Haven, Yale University Press, 1946 (trad. it., Milano, SE, 2024).

perché le pratiche mostrano fatti. Fatti che attengono alla dimensione dell'essere del potere e non necessariamente del dover essere.

Infine, poiché dalle pratiche è possibile vedere in atto i dispositivi giuridici reali, sottraendo ad essi (decostruendoli) la loro giustificazione (che sia sistemica o ideologica), è possibile intendere l'effettiva evoluzione delle forme e modi del potere (solo per non essere fraintesi, ad esempio, è agevole imbattersi in dispositivi emergenziali e derogatori con sempre maggiore frequenza; la loro giustificazione viene propagandata attraverso l'evocazione dell'emergenza, ma a guardare bene si scopre senza troppa fatica che l'emergenza viene innescata da bisogni di sicurezza o gestione del rischio, vale a dire da forme di anticipazione dell'emergenza a ciò che non ha nulla a che fare con essa ed, anzi, attiene alla quotidiana vicenda umana e sociale, sicché dalle pratiche è più agevole comprendere come sia evoluto il potere, come siano trasformati legalità e ruolo del Parlamento, come si sia funzionalizzato il potere alle esigenze neo-liberali e via discorrendo)⁸.

In altri termini, l'esame delle pratiche di potere – a mio modo di vedere – consente di cogliere con chiarezza la crisi strutturali dei presupposti dello Stato-costituzionale-di-diritto; non si tratta di singole deviazioni, di ridotte (o talora, imponenti) contraddizioni, ma di luoghi di frattura nei quali si vede con chiarezza l'emergere di un sistema di poteri, condizioni sociali, forze, assetti del tutto incompatibili con quelli costitutivi dello Stato-costituzionale-di-diritto. Dall'insieme di queste pratiche di potere emerge un superamento dell'assetto dei poteri pubblici disegnato in Costituzione che non ha nulla di effimero o temporaneo, essendo – piuttosto – strutturale. Ciò al netto della discussione circa l'interpretazione delle norme costituzionali e la ricostruzione del sistema (in questa discussione, ad esempio, ho cercato altre volte di mettere in luce come le letture tradizionali non siano in grado, strutturalmente, di assicurare le

⁸ Per maggiori osservazioni su questi temi e le necessarie indicazioni bibliografiche, solo per brevità sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Diàfora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, vol. XI (2/2022), 227.

garanzie che promettono⁹; tuttavia, qui intendo riferirmi all'evoluzione delle pratiche e non all'insufficienza – a mio modo di vedere – delle dogmatiche ordinariamente affermate).

Queste pagine, quindi, presuppongono l'esame delle pratiche contenuto nei saggi che le precedono in questa sezione monografica. La sintesi di quegli studi – per quel che rileva ai miei fini in questa sede – è molto agevole: la realtà indica varia e frequente giurisprudenza del giudice amministrativo (vale a dire, del giudice del potere, degli interessi legittimi) in controversie che coinvolgono direttamente diritti fondamentali messi a confronto con vicende di potere.

2. Necessità della sistematica come strumento di giudizio delle pratiche e di definizione del dover essere del potere

Il ricorso allo studio delle pratiche non esclude la necessità dell'elaborazione di una sistematica teorica del potere. Può presumersi nota – anche per ragione della notevole autorevolezza dei contraddittori – la discussione circa la necessità della sistematica nel diritto pubblico, essendo ben rappresentate sia la posizione che l'afferma sia quella opposta; per lato mio, ho provato a chiarire per quali ragioni mi iscrivo al partito di chi l'afferma¹⁰. Poiché in queste pagine intendo svolgere un lavoro prettamente dogmatico e sistematico, l'esigenza del sistema richiede di essere giustificata – anche solo con il richiamo alle idee di chi l'ha sostenuta e a quanto s'è già personalmente detto in argomento. In ossequio alla cruda essenzialità cui si improntano queste pagine, basterà dire che senza una sistematica non si disporrà di un criterio alla luce del quale giudicare gli atti di potere che le pratiche mettono in luce, non si riusciranno a comprendere le tendenze che la realtà mostra, non si disporrà di strumenti di analisi critica sicché si potrà solamente descrivere, ordinare, illustrare.

⁹ Di nuovo per brevità e non potendo affrontare questa discussione, rinvio almeno a L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, I (2017), 3.

¹⁰ Soprattutto per i necessari riferimenti – e se mai di interesse, per la posizione di chi scrive – si può rinviare a L. R. PERFETTI, *Sistematica giuridica e controllo razionale del potere. Osservazioni intorno al problema del metodo nel pensiero di Antonio Romano Tassone e proposta in base all'ordine giuridico della società*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 803.

3. Relazione tra sistematica e studio delle pratiche. Il percorso di ricerca

Il percorso che deriva da queste due considerazioni – necessità sia della sistematica teorica che dell'esame delle pratiche – importa necessariamente un flusso circolare dei due metodi di indagine. Per un lato, infatti, l'esame franco e profondo delle pratiche di potere consente di non limitarsi alla descrizione di singoli istituti intrisi di criticità, ma di comprendere come essi siano null'altro che l'emergere di un ordine diverso e per largo tratto, incompatibile con le descrizioni tradizionali del sistema quando non – ed è quel che più recentemente appare con sempre maggiore evidenza – di eversione dell'ordine costituzionale. Quest'indagine, quindi, indica i percorsi sistematici e dogmatici che è necessario intraprendere. Infatti, dall'esame delle pratiche emerge l'inadeguatezza delle opinioni tradizionali a spiegare il reale (giacché ritengono di assicurare libertà e diritti attraverso una sistematica che è contraddetta dalle pratiche) ed a fornire garanzie sufficienti alla persona ed ai suoi diritti: solo per fare un esempio, sul versante dell'attuazione costituzionale e del ruolo della società rispetto allo Stato si è potuto sostenere molto fondatamente, e per decenni, che la partecipazione democratica ed un'efficiente sistema rappresentativo costituivano strumenti efficaci di democratizzazione dell'amministrazione e di superamento del dualismo società-Stato; è del tutto chiaro come il venire meno di entrambi questi elementi nella società contemporanea non consenta di fondare interpretazioni convincenti sullo stesso schema e, al tempo stesso, ponga con chiarezza l'esigenza di elaborarne di nuove per conseguire lo stesso risultato di garanzia dei diritti della persona. Né sembra sufficiente la sola restaurazione¹¹ (o, peggio, la nostalgia), senza una costruzione sistematica che faccia confluire una dogmatica stringente e coerente (tecnica del diritto) ed una concreta strategia che ne assicuri la possibile effettività¹².

¹¹ Per indicazioni come sempre profonde e preziose in questo – a mio modo di vedere, insufficiente – senso, per tutti, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023.

¹² Per la necessità di invertere il sistema (costituzionale) attraverso un disegno della società che consenta al primo di realizzarsi effettivamente, resta fondamentale la lettura degli atti dell'Assemblea Costituente. Non potendosi, di nuovo, indulgere su queste questioni e potendo presumersi note gli studi principali in argomento (almeno, E. CHELI (a cura di), *La fondazione*

Dall'esame concreto dei modi di essere del potere, quindi, possono derivare sia il superamento di teorie altrimenti validissime, sia la necessità di elaborazioni sistematiche nuove, sia la comprensione del reale valore dirompente delle pratiche (che non si avverte se non si dispone di un sistema dogmatico con il quale confrontarle), sia l'individuazione di punti alternativi di tenuta e di reazione. Naturalmente, un'elaborazione sistematica di questo tipo richiede, poi, di essere costantemente confrontata con le pratiche, sia per verificare se non vada essa stessa tramutandosi in ideologia ovvero se non sia riuscita ad acquistare (o sia andata perdendo) valore euristico e scientifico.

Al netto della bontà dei risultati, che sono ovviamente sempre discutibili – come proprio del metodo scientifico, anche quando si occupa della cognizione della realtà di fatto¹³ –, trovo necessario muovere dal dato di fatto emerso nella ricognizione che trova spazio negli altri saggi di questa sezione e ragionare delle sue conseguenze teoriche.

SEZIONE II

POSIZIONE DEL PROBLEMA

1. Relazione tra diritti fondamentali e potere. Indicazione del rilievo del pubblico interesse per la soluzione del problema

Il tema che si intende porre richiederebbe una trattazione molto più estesa. Essendo, evidentemente, non solo impossibile ma contraddittorio con lo

della Repubblica: dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente, Il Mulino, Bologna, 1979; U. DE SIERVO (a cura di), *Verso la nuova Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1980 – più recentemente, con taglio storico, G. FORMIGONI, *Storia essenziale della repubblica italiana*, il Mulino, Bologna, 2021), per un esempio di coerenza tra dogmatica giuridica e strategia intesa ad assicurarne la concreta realizzabilità si possono richiamare le considerazioni su Aldo Moro costituite in L. R. PERFETTI, *Sul valore normativo della persona. Appunti su Aldo Moro giurista nel quarantennale dell'omicidio*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, II (1/2018), 225. In generale, per un chiarimento indispensabile – per chi scrive – alla funzione del giurista G. PASTORI, *Intervento*, in *Il ruolo dei docenti di diritto nell'Università del domani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 75.

¹³ Non solo per il ben noto principio di falsificabilità ma soprattutto per quelli di compatibilità, oggettività/soggettività della conoscenza, finalismo, causalità, nella prospettiva dell'unità della conoscenza e della novità dei sistemi di pensiero, N. BHOR, *The Unity of Human Knowledge*, in *Essays 1958–1962 on Atomic Physics and Human Knowledge*, Hoboken, Wiley, 1964, 8.

scopo che ci si propone in questa sede, occorrerà trascurare interamente l'insieme delle discussioni che sarebbero richieste e trattare il tema come semplice premessa.

Sul piano sia storico che teorico, è agevole osservare come – fino a tempi molto recenti – lo Stato moderno e contemporaneo sia la costruzione che ha dominato la questione. L'esigenza di costruire un soggetto che assicurasse l'eguaglianza di tutti innanzi alla legge – sicché *auctoritas non veritas facit legem* –, la giuridicizzazione del conflitto sociale ed una base solida per costruire il sistema che le classi dominanti andavano edificando, hanno determinato l'affermazione progressiva dell'idea di Stato¹⁴ che ancor oggi domina le teorie correnti.

Si tratta di uno Stato-di-diritto che non ha mai risolto il problema del suo fondamento – anzi, delle molte proposte mitiche di fondazione, che non hanno base storica o teorica e che valgono solo a giustificare razionalmente ciò che si è imposto con la forza dei fatti (e non sempre ad essi resistono¹⁵). Tuttavia, il dato fondativo – nettissimo nelle costruzioni teoriche dello Stato liberale tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo – è quello della spettanza della sovranità

14 Di nuovo, i riferimenti e le discussioni che sarebbe necessario svolgere rispetto ai quattro profili indicati nel testo sopravanza largamente lo spazio che si può concedere in questa sede. Per i necessari riferimenti e l'opinione di chi scrive ci si dovrà limitare al rinvio a L. R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, ESI, 2011, 653; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 299; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 53; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, 1153; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), 195; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017 (LXVII), 99; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 2017, 119; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.; ID., *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2019, 199; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, IV (1/2019), 7; ID., *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, VII (2/2020), 51; ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, in M. Francesca e C. Mignone (a cura di) *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, ESI, 2020, 61; ID., *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 3965; ID., *Is there no alternative?*, in *Power and Democracy*, v. III, (1/2021), 92.

15 Per i riferimenti alle questioni cui alludo nel testo, M. HORKHEIMER, T. ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, Querido, Amsterdam, 1947 (trad.it., Torino, Einaudi, 1966).

allo Stato e della conseguente attrazione ad esso di tutta la capacità giuridica di diritto pubblico, con il risultato che i diritti riconosciuti dalla legge alla persona sono autolimitazione del potere, concessione sempre revocabile procurata attraverso la legge parlamentare¹⁶. Allo stesso modo, nella relazione tra società e potere, solo ciò che è riservato all'organizzazione pubblica potrà dirsi di pubblico interesse, ancorché fino all'istante precedente o successivo si svolgesse in

16 Per i necessari riferimenti si potrà rinviare alla letteratura citata negli scritti richiamati alla nota 13, cui è bene aggiungere i riferimenti in L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61. In ogni caso, non si può rinunciare a P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 2. *Le età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma Bari, Laterza, 2000 e vol. III. *La civiltà liberale*, e vol. IV. *L'età dei totalitarismi*, entrambi Roma Bari, Laterza, 2002; prima ancora, ID., *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986; comunque, G. DUSO, *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, Carocci, 2011 e ID., *L'Europa e la fine della sovranità*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI (2002), 109.

Comunque, solo per fornire cenni minimi, con profonde differenze tra loro G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. Dir. Annali*, Milano, Giuffrè, 2007, 1067; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, qui tenuto presente nella edizione Bari-Roma, 1997, ma leggibile in forma diversa in altri luoghi; M. S. GIANNINI, *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano 1990, 224, per il quale sarebbe ozioso intrattenersi in merito alla sua attualità o utilità, essendo “accettata da tutte le scienze costituzionalistiche, in ogni Paese” (225); B. SORDI, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, in *Quaderni fiorentini*, XVIII (1989), 643; D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Bari-Roma, Laterza, 2004; N. MATTEUCCI, *Sovranità*, in ID., *Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997 (ma già in *Dizionario di politica*, Torino, UTET, 1990, 1079), nel quale, come molto noto, si pongono in relazione Stato, sovranità, contrattualismo, costituzionalismo, opinione pubblica, corporativismo per poi vedere il fenomeno dal diverso punto di vista del tra eguaglianza, contrattualismo, società civile e Stato e concludere su politica e pluralismo; A. CATANIA, *Lo Stato moderno: sovranità e giuridicità*, Torino, Giappicchelli, 1996, ove si raccolgono e rielaborano saggi precedenti, muovendo dall'idea che l'atto giuridico obbliga non in ragione del suo contenuto ma dell'autorità che lo pone; lo sforzo di coniugare positivismo e realismo si collega all'internazionalizzazione degli atti di imperio, con trasferimento della sovranità statale, ed il perdurare della sovranità intesa come condizione per l'obbedienza al comando; G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997, prevalentemente sulla questione della relazione tra costituente e costituito, in una direzione che – nella sostanza – diluisce la sovranità statale in quella popolare. Non c'è spazio per occuparsi del tema in questa sede (e per maggiori riferimenti si potrà ancora rinviare a *Il governo dell'arbitrio*, cit.). Tuttavia, resta che il tema è vivacemente discusso dalla letteratura giuridica straniera, che meriterebbe considerare. Per quella anglosassone, per un quadro complessivo, per un quadro d'insieme delle fonti, H. KALMO, Q. SKINNER, *Sovereignty in fragments: the past, present and future of a contested concept*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, F. H. HINSLEY, *Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986; J. BARTELSO, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; D. CHANDLER, *Empire in Denial. The Politics of State-Building*, London, Pluto, 2006 e T. J. BIERSTEKER, C. WEBER (a cura di), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 (ove, particolarmente, WEBER, BIERSTEKER, *Reconstructing the Analysis of Sovereignty: Concluding Reflections and Directions for Future Research*); per il collegamento con la questione della protezione dei diritti umani, J. S. BARKIN,

modo identico ad opera delle organizzazioni sociali – evidente, in questo senso, la dottrina soggettiva del servizio pubblico¹⁷.

Questo sistema è ancora oggi chiarissimamente visibile nelle pratiche giudiziarie, nell'esercizio – sempre più derogatorio e *ad hoc* – della legislazione e nella gran parte delle teorie del diritto amministrativo. Le conseguenze del sistema sono, per un lato, il non consentire di radicare diritti fondamentali nel confronto con il potere pubblico; per l'altro, la possibile crisi (come mostrato

The Evolution of the Constitution of Sovereignty and the Emergence of Human Rights Norms, in *Journal of International Studies*, 27 (1998), 229; in ogni caso, J. RATZ, *The concept of a legal system*, Oxford, 1970, che discute la teoria della sovranità, partendo dall'idea di obbedienza (“*It is based exclusively on the social fact of the habit of obedience*”), 6) assumendo come parametri il pensiero di Bentham, Kelsen e soprattutto Austin, per il quale la sovranità è potere per definizione illimitato (nota è l'affermazione di Austin per la quale “*Supreme power limited by positive law, is a flat contradiction in terms*” – AUSTIN, *The Provinces of Jurisprudence Determined*, London, 1832, 76) e necessariamente concentrato in un unico organo (“*in every society political and independent the sovereign is one individual or one body of individuals*” – *op. ult. cit.*, 246) richiedente obbedienza (257). Nella letteratura in lingua tedesca, oltre ai classici lavori di Kelsen e Schmitt – sui quali si tornerà tra breve –, almeno, per la relazione con la stualità, H. VON QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, Frankfurt a. M., Athenäum Verlag, 1965, per il rapporto tra sovranità popolare e statale H. KURZ, *Volksouveränität und Staatssouveränität*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970, per lo sviluppo storico del problema, C. HASE, *Geschichtliche Entwicklung der Souveränitätskonzeption*, Jena, Grin, 2006, per la discussione del concetto – anche in relazione alla sua evoluzione storica – U. HALTERN, *Was bedeutet Souveränität?*, Tübingen, Mohr, 2007, e la difesa del concetto in C. HILLGRUBER, *Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs*, in *Juristenzeitung*, XXII (2002), 1072 (che, tuttavia, legge la sovranità popolare nella sola prospettiva della rappresentanza democratica e nella prospettiva dell'Unione Europea). Nella letteratura francese, oltre al quadro storico di G. MAIRET, *Le principe de souveraineté: histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997 e quello filosofico di G. BATAILLE, *La souveraineté*, Paris, Lignes, 1976, vanno tenuti presente i quattro volume di H. LEFEBVRE, *De l'État*, Paris, Union générale d'éditions, da 1976 a 1978. La letteratura in lingua spagnola presenta soprattutto – come pure (e vi si è fatto cenno) quella nordamericana – studi che assumono il concetto tradizionale di sovranità (dello Stato o del popolo, o più frequentemente di entrambi confusamente) e si concentrano su elementi di estrema attualità legati alle relazioni tra Stati, alla globalizzazione o alle crisi economica (e, quindi, alla sovranità monetaria o alimentare); comunque, devono essere tenuti presente, in generale e di recente J. ABELLÁN, *Estado y soberanía: conceptos políticos fundamentales*, Madrid, Alianza, 2014, J. L. PEREZ TRIVINO, *Los límites jurídicos del soberano*, Madrid, Tecnos, 1998, e gli studi raccolti da R. BERGALLI e E. RESTA, *Soberanía: un principio que se derrumba*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1996. Quanto alle riflessioni latino-americane, M. MORENA PINTO, *La dimensión de la soberanía en el Mercosur*, Lisboa, Iurua, 2011, E. VARELA BARRIOS, *La soberanía transformada*, Bogotá, Ecoe, 2007; per una netta difesa del concetto, la sua analisi storica e l'indicazione di alcune prospettive sul versante della sovranità popolare, J. CARPIZO, *La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional*, in *Revista de Estudios Políticos*, XXVIII (1982), 195 – ma particolarmente da 206.

17 Sull'insieme dei problemi teorici e delle loro ricostruzioni sia consentito rinviare ancora a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001. Per lo sviluppo delle idee e delle regole successive, sia pure con impostazione profondamente differente e, tuttavia, con la consueta profondità e precisione, R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*,

dalle dittature continentali del secolo scorso¹⁸), perché la compressione dei diritti e la legge che li garantisce o rimuove sono sempre espressione – sia pure di diversi organi – dello Stato; *infine*, per la somma di queste due ragioni, i diritti della persona vengono costruiti come posizioni o situazioni soggettive destinate ad operare al di fuori della relazione con il potere.

In altri termini, (i) le pretese che si confrontano con il potere non sono diritti – o almeno non sono inviolabili – ed (ii) i diritti stessi esistono per concessione o creazione (legislativa) del potere sicché, come tali, sono revocabili ovvero il loro contenuto di pretesa è conculcabile per esigenze di interesse pubblico. In questa dinamica delle relazioni tra situazioni soggettive, è agevole cogliere il permanente rilievo sia della sovranità che dell'interesse pubblico.

Quanto alla *prima*, non si fatica a cogliere come essa sia un inesauribile serbatoio di potere, di capacità di comando. Proprio per l'inconsistenza delle teorie fondative del potere statale (organicismo, contrattualismo, etc.), il vero elemento costitutivo del potere pubblico resta il monopolio della potestà di diritto pubblico, l'esclusiva attribuzione del potere e, quindi, la sovranità. La sovranità è una fonte inesauribile di potere, tale anche ove se ne affermi (con non piccola forzatura) la natura di potere costituito, perché determinerebbe l'instabilità dell'intero edificio pubblico¹⁹; per questa sua natura propria, essa è ogget-

Torino, Giappicchelli, 2022.

18 Per l'affermazione di regimi totalitari continentali senza elementi di rottura delle regole del rule-of-law nella fase di presa del potere, sia consentito ancora rinviare L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

19 Non è di alcuna utilità pensare all'ordinamento come ad una creatura stabile e immutabile. L'azione della sovranità potrà intervenire solo in due modi. O essa è sussunta interamente nel costituito, ed allora la dinamica sociale, il conflitto, la pretesa dell'autorità di darvi disciplina, saranno spinti all'esterno della dinamica costituzionale, alla quale si concederà il solo flusso della rappresentanza delle assemblee legislative, oggettivamente percorso troppo ristretto per contenere il pluralismo sociale ed i suoi necessari raccordi. Oppure la si assorbirà nella costruzione, ma perdurando nel predicare la sovranità come attributo dello Stato esso non potrà che incorporare il conflitto e, limitando il predicato costituzionale della sovranità popolare alla sola rappresentanza, si determinerà la dittatura della maggioranza (elettorale) e, di nuovo, l'instabilità dell'edificio. O la sovranità viene radicata (e trattenuta) nei diritti fondamentali, assicurando in termini pluralisti e dialettici la libertà, oppure l'attrazione allo Stato sarà fonte di instabilità o, come è sempre stato, legittimazione della sua immensa forza disciplinante.

Comunque, per la questione di costituente e costituito nel nostro ordinamento, non è possibile non esaminare V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam,

to di un'instancabile processo di attrazione verso la disciplina da parte del diritto: la sovranità dello Stato è avvertita come inesauribile fonte di potere di fatto, libero, politico, privo di disciplina e limite, sicché il lavoro ininterrotto degli ultimi due secoli è nella direzione di disciplinare fonti legali, procedimenti, stabilire attraverso il diritto limiti e garanzie.

Tuttavia, per sua natura la sovranità statale, la sovranità del titolare del comando, è forza indomabile e, soprattutto, è forza, violenza²⁰. Sfortunatamente, l'appartenere della sovranità allo stesso soggetto che pretende di limitarla e disciplinarla – evidentemente lo Stato, il potere pubblico – determina una serie di punti di crisi in una costruzione che nasce e si sviluppa costantemente lungo una faglia di contraddizione. In *primo* luogo, le stesse categorie dello Stato-diritto sono afflitte dalla stessa contraddizione di cui si sostanzia ed una serie di concetti ne sono espressione plastica: l'idea che il legislatore sia sempre assolutamente libero nei fini ed in gran parte anche nei mezzi; quella per la quale le pretese individuali in quanto in relazione con il potere siano altro da diritti e comunque per nulla inviolabili (sicché, se sono diritti, “affievoliscono” al solo

1995, cui andranno aggiunti G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997 e G. BERTI, *Il “rapporto amministrativo” nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Mortati*, Roma, Istituto di studi giuridici, 1977, II, 58, per il quale il diritto pubblico è «riflesso della sovranità» e per il parallelismo strettissimo tra ragioni della specialità ed affermazione della legalità, ID., *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Diritto Pubblico*, 1996, 278 – sicché la sua vicenda è certamente quella del dispiegarsi dell'autorità, della sua organizzazione e del suo potere, ma insieme «nel mentre che si costituiva come tale generava anche il suo limite», cfr. A. ORSI BATTAGLINI, In limine, *Diritto Pubblico*, 1995, VII, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, 1511.

20 Per i necessari riferimenti sia consentito ancora rinviare a L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit. e, comunque, alla discussione delle tesi di Benjamin – W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt*, e *Über den Begriff der Geschichte*, ora in *Neue Rundschau*, vol. 61, S. Fischer, Frankfurt 1950, (trad. it., *Tesi di filosofia della storia*, Milano, Nemo-sis, 2012 e in *Angelus Novus*, Torino, Einaudi, 2012; su questi testi, almeno, D. GENTILI, *Il tempo della storia. Le tesi “sul concetto di storia” di Walter Benjamin*, Napoli, Guida, 2002 e M. LÖWY, *Fire Alarm. Reading Walter Benjamin's 'On the Concept of History'*, London, Verso, 2004 (trad. it., *Segnalatore d'incendio. Una lettura delle tesi Sul concetto di storia di Walter Benjamin*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004) e soprattutto, J. DERRIDA, *Force de Loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, cit. e la raccolta di conferenze ID., *Séminaire la bête et le souverain*. II (2002-2003), Galilée, Paris, 2010 (trad. it. Jaca book, Milano 2010 – in L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit. – ma già prima, sua pure maggiormente in confronto con Cacciari (M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, Adelphi, 2002), L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2016, 393.

cospetto del potere pubblico); il potere amministrativo come strutturalmente discrezionale e la discrezionalità come spazio insindacabile di volizione circa il pubblico interesse; e via enumerando.

In altri termini, in tutti gli snodi essenziali, la pretesa di disciplinare il comando ed il potere dello Stato cede e gli istituti corrispondenti sono intrisi della forza libera del sovrano statale.

In *secondo* luogo, e più drammaticamente (come dimostrano le dittature europee, come confermano le emergenze recenti), la garanzia dello Stato-diritto cedono di schianto quando le esigenze del potere lo richiedono.

In *terzo* luogo – sicché si innesca il secondo problema che si intende richiamare all'attenzione – ogni azione pubblica è giustificata e fondata sul pubblico interesse ma cosa esso sia resta del tutto indefinito. Si tratta della volizione del pubblico funzionario o dell'assemblea elettiva circa una data situazione e, così posta è pura volizione, libertà del volere rispetto alla quale il diritto è quasi impotente – ed, infatti, interviene solo nel limite dell'errore manifesto, dell'irragionevolezza estrema, della trascuratezza evidente circa i fatti. In questi termini, fuori del necessario meccanismo giuridico di imputazione della volontà all'organo, si è innanzi ad una formula del tutto ingiustificabile, giacché non si comprende per quali ragioni la singola persona fisica ovvero un loro insieme in collegio, per il sol fatto di aver vinto un concorso o un'elezione, possano dirsi arbitri di cosa sia il pubblico interesse in concreto – ed, infatti, quanto all'aggettivazione di codesto interesse scompare presto la ragionevole qualificazione come “generale”, per lasciare posto all'unico elemento della sua natura che riesce chiaro, vale a dire quello di spettare al monopolio del giudizio (dell'organo) di un soggetto “pubblico”²¹.

21 Cfr. G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI/XII (1982/1983), tomo II, 1001, ove osserva che «il diritto pubblico, quale noi conosciamo, nella sistemazione generale e nelle sue articolazioni, rimane sempre dominato dalla dogmatica della personalità dello stato e degli organi statali» sicché, nonostante la similitudine di figure teoriche, il diritto pubblico «è radicalmente diverso, stando alla sua originaria e perdurante configurazione, caratterizzato da una fondamentale differenziazione dei soggetti» sicché si tratta essenzialmente di un «ordinamento basato sulla diversa qualità o attitudine dei soggetti» (1002).

Si tratta di una *seconda* inesauribile riserva di potere, giacché per quanto si riescano ad imbrigliare la sovranità ed il comando nelle maglie del diritto, in ogni caso, il cuore della decisione²² resta estraneo alla razionalità e controllabilità del diritto, attratto dalla volizione – restando, a mio avviso, almeno in buona parte, violenza. Poiché tutto ciò che è di pubblico interesse è tale per qualificazione dell'organizzazione pubblica (che ne potrà concedere o disciplinare accuratamente l'esercizio ai privati, restando titolare della funzione) e qualsiasi disciplina dell'attività umana è esercitata dal potere pubblico nell'interesse pubblico, restando indefinito il suo concetto, si apre una voragine di valutazioni sottratte al diritto in qualunque relazione tra società e Stato, più in generale nelle relazioni disciplinate dal potere. Ed, infatti, dell'interesse pubblico continuiamo a sapere solo due cose, vale a dire che esso è: (i) “pubblico” (e non “generale”), sicché appartiene al potere pubblico la sua definizione e a nessun altro e (ii) “superiore” sicché in grado di comprimere ogni altra esigenza – foss'anche un diritto inviolabile – per ragione di questa superiorità ordinante.

2. Impossibilità del tema secondo la configurazione tradizionale

Non si fatica a capire come in quest'ordine di cose, la questione della giurisdizione del giudice amministrativo in merito a vicende che riguardano diritti fondamentali è semplicemente inesistente: ove si sia dispiegato un dispositivo di potere non potrà esservi diritto fondamentale.

Ecco perché è particolarmente utile lo studio delle pratiche del potere. Come in molti altri casi, svolgendo quest'esercizio si apprendono cose che – se

²² Il concetto di decisione al posto di quello di provvedimento non è neutro. È stato fortemente sollecitato – fin dalla fondazione – proprio da questa *Rivista* perché il suo contenuto è quello di un giudizio (tema sul quale occorre rinviare a H.L.A. HART, *Discretion*, in *Harvard Law Review*, 127 (2013), 652, sul quale, N. LACEY, *The path not taken: H. L. A. Hart's Harvard essay on Discretion*, *ivi*, 636 e G. SHAW, *H. L. A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School*, *ivi*, 666; ma le idee che oggi si leggono nel saggio sono in qualche modo presupposte e confermate dall'impianto della teoria del diritto hartiana, sicché è utile R. DWORKIN, *No Right Answer?*, in P.M.S. HACKER e J. RAZ (a cura di), *Law, Morality and Society: Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, 54). È chiaro, invece, che il ricorso al concetto di provvedimento (legislativo o amministrativo, non importa) riduce fortemente la portata del procedimento, dell'istruttoria, della razionalità della decisione e, quindi, della sua criticabilità e ripetibilità.

già apparivano chiare dal punto di vista teorico – sarebbe stato difficilissimo fare divenire oggetto di un confronto intellettuale aperto e franco. Ci sono ragioni (che a me paiono) molto serie per ritenere che il potere pubblico non solo possa incidere su diritti fondamentali ma, per sua stessa natura e fondazione, debba essere qualificato come necessariamente funzionale alla massimizzazione del godimento personale di codesti diritti. Tuttavia, porre il tema dal punto di vista dogmatico impone di superare il pregiudizio – ancora molto largamente diffuso – che le categorie tradizionali spieghino la realtà, sicché il tema sarebbe semplicemente impossibile. Si tratta di un problema che affronta qualunque spiegazione della realtà difforme dalla tradizione. Il motivo è che la tradizione, alla quale siamo tutti abituati, non solo tende a condizionare lo stesso linguaggio di chi proponga un ordine di concetti nuovo e diverso che spieghi più adeguatamente la realtà, ma soprattutto è presupposta come vera di chi ascolta. In altri termini, per poter avviare un confronto utile, bisognerebbe svelare il profondo contenuto politico ed ideologico di ciascuno dei concetti fondamentali che siamo abituati ad utilizzare (potere, discrezionalità, interesse legittimo, legge, etc.) – sicché occorrerebbe accuratamente decostruirli; infatti, non è seriamente dubitabile che si tratti di costruzioni concettuali che sono state create per dare ordine alle relazioni sociali ed al potere in un dato contesto storico e poi si sono ipostatizzate; nel consolidarsi negli usi, hanno perduto la loro originaria natura opinabile, ideologica, politica, la funzionalità alla costruzione di un dato ordine di cose, e sono divenute in qualche modo dei feticci con una loro ontologia presupposta – sicché crediamo davvero che esistano il pubblico interesse, gli interessi legittimi, la discrezionalità e via scorrendo, per come essi sono stati costruiti negli ultimi centocinquant'anni, dimenticando che sono stati elaborati così in epoche variamente autoritarie come la fine del XIX secolo o gli anni Trenta di quello successivo. Lo sforzo di spiegare per quali ragioni si tratta non di realtà, ma di costruzioni concettuali opinabili e soggette

ad evoluzione, renderebbe impossibile il compito; dall'altro lato, senza questa decostruzione, la proposta teorica sarebbe assai poco comprensibile.

Il vantaggio dello studio delle pratiche è dimostrare – non solo riguardo a questo tema – che l'insieme dei concetti creduti veri, tale non è nella realtà e, quindi, non costituisce più una spiegazione adeguata della realtà. Per quanto quello che qui si affronta sia un tema impensabile sulla base dell'impostazione tradizionale ed ancor oggi largamente maggioritaria della nostra scienza, la realtà dell'ordinamento è che esso esiste e che il giudice amministrativo viene chiamato a decidere controversie in cui si fa materia di diritti fondamentali, della loro relazione concreta con il potere e, lungi dal ritenere di non avere giurisdizione, le corti amministrative decidono con sentenza queste controversie, esercitando quindi in concreto la giurisdizione amministrativa su vicende di potere che incidono su diritti fondamentali. Converrà, quindi, discuterne.

3. Emersione del problema attraverso lo studio delle pratiche

Nello schema espositivo che mi sono imposto, vale a dire quello che richiede la massima brevità e semplicità, rinunciando (sia pure malvolentieri) a tutte le discussioni che sarebbero necessarie, non ho bisogno di dimostrare in quali casi ed in che modo il giudice amministrativo abbia esercitato la sua giurisdizione su controversie che attengono diritti fondamentali e la loro relazione con il concreto esercizio del potere pubblico, perché tutti gli studi pubblicati in questa Sezione svolgono questo compito assai meglio di quanto ne sarei capace. Il tema è quindi possibile ed in quanto tale merita di essere svolto.

SEZIONE III

QUANTO ALLA STRUTTURA DEI DIRITTI FONDAMENTALI SECONDO IL DIRITTO (COSTITUZIONALE) POSITIVO

1. Ragioni per le quali la struttura dei diritti fondamentali non è quella che viene dalla tradizione (ed ancora oggi largamente ritenuta). Ragioni di insoddisfazione quanto alle ricostruzioni recenti

Non serve ripercorrere in questa sede²³ le molte e differenti trattazioni del tema della natura e regime dei diritti fondamentali. È noto che il tema è oggetto di discussione nella letteratura giuridica di diversi Paesi e con profonde differenze d'accenti, sicché si annoverano contributi ormai classici e che possono presumersi noti – tanto che nella letteratura recente è più agevole incontrare riflessioni più settoriali²⁴; è altrettanto noto l'insieme dei problemi e l'oggetto delle discussioni – che riguardano addirittura il concetto, il novero e le caratteristiche peculiari di codesti diritti²⁵.

Ripercorrere il contenuto dei contributi teorici e della giurisprudenza rilevante, almeno in questa sede, condurrebbe lontano dall'obiettivo. Converrà, quindi, assumere il concetto di diritto fondamentale in modo (per il momento) approssimativo e fornire le spiegazioni necessarie in quanto lo siano per il ragionamento che si intende condurre – rinviando per il resto alle molte trattazioni in argomento.

Per inquadrare le questioni e fornire la mia spiegazione del problema, è essenziale chiarire il punto di partenza, la prospettiva, giacché essa (come sempre) influenza in modo decisivo il suo sviluppo. La natura ed il regime dei diritti fondamentali appartengono al tema della forma di Stato²⁶, alla relazione tra libertà ed autorità – e, quindi, nel nostro ordinamento nazionale, alla *«forma re-*

23 Come il titolo della Sezione chiarisce fin da subito il problema viene affrontato in una prospettiva dogmatica (vale a dire in relazione al diritto positivo), non teorica (cioè con riguardo a qualsiasi possibile diritto positivo).

24 Con frequenza il profilo dogmatico viene affrontato in relazione alle discipline di settore, anche con approdi di sicuro interesse; un esempio è V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale*, Convegno annuale dell'Associazione “gruppo di Pisa”, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

25 Sempre in ossequio dell'estrema brevità e del metodo che ci si è dati quanto all'apparato critico, per i necessari riferimenti e la loro discussione, si rinvia a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61.

26 Correttamente, L. CARLASSARRE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 3 – tenendo a mente fin d'ora la riflessione circa la diversa tenuta dei diritti fondamentali rispetto alle possibili limitazioni (cfr. da 62). Detto questo, una volta che si ammetta che i diritti fondamentali sono elemento essenziale della forma di Stato, non trovo particolarmente promettente il percorso di comparare questi stessi con la forma di Stato e viceversa, perché questo procedere avrebbe senso solo comparando due entità distinte e non una che sia parte essenziale dell'altra.

pubblicana» (Costituzione, art. 139), insuscettibile di modifica. Se non si muove da questo punto di partenza, a mio modo di pensare, nessuna soluzione adeguata del tema è possibile. Assunta questa prospettiva, ne consegue che le questioni che agitano da gran tempo il dibattito debbono – a mio modo di vedere – essere osservate nella relazione tra sovranità e diritti fondamentali²⁷.

In questa luce, appaiono subito tre distinti atteggiamenti di fondo (pur con tutte le loro, anche consistenti, differenze)²⁸.

27 In questa prospettiva, V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture*, Torino, Giappicchelli, 2016. Deve essere tenuto presente, tra i molti, V. ONIDA, *Relazione*, in *I diritti fondamentali oggi*, Padova, Cedam, 1995, 69 con riferimento in particolare alla qualificazione di fondamentale con riguardo ai singoli diritti costituzionalmente riconosciuti.

28 Per le necessarie indicazioni sia consentito il rinvio, ancora, a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit. Comunque, restano indispensabili per la comprensione del testo, V. ANGIOLINI, *Libertà e diritti di libertà*, in *Jus*, 1986, 185; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Torino, Giappicchelli, 1994, 80, ID., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1992, 203 e ID., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti Di Celso*, Padova, Cedam, 1995, II, 97, nonché ID., *Salute (diritto alla salute - diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXVII, 3; A. BALDASSARE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappicchelli, 1997; ID., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, 63; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, Cedam, 1996; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino^{11 ed.}, Giappicchelli, 2005; P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, Giappicchelli, 1991; P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, 365; G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 1082; M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Bari Roma, Laterza, 2009, 41; T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappicchelli, 2002, e particolarmente ID., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, *ivi*, 1. Per le indicazioni relative alla letteratura non italiana sia consentito rinviare di nuovo a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit. cui deve essere aggiunto, per la letteratura in lingua spagnola, I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022.

In una prospettiva teorica e non strettamente dogmatica L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2, 1998, pubblicato insieme ad alcune reazioni immediate ed ad ulteriori che hanno trovato spazio nei fascicoli successivi della rivista (fino al 2000); gli interventi ai quali si fa riferimento sono poi stati ripubblicati, a cura di E. VITALE, nel volume *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari Roma, Laterza, 2001; in particolare, la tesi originaria di Ferrajoli muove da una definizione formale di diritto fondamentale (sicché questi saranno «*tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci di agire; inteso per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica*» (5); si precisa in quella teoria che la nozione proposta è teorica e non dogmatica, sicché viene formulata indipendentemente dal riferimento alle disposizioni di un ordinamento concreto. La definizione viene articolata in quattro tesi delle quali la quarta («*forse la più importante*», 10) riguarda esattamente il rapporto tra diritti e garanzie: si propone di identificare con «*garanzie primarie*» gli obblighi e divieti che corrispondono alle pretese positive o negative in cui si sostanzia il diritto e con «*garanzie seconda-*

1.1. La tradizione liberale è evoluta nel senso del doppio regime nella relazione tra diritti fondamentali e sovranità dello Stato: quella della completa separazione (propria della dimensione negativa delle libertà – cui, successivamente, alcuni interpreti hanno aggiunto alcune dimensioni, sempre negative, di diritti fondamentali) e quella dell'assorbimento nella sovranità pubblica di tutte le dimensioni di pretesa di prestazioni. In altri termini, le tradizionali libertà negative (e la *Drittwirkung* – almeno la dimensione della *unmittelbare Drittwirkung* – di diritti fondamentali) sono in relazione di completa alternativa al potere, mentre le restanti pretese appartengono alla garanzia che ne sia eventualmente fornita dalla sovranità, sicché sia l'autonomia privata, sia il potere, sono concepiti come ambiti di espressione di volontà (per quanto, il secondo, non interamente libero di esprimersi senza vincoli).

1.2. Al contrario, la tradizione dominante nel continente europeo e che si è affermata oltre un secolo fa, assorbe i diritti fondamentali (ed i diritti in genere) nella sovranità, per restituirli sotto forma di attribuzione da parte della legge – o della Costituzione, o dell'ordinamento in generale²⁹. Si tratta di un impianto che si regge su una coerente e corretta deduzione dalla premessa generale: se la sovranità appartiene allo Stato, tutte le dimensioni che vi si oppongono sono tali perché questi le riconosce attraverso espressioni del suo potere – nella specie la legge e gli atti di amministrazione che ne sono esecuzione – e secondo le sue procedure.

rie” la sanzione giudiziaria delle lesioni dei diritti; nello stesso volume, per un quadro delle idee, occorre riferirsi anche a R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, 43; D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, 49; M. JORI, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti*, 77; M. BOVERO, *Diritti e democrazia costituzionale*, 235; A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, 179. Sempre dal punto di vista teorico è utile G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Bari Roma, Laterza, 2002 e ID. e N. WALKER, *Relocating the Rule of Law*, London, Bloomsbury, 2008.

29 Per la ricostruzione di queste idee ed i necessari confronti con la dottrina, si rinvia a quanto in L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit.; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in P.A. – *Persona e Amministrazione*, IV (1/2019), 7; ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, cit.

Il risultato di entrambe queste impostazioni di fondo – largamente dominanti nel diritto pubblico delle democrazie occidentali anche oggi – è che l'intero plesso delle pretese che attengono ai diritti fondamentali diverse dalla loro pretesa più semplice, vale a dire quella di astensione e rispetto dell'autonomia, sono garantite (e quindi, attratte) dalla sovranità dei pubblici poteri. È in essa che sono garantite non solo la giurisdizione e l'amministrazione, ma la stessa predicabilità delle pretese che attengono a diritti fondamentali come situazioni giuridiche. Senza l'esercizio del potere (legislativo, amministrativo, giurisdizionale) non vi sono diritti – tanto è vero che la dominante concezione kelseniana³⁰, per la quale non v'è diritto senza la sanzione della coercibilità in giudizio, non è che affermazione di questa impostazione di fondo.

Le spiegazioni che innestano la natura e il regime dei diritti fondamentali nel basamento costituzionale assicurano un imponente balzo in avanti, che tuttavia non muta la loro relazione con la sovranità pubblica. Infatti, ad eccezione di poche riflessioni – delle quali si dirà – non muta lo sguardo quanto alla relazione tra diritti e sovranità e, piuttosto – ferma l'assegnazione della seconda allo Stato e la declinazione di quella popolare nelle forme della rappresentanza nelle assemblee elettive – il fondamento dei diritti fondamentali si articola secondo la gamma classica di opinioni che vanno dal giusnaturalismo al positivismo; semplicemente si scala di livello nella teoria delle norme³¹, trovando – tuttavia – attraverso la formula di cui all'art. 139 (cui si ricorre raramente, per vero³²) il solo vero cambio di passo quanto alla protezione del contenuto essenziale della pretesa (tuttavia, anche quanto alla disposizione relativa alla rigidità costituzionale servirebbe una riflessione più ampia per mostrare lo strettissimo collegamento tra forma repubblicana e sovranità popolare, giacché essa è per lo

30 Per la discussione del tema e una proposta di soluzione quanto ai diritti fondamentali, sempre nella logica dell'essenzialità in questa sede, sia consentito rinviare a I. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

31 Per la discussione di questi problemi, si rinvia interamente all'ampia discussione in A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., da 80.

32 Una chiara indicazione in questo senso è in A. BALDASSARE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, op. loc. ult. cit.

più declinata lungo una gamma di significati che si concentrano soprattutto sulla sua modificabilità e fondamento, assai spesso ricercato in formule logiche o istituzionali che prescindono dalla norma di chiusura del testo costituzionale³³). Se non è seriamente dubitabile che su tutta la gamma di problemi che i diritti fondamentali pongono, la riflessione successiva alla Costituzione abbia segnato dei notevolissimi passi avanti, non è meno vero che – tuttavia – la classe degli argomenti utilizzati sia debitrice del passato e, nella nostra prospettiva, la relazione tra diritti e sovranità (dello Stato) non muta in modo decisivo.

Ultimamente, si è progressivamente innescato un diverso movimento: ci si rende conto del rilievo del fatto per il quale i diritti fondamentali non vivono in un ambito cui il potere sia estraneo ed, anzi, sono da esso circondati e condizionati, così come si avverte il rilievo della circostanza per la quale essi sarebbero riconosciuti dal potere pubblico e nei limiti di questo riconoscimento; ci si rende conto che la garanzia del nucleo minimo finisce per operare secondo lo schema classico dell'incomprimibilità da parte del potere di ciò che ad esso è sottratto, sicché, in fondo, non v'è relazione tra potere e diritti in questa porzione di pretese e, tuttavia, per un lato non ci si intende su cosa si debba intendere per "contenuto minimo" ma, soprattutto, si avverte l'esistenza di un'area

33 E' più che noto che v'è chi ritiene l'immodificabilità costituzionale contrastare con l'inesauribilità del potere costituente (cfr., V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, Cedam, 1970, 100), come chi, negando l'immodificabilità per ragioni differenti, ritiene che alla forza abrogativa e modificativa della legge costituzionale non sarebbe opponibile alcun ostacolo se non fondato su limiti espressi, letterali, sicché la rigidità risiederebbe solo nel procedimento aggravato di revisione (S. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, Cedam, 1972, ove si afferma la tesi della relatività degli stessi limiti espressi (257), che si convertirebbero in un «semplice meccanismo ritardatore» - 279), mentre, non è mancato chi abbia rigorosamente affermato la forza di limiti espliciti ed impliciti (cfr., C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, specialmente da 207). In ogni caso, sul limite della «forma repubblicana» ed il suo collegamento con la sovranità popolare, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale. art. 1-9*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di) *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, da 724 e A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, Padova, Cedam, 1997; sempre sui limiti alla revisione costituzionale, M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 253 e M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013.

Nella prospettiva del testo, il trattarsi dei diritti nella dimensione costituente partecipando della sovranità e delle «forme» in cui la si esercita, rende ragione della rigidità della «forma repubblicana» giacché essa non si pone in opposizione al potere costituente ma ne è parte.

grigia intorno ad esso nella quale diritto fondamentale e potere coesistono. Emergono nuove consapevolezze.

Per un lato, quanto alla porzione delle pretese che attengono i diritti fondamentali che si estrinsecano come domanda di beni o servizi, dopo una lunga stagione³⁴ nella quale a queste pretese si è negato lo statuto giuridico di diritto – passando dai meri interessi di fatto alla loro qualificazione come pretese finanziariamente condizionate, raffigurazione poi fortunatamente smentita dalla Corte costituzionale³⁵ –, una volta che la loro vera natura sia emersa, si sono enfatizzati i profili di commistione con la sovranità fino a ritenere che codesti diritti tali non fossero senza un comando legislativo ovvero la programmazione o disciplina che deriva da provvedimenti amministrativi o in difetto di attività materiali poste in essere da soggetti pubblici. In questa prospettiva, la negazione del rilievo del potere rispetto ai diritti fondamentali è solo un ossequio ideologico – e puramente formale – alle concezioni liberali; ed, infatti, la legge abolitiva del contenzioso viene presto messa da parte, la sostanza della giurisdizione sul potere appartiene al giudice amministrativo, la Cassazione civile viene sempre più riconoscendo ambiti di giurisdizione amministrativa su diritti fondamentali e con essa la Corte Costituzionale. In questo gioco di specchi³⁶ tra giurisdizioni ed in ordine al contenuto delle posizioni soggettive, le antiche distinzioni si superano o si attenuano³⁷, gli istituti si ibridano e si potrà teorizzare³⁸ che libertà e potere si congiungono nella riedizione dell'istituzionismo (del quale, pure, non dovrebbe essere sottostimato il perdurante impianto autoritario).

34 Per una ricostruzione di queste posizioni dottrinali e giurisprudenziali, tra le molte disponibili e di sicuro riferimento, per brevità sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, da 61.

35 Corte Costituzionale, 16 dicembre 2016, n. 275.

36 L. FERRARA, *Individuo e potere in un gioco di specchi*, in *Diritto pubblico*, 2016, 11.

37 Per una profonda ricostruzione e le necessarie indicazioni che non si ha spazio per discutere nel testo, il notevole libro di B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020.

38 A. CIOFFI, *Giurisdizione amministrativa e libertà*, in corso di pubblicazione in *Diritto Amministrativo*, 2024.

Infatti, per altro lato, la relazione tra sovranità e diritti viene riscritta assorbendo i secondi nella prima, attraverso una riformulazione della teoria dell'ordinamento giuridico per la quale il primato dell'autorità o quello della libertà nelle singole fattispecie diviene valutazione, inestricabilmente connessa con il "superiore" interesse generale, consegnata all'autore della decisione pubblica³⁹ - sicché non si potrà ritenere che la garanzia dei diritti fondamentali davvero esista, perché essa finisce per essere libera determinazione del legislatore o discrezionale dell'amministrazione pubblica. Tuttavia, si tratta di sguardi profondi, che colgono movimenti essenziali del presente ma finiscono per risolversi in aggiornamenti della tradizione senza volersene discostare e lasciando inalterato un impianto pensato, in realtà, in un quadro ordinamentale (ed in una realtà storica) differente. I diritti restano sussistenti solo nella sovranità (statale). Nondimeno, si tratta di riflessioni molto importanti perché colgono alcuni mutamenti della realtà, perché non può essere negato che sia il giudice delle leggi che le giurisdizioni più elevate (e con esse la maggior parte della dottrina) non riescono a cogliere il potere se non come espressione della sovranità del soggetto pubblico ed i diritti fondamentali se non come pretese garantite all'interno di essa e per suo tramite.

Resta da vedere se queste evoluzioni dell'ordinamento (e le idee ad esso relative) siano coerenti con il diritto costituzionale positivo ed adeguate a garantire la sua evoluzione in coerenza con il disegno complessivo di fondo della carta e le energie ch'essa stessa individua per la sua realizzazione.

Ancora: resta da vedere se queste spiegazioni, che presuppongono uno Stato democratico accompagnato da una società forte e da una corrispondente rappresentanza, siano adeguate al tempo che viviamo ed a venire, caratterizzato, invece, da una società fragile cui corrispondono poteri pubblici che mostrano le stesse caratteristiche di debolezza rispetto al capitale globalizzato ed alla tecnologia e che, quindi, offrono risposte autoritarie – fatte di deroghe, sospen-

³⁹ A. CIOFFI, *Giurisdizione amministrativa e libertà*, cit.

sioni, leggi-provvedimento⁴⁰, travalicamento attraverso queste sia dell'amministrazione che della giurisdizione, limitazioni della tutela giurisdizionale, etc. – funzionali sia alle attese dei veri poteri che stanno al loro esterno, sia della domanda di protezione della maggioranza debole della società⁴¹.

1.3. La reazione a questo modo di spiegare i diritti fondamentali nella loro relazione con la sovranità è quello dell'opposizione.

La sovranità appartiene allo Stato (o è un concetto inutile⁴²) e, quindi, i diritti fondamentali vi si oppongono interamente, anche nelle pretese attive, nelle domande di prestazione. Si tratta dell'opposizione netta tra sovranità e diritti fondamentali, lasciando la prima nella sfera del potere pubblico.

Quest'impostazione contiene un nucleo di verità a mio modo di vedere profondamente condivisibile: se si consegna al potere pubblico la garanzia dei diritti fondamentali, essi saranno tutt'altro che incompressibili giacché esistono se ed in quanto siano riconosciuti dal potere (dallo Stato, dalla legge, dall'ordinamento – più che altro raffigurato come un'entità astratta, non come un insieme di comandi provenienti dallo Stato o dagli altri enti pubblici che ne hanno competenza, allo scopo di ridurne l'appartenenza alla sovranità); la conseguenza è che il potere potrà revocarli, comprimerli, sospenderli. Il punto imprescindibile di queste – sia pure minoritarie, ma preziosissime – teorie, invece, risiede

40 G. U. RESCIGNO, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la Corte cambi opinione* ([*Osservazione a*] *Corte cost.*, 2 luglio 2008, n. 241), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 2877 ed ID., *Dalla sentenza nr. 137/2009 della Corte costituzionale a riflessioni più generali sulle leggi-provvedimento*, *ivi*, 2010, 531.

41 Su questi temi sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021, *passim* e, anche per le indicazioni della letteratura giuridica rilevante e le esemplificazioni dei processi di cambiamento – ed in particolare di alterazione del sistema delle fonti e neutralizzazione del ruolo di garanzia dell'amministrazione – che si leggono nella legislazione recente, ID., *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, XI (2/2022), 227.

42 L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, *cit.* Ma è ovvio riferirsi anche a H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1920, ID., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1929 e ID., *Foundations of Democracy*, in *Ethics*, LXVI (1955), 1. Sulle questioni che ne derivano, H. SUGANAMI, *Understanding Sovereignty through Kelsen/Schmitt*, in *Review of International Studies*, XXXIII (2007), 511; N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003; J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979; N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State?*, in *Modern Law Review* LVI (1993), 1.

nel disvelare l'errore (teorico e dogmatico) di consegnare riconoscimento e garanzia dei diritti allo Stato (sovrano); le pagine di Angiolini⁴³ sul punto sono così limpide che basta solo rinviarvi.

Il tratto non convincente di questo approccio, a mio modo di vedere, risiede nel costruire la conseguente opposizione tra diritti e sovranità, giacché la si lascia come attributo dello Stato (o si cerca di semplicemente di esorcizzarla, provando a farla divenire carattere dell'ordinamento⁴⁴ – dello Stato – o dello Stato-persona in opposizione allo Stato-comunità⁴⁵). Tuttavia, questa spiegazione dei diritti fondamentali fatica a trovare loro un fondamento sicuro ed opponibile al potere. Per lo più si rivolge all'ordinamento inteso come entità altra rispetto al potere pubblico; tuttavia, anche ammettendo una sostanza dell'ordinamento autonoma rispetto al potere che lo pone in essere, anche trascurando le capacità di questo secondo di sospenderlo o alterarlo (attraverso specifici comandi, legislativi o esecutivi), anche a voler credere ad una sorta di sua oggettività ed auto-completamento per via ermeneutica, anche a voler ritenere che sia idoneo ad assorbire una sostanza così politica, drammatica ed instabile come la sovranità, anche a voler superare queste ed altre difficoltà, resta che il singolo riconoscimento del diritto da parte delle norme finisce per abbandonare il diritto così riconosciuto in una trama fitta di valutazioni discrezionali dell'amministrazione e del giudice che, ritraendo legittimazione generale proprio da questo "ordinamento sovrano" potranno contornare il diritto di atti di potere fino a

43 Imperdibili le considerazioni autorevoli e sempre profonde di V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture*, cit. – soprattutto da 4 a 35 – e, prima, ID., *Diritti umani. Sette lezioni*, Torino, Giappichelli, 2012.

44 L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit.

45 In questo senso, F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria Universitaria, 1975, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 2006, I, (la citazione è a 658) per il quale «è, dunque, sempre allo Stato cui spetta la sovranità ed è allo Stato che vanno riferiti tutti gli atti di sovranità da qualunque soggetto o organo siano prodotti secondo l'ordinamento giuridico vigente. Diversa è però la posizione della sovranità nello Stato-persona e nello Stato-comunità», sicché se la società è «espressa dallo Stato-persona» questo è titolare della sovranità ad ogni effetto, mentre se «la società è espressa dallo Stato-comunità» allo Stato-persona va sottratta la sovranità che spetta allo Stato-comunità, sicché si «manifesta una scissione tra titolarità della sovranità e imputazione degli effetti del suo esercizio, nel senso che la titolarità spetta allo Stato-comunità mentre l'imputazione spetta allo Stato-persona cui, nell'ordinamento comunitario, vengono attribuiti poteri sovrani».

soffocarlo, traendo legittimazione dallo stesso ordinamento (che sarà pur sovrano ma neutro, oggettivo, non politico, incapace di arginare il potere pubblico che sempre da codesto ordinamento promana).

Altre volte si evocano fondazioni naturalistiche (o quasi ontologiche), che non possono essere utilizzate in un discorso che si contiene nel perimetro dogmatico.

La solo parziale soddisfazione che si trae dalla dottrina e dalla giurisprudenza – anche costituzionale – sui diritti fondamentali nella loro relazione con il potere della maggioranza (che si esprime nella legge), dell'amministrazione o del giudice, richiede una diversa concezione della sovranità, a mio modo di vedere necessitata alla luce del puro diritto positivo.

1.4. Un chiarimento ulteriore è doveroso. I temi che si affrontano in queste pagine, come già detto, innescano la questione della sovranità. È necessario chiarire in quale senso la si intende, giacché anch'essa può essere osservata in diverse prospettive. Non si intendono affatto mettere in discussione gli approdi del costituzionalismo e l'affermazione della sovranità della Costituzione; anzi, sul tema – altra volta⁴⁶ – discutendo le questioni innescate questo profilo della sovranità, si è presa parte con quelle correnti radicali del costituzionalismo nord-americano che considerano lo stesso ruolo del Parlamento drasticamente condizionato dall'attuazione dei diritti e limitato da essi anche quanto alla discrezionalità sia nell'uso delle risorse, sia nel dettare regole legislative. In questa prospettiva, avvicinandoci al tema del potere esecutivo (che è ciò che qui interessa), non si svilupperanno neppure i problemi della deroga, della delegificazione, dell'emergenza – che pure si sono più volte affrontati – giacché attengo alla deviazione dal dover essere costituzionale.

La questione che qui interessa, piuttosto, è un'altra ed è quella della sovranità dello Stato. Nella concreta dinamica dell'esercizio del potere esecutivo è evidente come questa fonte di legittimazione del comando dia margine alla

46 Sia consentito, di nuovo, rinviare a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit.

creazione di dispositivi che, pur nel rispetto formale della legge, consentono fisiologicamente margini imponenti di apprezzamento, cui si accompagnano timidezze inaccettabili del sindacato sul potere discrezionale. La sovranità dello Stato (e l'idea dell'essere i diritti garantiti in essa) assicura legittimità ad ambiti significativi di esercizio del potere senza relazione stringente con la legge, ridottissima tipicità dei poteri, definizione amministrativa delle regole, tutti fenomeni che si reggono sull'inesauribile capacità dell'amministrazione di curare un (sempre presente e sempre indefinito) interesse pubblico. Questa prospettiva circa la sovranità è propria dell'amministrativista (e non sembra casuale che lo sguardo circa la sovranità dello Stato nella sua relazione con il potere abbia sempre attratto gli studiosi del diritto amministrativo⁴⁷, luogo nel quale la capacità di comando effettivo dell'autorità si esprime con plateale evidenza).

2. Sulla struttura dei diritti fondamentali e la sua relazione con il potere

Prima di affrontare il tema della sovranità e della sua relazione con i diritti fondamentali, sembra utile occuparsi della questione della struttura delle pretese concernenti i secondi. Per pura comodità, in un ragionamento che intende trattenersi nel perimetro della dogmatica e, quindi, del discorso circa il diritto positivo, si potrà evitare la discussione circa il catalogo di codesti diritti, comprendendovi le libertà ed i diritti sociali previsti dalla Costituzione italiana vigente e quelli che – attraverso il riconoscimento aperto di cui all'art. 2 Cost. – hanno assunto questa natura (anche provenendo dalle carte internazionali). In questa prospettiva si prescinde dalle discussioni – pure relevantissime – circa la discriminazione tra libertà, diritti umani, diritti inviolabili⁴⁸, assumendo ad oggetto la più ampia categoria di diritti fondamentali (anche perché l'aggettivo al-

⁴⁷ Basteranno i rinvii a M.S. GIANNINI, *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 224 e G. BERTI, *Sovranità*, in *Jus*, 2007, 30, ora in *Scritti scelti*, cit., 107 e ID., *La sovranità dell'ordine giuridico*, in ID., *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, Cedam, 2008, 127.

⁴⁸ Su questi temi, per tutti, V. ANGIOLINI, *Diritti umani. Sette lezioni*, Torino, Giappichelli, 2012.

lude apertamente alla loro natura di fondamento del regime repubblicano – sulla quale si tornerà).

Una *prima* considerazione necessaria al nostro discorso attiene alla struttura delle pretese garantite dal diritto fondamentale ed al conseguente superamento della distinzione tra libertà e diritti sociali. La tradizione, come già ricordato, ci consegna la radicale opposizione delle prime rispetto alla sovranità (statale) e la completa dipendenza da quest'ultima dei secondi; l'idea tradizionale è che le libertà siano pretese di astensione (del potere) dello Stato, mentre i diritti sociali siano pretese nei confronti dello Stato (del legislatore, per la maggior parte degli interpreti, ovvero – avanzando – dell'amministrazione o del giudice)⁴⁹. Mi pare che queste raffigurazioni – come le loro varie ibridazioni – non siano da condividere.

Per poter proseguire nel discorso, serve proporre una *seconda* considerazione: siamo abituati a pensare che le situazioni soggettive siano entità (quasi ontologiche) determinate. Non appena le si osservi dal punto di vista delle pretese e delle loro tecniche di protezione, si noterà agevolmente che quest'idea delle situazioni soggettive mostra un deciso tratto ideologico (le cui radici si trovano, appunto, nella dinamica della sovranità statale e della qualificazione delle situazioni soggettive a partire da questa e dalla loro relazione con essa). Se si osserva l'ordinamento con occhio disincantato, in realtà, esistono solo pretese sostanziali che trovano protezione nell'ordinamento (ovvero cui manca, sicché si trattengono nel perimetro degli interessi di fatto), attraverso specifiche e differenziate tecniche di protezione (basterebbe, in questo senso, pensare all'interesse legittimo⁵⁰, che poteva essere descritto come situazione soggettiva in senso classico quando veniva presentato solo come interesse occasionalmen-

49 Sulle varie distinzioni evocate nel testo e per l'indicazione dei diversi autori che hanno elaborato ed argomentato variegate posizioni sul tema sia consentito rinviare, solo per le indicazioni, al già citato *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

50 Sul tema, per tutti, con estrema completezza ed acuta teoria, F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017; in una prospettiva più critica non si può mancare, M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. «Per una piena realizzazione dello Stato di diritto»*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017.

te protetto, che si esprimeva esclusivamente nella pretesa di annullamento dell'atto illegittimo, con coincidenza della posizione legittimante e dell'interesse processuale; tuttavia, ad esso oggi corrispondono indiscutibilmente una serie di pretese procedimentali e processuali differenziate, che si spingono fino a quelle risarcitorie, sicché è ben chiaro che le situazioni soggettive non sono se non l'insieme delle garanzie e tecniche di tutela che l'ordinamento appresta a pretese sostanziali). In questa prospettiva, sarà più agevole osservare come gli stessi diritti fondamentali, siano essi libertà o diritti sociali, possono atteggiarsi a situazioni soggettive che proteggono pretese diverse, che si esprimono attraverso tecniche di tutela differenziate (ed, ultimativamente, garantite dall'*actio utilis*⁵¹ prevista – senza limitazioni – dall'art. 24 Cost.⁵²).

Poste queste due piccole premesse, non si fatterà a dimostrare che sia la libertà che i diritti sociali si sostanziano di pretese negative rispetto all'esercizio del potere (vale a dire che richiedono il suo mancato esercizio) ed altre che, invece, lo richiedono.

Le libertà, per parte loro, esprimono certamente la pretesa dell'astensione del potere sicché si possano agire la libertà personale, o di culto, o di riunione, o di espressione e via discorrendo. Certamente si tratta di pretese negative che non presuppongono l'assenza del potere – che, infatti, potrà porre limiti che derivano dall'ordine pubblico, dalla sicurezza, dalla sanità e incolumità pubbliche, dal buon costume (solo per stare alle clausole generali espressamente previste in Costituzione) –, ma richiedono la garanzia ch'esso si contenga al di fuori del nucleo essenziale di questi diritti. Naturalmente non serve indulgere sull'estrema pericolosità delle clausole generali limitative cui s'è fatto cenno, né tornare sulla loro capacità espansiva in questi decenni caratterizzati dall'ipertro-

51 Per la discussione circa l'art. 24 Cost. come fondamento dell'*actio utilis*, sia consentito ancora rinviare a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

52 Per la teorizzazione del diritto d'azione quale esso stesso diritto fondamentale (e per le necessarie discussioni dottrinali ed indagini giurisprudenziali), sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

fia della sicurezza e salute pubbliche; allo stesso modo, non s'è fatto cenno ad esse solo per evidenziare che le libertà – anche nella loro dimensione negativa – si confrontano sempre e comunque con il potere (cosa per sé scontata ed inutile rispetto al nostro discorso). Quel che, invece, importa indicare fin d'ora, è che questi diritti sarebbero ben poca cosa rispetto alla loro capacità di conformare l'intero edificio repubblicano, di porsi come fondazione dell'ordinamento (sicché usiamo l'aggettivo fondamentali), se li si confinasse nella sola capacità di porre in essere le condotte corrispondenti senza alcun mezzo ulteriore se non quello del corpo e della mente della persona libera. In altri termini, nel nostro ordinamento le libertà non mostrano solo la loro dimensione negativa e si declinano in una pluralità di pretese che non richiedono l'astensione del potere soltanto, ma – piuttosto – la sua azione coerente con le regole fondamentali dettate dagli artt. 2 e 3 Cost. È più che ovvio che le libertà personali non corrispondono al disegno costituzionale se non le si collega sia con la natura fondativa della convivenza cui assolve l'art. 2 Cost. e con il programma fissato dall'art. 3 Cost. Solo per esemplificare, perché la libertà di circolazione possa essere esercitata davvero, non basterà non vedersi costretti dall'autorità in un dato ambito territoriale, ma saranno necessari mezzi di trasporto ed infrastrutture che, accessibili con criteri di uguaglianza ed adeguatezza, consentano il suo esercizio; non diversamente sarà per la libertà di espressione o della corrispondenza e via enumerando. È molto chiaro che le libertà vengono agite sia attraverso pretese negative che positive e la raffigurazione tradizionale della libertà come pretesa di astensione del potere pubblico corrisponde ad una società del tutto diversa (e sprofondata nel passato) rispetto a quella disegnata dalla Costituzione vigente. La sostanza è che le pretese garantite dai diritti di libertà classici sono sia negative che, soprattutto, positive e che debbono trovare soddisfazione sia in ragione della loro dimensione fondativa dell'insieme delle istituzioni repubblicane e del potere pubblico (art. 2 Cost.), sia nella prospettiva di rea-

lizzazione dell'eguaglianza e del pieno sviluppo della persona (art. 3, co. II, Cost.).

La medesima cosa vale per i diritti sociali. Anzitutto, le norme costituzionali che li proteggono descrivono inequivocabilmente anche pretese negative (ad esempio, il diritto di istituire scuole di cui all'art. 33 Cost., quello al riposo e alle ferie di cui all'art. 36 Cost., la non discriminazione e la parità retributiva della donna di cui all'art. 37 Cost., etc.). Oltre a ciò, nel diritto vigente non è seriamente discutibile che questi diritti siano direttamente azionabili nei confronti dei terzi o del potere pubblico che vi attentino, come è stato chiaro per il diritto alla salute per primo⁵³. Come le libertà, i diritti sociali garantiscono sia pretese il cui contenuto è l'astensione del potere pubblico, sia altre che invece lo richiedono.

Se, quindi, tutti i diritti fondamentali proteggono pretese di astensione del potere dall'incidervi in qualsiasi modo – quanto, almeno, alla loro componente incompressibile –, è altrettanto chiaro che indefettibilmente essi proteggono anche la pretesa a godere di mezzi (beni e servizi) che assicurino l'effettività, l'uguaglianza e l'adeguatezza della loro espressione.

Questo pone inequivocabilmente il tema del regime (costituzionale) di queste pretese e, quindi, della relazione con il potere. Su questo punto si rintracciano spiegazioni consolidate che, nella loro notevole differenziazione mostrano – tuttavia – a mio modo di vedere, un tratto comune.

Il profilo fondamentale che accomuna le spiegazioni del regime costituzionale delle pretese corrispondenti a dimensioni dei diritti fondamentali è quello della loro garanzia attraverso la sovranità dello Stato. Il tema rileva particolarmente – in questa porzione del ragionamento che si concentra non sulla struttura del potere pubblico ma su quella dei diritti fondamentali – quanto alla loro dimensione positiva. Infatti, con riguardo alle pretese di astensione non è dubbio che, pressoché in qualunque ricostruzione, il profilo della garanzia si at-

⁵³ Per tutti, M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute - diritto costituzionale)*, cit., 3.

testa fondamentalmente nella pretesa a godere di un sistema giurisdizionale indipendente ed imparziale ovvero nel diritto di resistenza e disobbedienza dal comando ingiusto. Più articolato è il problema delle pretese attive, che si sostanziano nell'esigenza di disporre dei mezzi (beni e servizi) necessari ad esprimere quelle dimensioni dei diritti fondamentali.

Queste pretese sono normalmente configurate come domande rivolte allo Stato (sia esso colto nella dimensione del potere legislativo o amministrativo) – assegnando un marchio di pubblicità agli stessi diritti⁵⁴. Risiede qui l'operazione interpretativa fondamentale sulla quale occorre riflettere: la natura propria dei diritti fondamentali (come attributo inviolabile della persona, delle sue dimensioni sociali, articolandosi come strumento per l'eguaglianza e la dignità sociale) è quella, a mio modo di vedere e come spero di mostrare più innanzi, di porsi a fondamento sia della Repubblica e, quindi, dell'insieme delle forme della convivenza, che delle forme del potere pubblico, sicché queste ultime sono necessariamente funzionali al pieno sviluppo della persona umana e dei suoi diritti – escluso ogni altro compito auto-attribuito dal potere.

In questo risiede il radicamento decisivo della sovranità nel popolo e non nello Stato, con la conseguenza che la «*forma repubblicana*» non sarà se non questo connotato della sovranità. Al contrario, la quasi totalità delle riflessioni, recenti e tradizionali, muove dalla (perdurante) attrazione della sovranità in capo allo Stato (democratico e rappresentativo), con la conseguenza che i diritti fondamentali saranno effettivamente protetti solo se assunti nella loro dimensione pubblica, se assegnati e garantiti dalla sovranità statale; allo stesso modo, le prestazioni di cui abbisognano per essere effettivamente esercitati nelle dimensioni non attuabili direttamente e senza mezzi, sono sempre e soltanto garantite (quando non poste in essere direttamente) dallo Stato (sovrano). Sono i diritti fondamentali a colorirsi di un attributo di pubblicità e non la sovranità a per-

⁵⁴ Anzi, nella «*assunzione come pubblici essi stessi dei diritti che in quella sfera privata erano sorti, in quanto partecipi della sovranità*» (cfr. V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture*, Torino, Giappichelli, 2016, 12).

manere in essi e, conseguentemente, il potere ad essere (esclusivamente) funzionale ad essi – come, a mio avviso, è invece imposto dalla piena lettura delle disposizioni costituzionali vigenti. Nella prospettiva che a me non convince, ma che è quasi unanimemente sostenuta, quindi, la garanzia della realizzazione dei mezzi per l'esercizio delle pretese corrispondenti a diritti fondamentali può essere solo pubblica.

La questione del regime delle attività dirette alla realizzazione delle condizioni perché queste pretese siano fruibili innesca necessariamente quella della disciplina costituzionale della produzione di beni e servizi e dell'organizzazione pubblica nella relazione con l'autonoma iniziativa delle persone.

Da questo punto di vista, le letture più avanzate e sensibili ad una ricostruzione del sistema nella quale i diritti siano centrali non si sottraggono alla loro garanzia attraverso la sovranità dello Stato. Anche queste interpretazioni, infatti, non riescono a rinunciare alla necessità che i bisogni che corrispondono a queste pretese siano assunti dalle istituzioni pubbliche. Avviene, tuttavia, diversamente dall'impostazione tradizionale interamente centrata sull'amministrazione pubblica, attraverso la centralità della legge. La più sensibile dottrina dei diritti sociali⁵⁵, ad esempio, sente il bisogno di ricostruirli nella dimensione di una pretesa nei confronti del legislatore, senza l'intervento del quale il diritto non è riconosciuto e conseguentemente non esiste; nella sostanza è solo attraverso la garanzia della legge che il diritto sociale assume una conformazione, un regime e delle garanzie, sicché spetta alla maggioranza parlamentare di disporre di questi diritti senza il consenso della quale nessuna pretesa può essere avanzata. Anche in questa impostazione, quindi, la protezione dei diritti avviene attraverso la sussunzione nella sovranità dei poteri pubblici – mai messa in discussione. Allo stesso modo può dirsi della più condivisibile dottrina dei servizi pubblici⁵⁶, che pur riconoscendo che le omogenee attività poste in essere

55 G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, 755, *passim*.

56 Ci si intende riferire alla fondamentale monografia di U. POTOTSHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, che pure considera l'attività di indirizzo e coordinamento come relativa

dalla comunità spontaneamente hanno la stessa sostanza dei servizi riservati alla mano pubblica, in fin dei conti riserva alla legge parlamentare – e, dunque, alla maggioranza dei componenti l'organo – la definizione del regime e della sostanza dei pubblici servizi. Il risultato, naturalmente, di entrambe queste interpretazioni è che la decisione della maggioranza parlamentare dotata della particolare efficacia della forza di legge avrà l'effetto di incaricare di compiti l'organizzazione amministrativa che, quindi, resta pur sempre protagonista.

Se anche questi tentativi più avanzati non riescono a liberarsi dell'idea che i diritti possano essere garantiti soltanto attraverso ed a ministero della sovranità dei pubblici poteri, ciò è ancora più vero per la gran parte della dogmatica italiana. L'impostazione classica è più che nota essendo ancora oggi largamente dominante: la realizzazione dei mezzi che possono rendere effettivamente fruibili pretese attinenti ai servizi fondamentali passa attraverso l'assunzione di compiti da parte dell'organizzazione amministrativa, trovando un fondamento nella legge attraverso le maglie larghe tipiche della riserva relativa, sicché attività e poteri amministrativi sono gli strumenti perché quei mezzi vengano effettivamente realizzati; per conseguenza finché questi compiti non siano assunti dall'autorità, le pretese in questione restano semplici aspettative non tutelate ed essendo l'attività amministrativa condizionata dalle dotazioni finanziarie e caratterizzata da valutazioni discrezionali, la fruizione effettiva delle pretese in questione non potrà che essere condizionata all'iniziativa dell'amministra-

al conseguimento dei fini sociali (*«l'indirizzo e il coordinamento sono dunque modi di collegamento dei programmi e controlli coi fini sociali»*, 355) e non dell'utilità sociale, come si propone nel testo. La dottrina in questione è sempre attenta ad evitare che il contenuto dei fini sociali sia rimesso al legislatore – allo scopo di non svuotare la garanzia costituzionale. Tuttavia, non radicando fini sociali ed utilità sociali nelle pretese corrispondenti a diritti fondamentali, sicché l'ancoraggio avviene attraverso il richiamo all'art. 3 Cost., destinato ad assicurare la confluenza tra attività pubblica e privata verso un sistema unitario sicché *«l'indicazione di <fini sociali> nel 3° comma dell'art. 41 non comporta una pubblicizzazione dell'attività economica privata, né esprime un principio del tutto ovvio riguardo all'attività economica pubblica, ma chiarisce come l'indirizzo e il coordinamento di entrambe mediante i programmi e i controlli debbano mirare a fini che non sono più quelli istituzionali e tipici del singolo imprenditore, ma che sono propri dell'organizzazione politica economica e sociale del Paese»* (105). Tuttavia, la *«organizzazione politica economica e sociale del Paese»* imposta una sua definizione da parte del legislatore, tanto che *«i fini sociali assumono rilievo solo se ed in quanto l'ordinamento li costituisca»* talché *«l'ordinamento, più che riconoscerli, li determina, definendone a propria discrezione l'ampiezza, le condizioni, il grado di rilevanza»* (223).

zione pubblica, dalla disponibilità di risorse organizzative e finanziarie nonché dalle valutazioni discrezionali che funzionari dotati di competenza in argomento potranno in esse.

Non solo, quindi, pretese che sono manifestazione diretta di diritti fondamentali saranno o meno garantite solo attraverso la sovranità dei pubblici poteri ma, più ancora, la loro effettiva predicabilità come diritti dipenderà interamente dall'organizzazione e dal potere dell'amministrazione pubblica, con la conseguenza diretta che queste pretese non si esprimeranno come diritti soggettivi. Per quanto la nostra dogmatica abbia reso disponibile profondi ed importanti aggiornamenti ed avanzamenti relativamente alle posizioni soggettive vantate in confronto al potere amministrativo, quanto allo specifico tema di cui qui ci si occupa la sostanza della questione non sembra significativamente mutata; se, infatti, i risultati delle discussioni negli ultimi decenni sono certamente notevoli quanto alla definizione della pretesa che il cittadino vanta nei confronti del potere pubblico e della sua organizzazione⁵⁷, così come sono certamente significativi i progressi nella definizione del concetto e del regime dei pubblici servizi⁵⁸, tutti questi avanzamenti si riferiscono al contenuto e regime delle pretese soggettive una volta che il compito pubblico ad esse corrispondente sia stato assunto e definito dell'organizzazione amministrativa in base a previsioni di legge – sempre nei limiti delle disponibilità finanziarie e delle valutazioni discrezionali riservate al potere pubblico.

A mio modo di vedere la sostanza è che la funzionalizzazione dei poteri pubblici al mercato (e non ai diritti fondamentali) conservava l'idea della sovranità statale in termini tradizionali ed, anzi, si accompagna – in termini ordolibe-

⁵⁷ La letteratura in argomento è, ovviamente, sterminata e non serve darne conto. Per uno sguardo d'insieme e le discussioni delle diverse idee, sempre profonde, si rinvia a A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, II-1 *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022; II-2. *Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, Giappichelli, 2024. In ogni caso, anche M. TRIMARCHI, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive tra diritto sostanziale e processo. Qualche osservazione*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022, 529.

⁵⁸ Per una sintesi delle posizioni, R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, cit.

rali – all’espansione delle competenze e delle funzioni pubbliche, avendo in mente un ordine sociale artificiale, creato dalla dinamica del mercato in quanto regolato (nel suo stesso interesse) dal comando pubblico. Proprio la perdurante concezione dello Stato ha finito per determinarne il successo culturale (oltre a quelli politici ed economici, che derivano soprattutto da altre cause). La nostra letteratura giuridica, a mio modo di vedere, ha fornito consolidate letture (tra loro alternative) delle disposizioni costituzionali in materia economica, che si fondavano su concezioni politiche in dialettica tra loro. Tutte queste interpretazioni erano profondamente differenti da quella che si è proposta⁵⁹ e che qui si ripropone. Per conseguenza, le disposizioni del Trattato ed in generale l’impianto comunitario (prima, unitario, poi) è stato letto come sostanziale abrogazione di quelle disposizioni⁶⁰. L’invecchiamento delle interpretazioni classiche, quindi, non ha aperto ad una reale possibilità di leggere diversamente le norme di cui agli artt. 41 – 47⁶¹ Cost., ma ha subito una più agevole sostituzione con l’impianto comunitario in senso ordoliberal – con l’effetto di non mettere in discussione il ruolo della sovranità statale. Per parte mia, al contrario, ho provato da tempo ad individuare – nel rigoroso rispetto di un discorso dogmatico che fornisca una spiegazione del puro diritto positivo – le ragioni per le quali l’impianto classico non convince e quello della nostra Costituzione non è travolto da quello dell’Unione, ma entrambi consentono di argomentare una spiegazione interamente costruita sulla disciplina costituzionale dei diritti fondamentali, alla quale puntualmente corrisponde quella dell’attività economica di produzione di beni e servizi.

In altri termini, la garanzia delle pretese concernenti diritti fondamentali non consegue ad una scelta della maggioranza politica attraverso la legge ovvero dell’organizzazione amministrativa in base ad essa e nei limiti delle sue risor-

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

60 Su questi temi, per tutti, S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.

61 Sull’art. 47 e la costruzione paradigmatica ai nostri fini della disciplina bancaria, sicuramente, R. CALDERAZZI, *L’organizzazione economica privata di interesse pubblico*, in *PA Persona e Amministrazione*, vol. VIII, 2021, 379.

se organizzative e finanziarie, nonché delle sue valutazioni discrezionali ovvero alla sola regolazione nell'interesse del mercato; piuttosto, è il regime costituzionale dei diritti fondamentali a dare forma alla funzione e ai compiti pubblici ed a costituire la spiegazione più convincente del regime delle attività economiche riassunto negli articoli 41 e 43 Cost.

E' più che noto che l'interpretazione di queste disposizioni costituzionali abbia molto impegnato la dottrina – e la giurisprudenza; si tratta di un dibattito comprensibilmente influenzato, per molti decenni e quanto ai suoi contributi ancor oggi fondamentali, dalle diverse culture costituzionali (quando non politiche) della libertà economica e del ruolo dello Stato rispetto ad essa. Non mette conto – in questa sede – di occuparsene diffusamente; poiché si tratta di discussioni molto note – ed altre volte affrontate⁶² – nella prospettiva del nostro ragionamento basterà fornire una spiegazione dell'interpretazione che qui si intende seguire. Poiché di interpretazione di disposizioni vigenti si tratta, non è inutile osservare che i risultati di quella che si propone sembrano verificare i parametri variamente proposti per trarre una norma da una disposizione.

Infatti, il sistema tracciato dagli artt. 41 e 43 Cost., osservato senza la precomprensione derivante da una teoria (filosofica, politica o economica) assicura la libertà di iniziativa economica, sottoponendola a diversi gradi di limitazioni con una simmetria tra la ricorrenza di utilità sociale, fini sociali, fini di interesse generale e la previsione di poteri di intervento pubblico e di livelli differenti di riserva di legge. Da un punto di vista sistematico, letterale e relativo agli interessi tutelati le disposizioni in questione presentano una simmetria e coe-

62 Per brevità si rinvia ancora a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit.; ID., *Servizi di interesse generale e servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, 1245; ID., *Pubblici servizi come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del modello e scelte metodologiche*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2001*, Milano, Giuffrè, 2001, 153; ID., *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 177; ID., *Principio di legalità e politica economica. Sui limiti posti alle imprese pubbliche alla acquisizione di imprese pubbliche nel settore dell'energia*, in *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2002, 1561; ID., *I servizi pubblici locali*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 575; ID., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Diritto amministrativo*, 2006, 387; ID., *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti delle persone*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, Cacucci, 2016, 767.

renza che si avverte subito ove la si osservi dalla prospettiva dei diritti fondamentali.

L'attività economica (indipendentemente dal fatto che sia svolta in forma di impresa) potrà essere posta in essere purché non contrasti con l'utilità sociale, la libertà, sicurezza e dignità umana. Non sono previsti poteri pubblici – se non il rispetto delle regole generali dell'ordinamento – e nessun potere discrezionale è previsto. Diversamente dall'idea consolidata – ed autorevolmente sostenuta anche da chi ha sviluppato avanzate teorie dei diritti fondamentali ⁶³ – l'utilità sociale non allude né legittima l'intervento di poteri pubblici sulla libertà di iniziativa economica. La questione è stata impostata anche in relazione alla natura dell'utilità sociale quale limite positivo o negativo della libertà d'iniziativa economica; la sostanza del tema è agevole da riassumere ⁶⁴: l'utilità sociale è stata utilizzata per estendere le misure di indirizzo e coordinamento dell'attività economica fin nel contenuto essenziale della libertà di iniziativa, con il risultato di rendere difficile la distinzione di essa dai fini sociali di cui al terzo comma e di far ritenere, successivamente, che il regime costituzionale dell'economia fosse in contrasto con il Trattato comunitario. Al contrario, si intende continuare a sostenere che le norme costituzionali e quelle comunitarie sono tra loro coerenti perché i limiti negativi contenuti nel II comma dell'art. 41 non devono essere confusi con le misure di cui al III ed i fini sociali che in esso sono richiamati. L'iniziativa economica si può svolgere solo a patto di non violare i limiti negativi che nel II comma sono previsti perché essi sono riassuntivi del regime delle pretese immediatamente fruibili dei diritti fondamentali (ai quali utilità sociale, libertà, sicurezza e dignità umana nemmeno troppo implicitamente alludono). In quest'ambito non v'è intervento dei pubblici poteri, c'è solo la relazione tra diritti fondamentali e la loro *drittwirkung* (sicché non c'è libertà di avviare ed esercitare attività economica che possa danneggiare la salute, impedire

⁶³ Ad esempio, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983.

⁶⁴ Per una compiuta discussione delle diverse tesi e degli orientamenti della Corte, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Contributo*, cit., capitolo III.

l'istruzione, la comunicazione, l'informazione, la percezione del salario, etc.). L'utilità sociale – come limite negativo – corrisponde alla garanzia dei diritti fondamentali quanto alle pretese che non richiedono la messa a disposizione di mezzi (beni e servizi) per il loro godimento – o, in altri termini, secondo ammonimento assai autorevole, ricavandola «con riferimento a tutto il sistema costituzionale»⁽⁶⁵⁾. Dal punto di vista dell'attività e dell'organizzazione pubblica – essendo assente la previsione di poteri amministrativi nel sistema del I e II comma dell'art. 41 –, la conseguenza è che ogni qual volta la società, nella sua autonoma organizzazione, si mostri in grado di porre a disposizione dei portatori dei diritti fondamentali le prestazioni necessarie per il loro godimento in modo adeguato a garantire l'eguaglianza e lo sviluppo della persona umana, le pretese che vi corrispondono trovano soddisfazione immediata attraverso la sola osservanza delle norme dell'ordinamento.

Al contrario, laddove ci si confronti con pretese attinenti i diritti fondamentali che non trovano immediata soddisfazione dalla sola applicazione delle norme di legge e che, quindi, richiedano un intervento pubblico perché i mezzi per il loro godimento siano effettivamente ed adeguatamente realizzati, si mostra la rilevanza di fini (cui corrispondono i mezzi cui s'è appena alluso). Saranno allora – secondo il chiaro dettato del III comma dell'art. 41 – previsti strumenti di indirizzo e coordinamento perché l'attività di produzione di beni e servizi (che sono mezzi) raggiunga «fini sociali»; «fini sociali» – né casuale paiono il finalismo dell'enunciato e l'individuazione degli strumenti pubblicistici – è, quindi, una formula riassuntiva che si riferisce alle pretese attinenti diritti fondamentali che sono suscettibili d'essere godute solo a fronte di interventi che regolino l'attività economica privata perché i mezzi necessari al godimento di quelle pretese siano effettivamente realizzati; l'iniziativa economica (di produ-

65 V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, ora in ID., *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano, Giuffrè, 1975, 1 (il testo citato si legge a 19); si veggano anche, ID., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957 e *Criteri programmatici e fini sociali nelle leggi che limitano l'iniziativa privata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962.

zione di beni e servizi) non cessa d'essere privata e, tuttavia, i suoi fini – e quindi i suoi mezzi – sono alterati dall'intervento di poteri di regolazione pubblici-stici (indirizzo e coordinamento) sulla base della legge, coerentemente con la previsione di una riserva (solo) relativa di legge⁶⁶ – giacché solo la legge può introdurre potestà pubblicistiche, come previsto dall'art. 97 Cost.

Spetterà sempre alla legge (in ragione dell'art. 117 Cost.) la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni che corrispondono a quelle pretese⁶⁷. La determinazione dei livelli essenziali è del tutto coerente con la definizione del contenuto delle misure di cui al III comma dell'art. 41, misure attive, di inter-

66 Il tema della sussistenza di una riserva implicita nel II comma è stato ampiamente dibattuto ed indagata la giurisprudenza costituzionale in argomento; per un'acutissima indagine e ricostruzione (che qui non si condivide) resta fondamentale M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit. al quale ci si potrà riferire per la discussione delle tesi espresse in dottrina (per analoga discussione e le ragioni del dissenso rispetto all'opera di Luciani, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Contributo....., cit.*).

67 E' noto che sia discusso se il concetto di prestazioni appartenenti al nucleo incompressibile dei diritti sociali e determinazione dei livelli essenziali di cui all'art. 117 Cost., coincidano.

A mio modo di vedere la coincidenza deve essere esclusa sia per ragioni dogmatiche che pratiche. Dal primo punto di vista, infatti, se il nucleo di prestazioni essenziali per il godimento della porzione incompressibile del diritto coincidesse con i livelli essenziali da fissarsi per legge, ciò equivarrebbe ad assegnare alla discrezionalità del legislatore (e, quindi, al dominio della maggioranza) il contenuto essenziale di un diritto fondamentale, azzerando il significato della sua protezione costituzionale. In secondo luogo, da un punto di vista pratico, poiché i livelli essenziali fissati per legge costituiscono una soglia che non potrà che essere uguale o maggiore del livello immancabile perché il diritto fondamentale sia goduto nella sua componente incompressibile, non si capisce per quale ragione si debba costringere il legislatore ad attestarsi al livello minimo – vale a dire quello relativo alla sola componente incompressibile.

Nel senso della sostanziale identità dei due concetti (nucleo essenziale e livello fissato per legge) sono, sostanzialmente, alcuni insegnamenti della Corte Costituzionale (ad esempio, sentenza 26 giugno 2002, n. 282, per la quale «quanto poi ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una "materia" in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle», operando una – sia pure solo allusiva – coincidenza tra «livelli essenziali delle prestazioni» e «contenuto essenziale di tali diritti») e parte della dottrina (ad esempio, R. BALDUZZI, *I livelli essenziali delle prestazioni nel settore della sanità*, in G. Berti, G.C. De Martin (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, Giuffrè, 2003, 256; C. PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Diritto pubblico*, 2002, 895, sia pure in modo problematico e riferendosi alla sentenza appena citata della Corte, giacché lo studio è prevalentemente orientato all'individuazione dei diritti civili e sociali ed al riparto Stato/Regioni; in senso opposto, invece, correttamente, da ultimo, A. GUALDANI, *La responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione per lesione di diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2024, 114, con le necessarie ulteriori citazioni di dottrina).

vento, fissate dai pubblici poteri perché nell'esercizio dell'attività economica i fini sociali siano effettivamente raggiunti – e ciò anche per ragione del fatto che non v'è ragione alcuna, nel diritto positivo, per ritenere che le prestazioni in questione debbano essere provviste dal settore pubblico (idea, questa, molto diffusa in dottrina e, tuttavia, del tutto infondata sulla base del testo dell'art. 117 Cost.)⁶⁸; né pare senza rilievo, nella prospettiva che qui s'è sostenuta, che le prestazioni appena evocate debbano esser poste in essere dalla «Repubblica» e non necessariamente (solo) dallo Stato o dai poteri pubblici. Correlativamente, obbligati a rendere le prestazioni saranno i soggetti che esercitano una data attività economica fatta oggetto di misure di regolazione.

Per l'ipotesi in cui la regolazione amministrativa – fondata sulla legge (riserva relativa) – non sia in grado di conseguire i «*fini sociali*» in modo adeguato, assicurando uguaglianza e condizioni di pieno sviluppo della persona (art. 3 Cost.), non resterà che riservare l'attività economica a soggetti pubblici (art. 43 Cost.). In questo (solo) caso, l'attività economica verrà riservata fin dall'origine o espropriata e ciò corrisponderà a «*fini di utilità generale*» e purché abbia «*caratteristiche di preminente interesse generale*». La sottrazione alla libera iniziativa economica di una data attività deriverà dal fatto che i beni e servizi che realizza sono «*di preminente interesse generale*», consegue a ragioni di «*utilità generale*», richiede una decisione legislativa (essendo in questo caso la riserva di legge assoluta). Vale la pena di notare che il fatto che l'attività economica – per essere riservata – deve essere «*di preminente interesse generale*» non fa che confermare che i beni prodotti

68 In questo caso, non sarà disagevole individuare la categoria dei beneficiari e degli obbligati. Mentre, infatti, l'utilità sociale, una volta ricondotta alle dimensioni immediatamente esigibili delle libertà e dei diritti sociali, riguarderà tutti indistintamente, i fini sociali che importano l'accessibilità delle prestazioni «*concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» potranno riguardare anche solo categorie di soggetti beneficiari individuate dalla legge. In questo senso, la previsione deve essere letta in coerenza con il principio fondamentale dell'uguaglianza sostanziale, sicché non necessariamente quelle prestazioni dovranno essere accessibili a tutti alle medesime condizioni. Basta anche solo riferirsi all'art. 34 Cost. per cogliere un semplice esempio: la scuola dovrà essere aperta a tutti e tutti avranno il diritto (sociale) di frequentarla e, tuttavia, solo per i «*capaci e meritevoli*», sia pure se «*privi di mezzi*» dovranno esser previste prestazioni («*borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze*») che rendano il diritto effettivo.

sono necessari per il godimento di diritti fondamentali – in questo sostanzandosi la natura di «*interesse generale*» e la finalità «*di utilità generale*».

Se i mezzi per il godimento di pretese che corrispondono a diritti fondamentali non sono realizzati in modo adeguato dal sistema della produzione, nemmeno attraverso la regolazione pubblica per «*fini sociali*», allora le esigenze di eguaglianza e pieno sviluppo della persona ne saranno frustrate; poiché queste esigenze sono carattere costitutivo della Repubblica, non potrà che essere di «*utilità generale*» e di «*interesse generale*» far sì che queste pretese trovino soddisfazione. Corrisponde ad una pretesa di tutti i consociati che il godimento dei diritti fondamentali sia soddisfatto, perché esso costituisce elemento essenziale della cittadinanza politica (artt. 2 e 3 Cost.), di garanzia della sovranità delle persone (art. 1 Cost.). Quand'anche intere categorie di consociati possano fruire dei servizi necessari al godimento dei loro diritti anche in un regime di sola regolazione, il fatto che una parte significativa ne sia esclusa determina la qualificazione «*di preminente interesse generale*» dell'attività di produzione in questione perché o ne vengono frustrati diritti fondamentali oppure, laddove si fissino come condizioni operative per la produzione che soddisfano questi ultimi ma rendono l'attività economica non vantaggiosa, si avrà un fallimento del mercato (perché nessun operatore economico sceglierà di agire in condizioni che non assicurano la continuità e sostenibilità dell'impresa⁶⁹). La pretesa all'uguaglianza sostanziale, infatti, è parte integrante ed essenziale dello statuto costituzionale del diritto fondamentale, sicché non ci si potrà dire sovrani, portatori di diritti incompressibili se parti della società non possano dire altrettanto. L'utilità è «*generale*», di tutti, perché le pretese che attengono a diritti fondamentali – come si dirà più innanzi – si trattengono permanentemente nell'esercizio della sovranità, nel costituente che dà forma al costituito.

69 Per l'idea che il fine dell'impresa non sia necessariamente il lucro ma la sostenibilità nel tempo del suo equilibrio economico, anzitempo, F. A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione. Struttura – Funzioni – Limiti*, Milano, Giuffrè, 1967 (sul quale, se si vuole, la discussione in L. R. PERFETTI, *Le imprese pubbliche holding. Osservazioni sul problema del rilievo dell'interesse pubblico nella partecipazione a società di capitali da parte di enti pubblici*, in *Diritto amministrativo e società civile. Volume III - Problemi e prospettive*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 249).

L'interpretazione del sistema delle regole – che con ciò si alluda all'elaborazione di enunciati che hanno il medesimo significato di quanto espresso nella disposizione ovvero attribuire uno stato-di-cose alla fattispecie astratta⁷⁰ – di cui agli artt. 41 e 43 Cost. assume una coerenza utile ad esser messa a servizio del nostro ragionamento.

L'assetto degli interessi (antropologico) e dei valori (assiologico)⁷¹ delle simmetrie contenute in queste disposizioni assume un significato chiaro se le si osservano dal punto di vista dei diritti: in questa luce, l'assenza o presenza, con diversa intensità, di poteri pubblici corrisponde esattamente all'assenza o presenza e diversa intensità delle riserve di legge ed entrambi corrispondono alla presenza o assenza di pretese attinenti i diritti fondamentali che, per essere soddisfatte, richiedono la messa a disposizione di mezzi (e, quindi, la produzione di beni o servizi) e la diversa intensità di intervento pubblico necessario per conseguire questo risultato. Se ci si allontana dalla prospettiva classica di lettura di queste disposizioni (vale a dire quella dell'adesione ai principi dell'economia di mercato, socialista o sociale di mercato) e si decostruisce il loro sovrastato ideologico, apparirà chiaro un ordito perfettamente coerente con la struttura costituzionale dei diritti fondamentali e, quindi, con la loro natura fondativa dell'ordinamento e dei poteri pubblici nella loro interezza.

In questa prospettiva, non ci sono ragioni per assegnare la sussistenza e garanzia dei diritti fondamentali alla sovranità dello Stato ed agli atti di potere che ne discendono; è piuttosto vero il contrario: la sovranità popolare esclude l'attribuzione della sovranità allo Stato che, semmai, sarà legittimato all'esercizio di quei soli poteri (come il sistema degli artt. 41 e 43 Cost. conferma) che

⁷⁰ Per la discussione di questi temi, gli argomenti rilevanti ed i riferimenti dottrinali, almeno R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁷¹ Quanto all'insieme dei problemi che si pongono nella relazione tra bilanciamento ed interpretazione, si rinvia alla ricostruzione ed alle indicazioni di letteratura in F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, 597 (particolarmente da 620).

siano strettamente funzionali ad assicurare soddisfazione alle pretese che ne sono espressione.

Un'ultima osservazione su questo punto appare necessaria. Non si intende entrare, in questa sede, nel merito del perimetro del concetto e del regime del pubblico servizio – tema al quale mi sono già dedicato in passato – sicché il regime che si trae dalle disposizioni in questione è ricostruito al solo fine principale del ragionamento che si conduce in queste pagine.

Del resto, il sistema che s'è tratto da quegli enunciati è confermato da altre disposizioni costituzionali rilevanti per questi problemi; indici consistenti si leggono agli artt. 33 co. II e III, 38 co. IV e V, 42 co. II e III, 47 co. I.

Coerente con questo quadro è anche il profilo organizzativo che ne consegue. Ne sono manifestazione, l'art. 97 Cost. in via generale; le disposizioni di cui agli artt. 118 co. IV e I, quanto al principio di sussidiarietà; il già rammentato art. 117, co. I, lett. m); l'art. 119, co. V, quanto alla destinazione di risorse ulteriori a fini di coesione e solidarietà sociale, rimozione degli squilibri economici e sociali, sostegno all'effettivo esercizio dei diritti della persona; l'art. 120, co. II, in materia di poteri sostitutivi a tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Non è questa la sede per affrontare questo profilo e, tuttavia, che anche l'organizzazione amministrativa sia disegnata nella prospettiva del godimento dei diritti fondamentali è ben possibile sostenere⁷² (così come questo criterio influenza significativamente le relazioni organizzative⁷³).

3. Prima conclusione: i diritti fondamentali si pongono ordinariamente in relazione giuridica con il potere

Le pratiche giurisprudenziali che i saggi di questa Sezione mettono in luce, mostrano l'esistenza di una giurisprudenza amministrativa relativa a prete-

⁷² Per ulteriori considerazioni sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, LXV (2019), (1/2019), 43.

⁷³ Su questi profili, almeno, S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *PA Persona e Amministrazione*, VIII, 2020, 21 (così come la successiva elaborazione in ID., *Il dovere d'ufficio nella teoria giuridica della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2023).

se espressione di diritti fondamentali. Le considerazioni che precedono hanno la funzione di costruire un sistema dogmatico (non l'unico possibile né forse il migliore) che spieghi per quali ragioni il giudice amministrativo può (e spesso è) chiamato a decidere controversie nelle quali la situazione soggettiva sofferente o incerta che viene agita in giudizio è una pretesa espressione di un diritto fondamentale.

Questa prima conclusione, pur contrastante apertamente con il sistema dottrinale tradizionale ed ancora oggi convincente per larghissima parte della letteratura giuridica, può – si ritiene – essere condivisa da una parte non piccola degli interpreti; per quanto sovversiva rispetto alle idee più consolidate e diffuse, magari con specificazioni o diversa terminologia, (giacché spiega una porzione non piccola delle pratiche amministrative e giurisprudenziali), può – si confida – trovare accoglimento almeno da parte della dottrina.

È venuto ora il momento di sviluppare la seconda parte del ragionamento, che ben difficilmente potrà esser condiviso se non da pochi – per quanto si tratti di un discorso di diritto positivo, che si regge sul dato puramente letterale delle disposizioni costituzionali, sicché si spera possa essere progressivamente esser preso in considerazione.

Si tratta, cioè, di spiegare per quali ragioni il giudice amministrativo si occupa esclusivamente di controversie relative a pretese che attengono a diritti fondamentali – pretese che potranno essere nominate nel modo che più piaccia all'interprete, foss'anche interessi legittimi fondamentali (definizione che a me pare poco convincente⁷⁴), perché il problema resta quello della natura delle pretese agite e non dell'etichetta ideologica che vi si apponga.

SEZIONE IV

QUANTO ALLA STRUTTURA DEL POTERE SECONDO IL DIRITTO (COSTITUZIONALE) POSITIVO

⁷⁴ Tuttavia, è chiara l'evocazione della dogmatica di lingua spagnola, sulla quale, per tutti, L. MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

1. Ragioni per le quali la teoria del potere si fonda su feticci e miti. Necessità di leggere il potere pubblico alla luce delle disposizioni costituzionali ed europee e non in base a configurazioni ideologiche che vengono dalla tradizione

1.1. La pretesa agita in giudizio avanti il giudice amministrativo (per quel che interessa, la pretesa espressione di un diritto fondamentale) si colloca, necessariamente – sulla base delle disposizioni costituzionali e della più che nota giurisprudenza del giudice delle leggi –, all'interno di una fattispecie nella quale c'è espressione di potere pubblico (discrezionale – poco importa, in questa sede, se una qualificazione diversa, quale sarebbe il potere vincolato, davvero esista⁷⁵). Occorre, quindi, farsi carico anche della discussione relativa alla struttura e contenuto del potere amministrativo.

1.2. Non intendo affaticare il ragionamento con una trattazione estesa, essendomi già molte volte occupato di questi profili. Ciò che intendo porre in evidenza è che nelle nostre teorie il potere pubblico, anche in quelle recenti, si ritiene – in modo rassicurante – che esso sia applicazione del precetto legislativo.

Tuttavia, questo solo fondamento – ineccepibile relativamente a quanto disposto dall'art. 97 Cost. – non regge la spiegazione del fenomeno del potere pubblico; per almeno tre ragioni.

Anzitutto – salvo che per l'ipotesi del potere interamente vincolato, ammesso ch'esso esista – la legge è solo fondamento del potere ma lo disciplina solo parzialmente⁷⁶, sicché il giudizio che produce la decisione è solo parzialmente disciplinato dalla legge e regolato dal diritto; in secondo luogo, questa spiegazione è – al più – applicabile all'ordinarietà del fenomeno del potere, mentre si crede di avere messo in più occasioni in evidenza come con una plu-

⁷⁵ Sul punto, per tutti, F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi*, n. 7/2017, con argomenti notevoli e condivisibili in ragione dei quali credo si possa affermare l'inesistenza di atti propriamente vincolati.

⁷⁶ La questione del solo parziale fondamento nella legge e della conseguente natura puramente autoritaria della decisione in quanto non assunta in ragione di regole legislative prefissate, con maggiore articolazione e complessità, sia consentito rinviare ancora a L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

ralità di strumenti (norme derogatorie⁷⁷, leggi-provvedimento⁷⁸, uso dell'emergenza, della sicurezza e del rischio⁷⁹, norme integrative o interne o poteri impliciti⁸⁰) la reale fisiologia del sistema alteri in modo imponente il rassicurante quadro richiesto dall'art. 97 Cost., pur non producendo alcunché di incostituzionale secondo l'impostazione classica; infine, la legge dello Stato è sempre imputabile allo stesso soggetto cui spetta il potere amministrativo – all'apparato dei poteri pubblici in generale⁸¹ – il che, insieme al problema della discrezionalità, innesca senza dubbio il problema della sovranità. Da questo punto di vista basterà fare riferimento alle vicende delle recenti emergenze, con l'evidente riaffermazione dell'antica idea per la quale *salus rei publicae suprema lex esto*, facendo coincidere – a mio avviso erroneamente⁸² – la repubblica con l'autorità costituita invece di riconoscere il rilievo della sovranità popolare e la strumentalità di tutti i poteri costituiti al godimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali.

La questione di fondo resta quella per la quale il potere dell'amministrazione pubblica è oggetto di una disciplina da parte del diritto che progressivamente lo regola ma non elimina il fatto ch'esso promana dalla sovranità, dal serbatoio di comando che ad essa si accompagna e che non consente di configurare – nella sua unità – la separazione dei poteri (e specialmente quella tra le-

77 Per indicazioni relative ai problemi, alla letteratura rilevante e circa il pensiero di chi scrive, sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit. e ID., *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, XI (2/2022), 227.

78 Per una ricognizione delle idee dottrinali, dell'evoluzione della legislazione e della giurisprudenza rilevante, anche per rinviare all'opinione di chi scrive, L. R. PERFETTI, *Massnahmevorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, in *The Lawyer Quarterly*, X (n. 1/2020), 23. In ogni caso è necessaria S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007, particolarmente da 144.

79 Per tutti, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006.

80 Per tutti, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 703; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, nonché alcuni profili in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico – istituzionale* II ed., Torino, Giappicchelli, 2009.

81 Che qui si intende secondo la ricostruzione di G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini*, XI/XII (1982/1983), 1001, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, 15.

82 L. R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, vol. VII (2020), 51.

gislativo ed esecutivo) come una garanzia sufficiente. Dall'infinita riserva di comando della sovranità si potranno trarre leggi (tanto più considerando che da decenni esse sono, nella sostanza, un prodotto del vertice dell'esecutivo semplicemente ratificato dalle assemblee elettive) o atti amministrativi a seconda delle necessità e degli obiettivi dell'autorità, riuscendo davvero difficile ritenere che il solo affidarsi alla separazione dei poteri⁸³ consenta di esorcizzare la sovranità statale e la pienezza del comando.

A questo problema fa da specchio il tema dell'interesse pubblico, mai definito giuridicamente, consegnato al prudente apprezzamento dell'autorità, con valutazione sostanzialmente insindacabile, elemento in confronto del quale le pretese soggettive delle persone cedono in un bilanciamento al quale manca da sempre il parametro per operare una simile equilibratura, in definitiva, quindi, ulteriore fonte inesauribile di potere – sia quanto alle fattispecie che pur trovano un fondamento in un precetto legislativo (nella maglia larga della riserva relativa), sia quanto a quei segmenti dell'interesse pubblico promanano, riempiendo un'intelaiatura normativa pressoché inesistente, se non per il puro *nomen* del potere (come avviene per la l'estesa panoplia dei poteri d'urgenza innescati da sicurezza, salute, e via elencando).

1.3. Il problema risiede, appunto, nella natura e spettanza della sovranità.

Da questo punto di vista, non si può non considerare come ormai risulti piuttosto chiaro che il suo fondamento – in quanto attributo dello Stato, come da quasi tutti si ritiene – sia il frutto di feticci⁸⁴.

83 Per necessarie e condivisibili osservazioni (sia pure con la precisazione che l'insieme delle misure indicate non mi pare sufficiente all'opera di restauro, dovendosi agire sui fattori che hanno determinato l'alterazione del modello costituzionale e, quindi, muovere dal chiarimento sulla sovranità e fondando il ripristino sull'azione dei portatori dei diritti fondamentali), M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, *passim*. Più recentemente, S. CASSESE (a cura di), *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023. Per una lettura critica, B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013 (particolarmente il capitolo II).

84 Vari autori dimostrano quest'affermazione come qui non si ha modo di fare. Si rinvia a E. CASSIRER, *The Myth of the State*, cit., *passim*, nonché, in modo specifico, V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti*, cit., da 36 e J. DERRIDA, *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris, Galilée, 1994, trad. it. Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

La sovranità dello Stato s'è retta nei secoli su fondazioni mitiche, non prive di pericolosità⁸⁵; su teorizzazioni contrattualistiche frutto di invenzione⁸⁶; oppure organiciste⁸⁷ – con le loro derivazioni –; o intessute di volontarismo e decisionismo⁸⁸, nei quali la dimensione giuridica manca, nel trabordare del politico; ovvero, all'opposto, su piramidi di validità formale la cui base è un puro postulato logico in-fondato⁸⁹.

85 In questo senso, per tutti, E. CASSIRER, *The Myth of the State*, cit., passim.

86 A riprova della natura puramente ipotetica (per le critiche alla natura solo ipotetica di questa teoria, notoramente, R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1977, trad. it. Bologna, il Mulino, 1982.) di queste giustificazioni v'è inequivocabile dato storico per il quale, essendo la loro funzione quella di fissare assetti sociali, economici e politici accettabili, il contrattualismo ha fornito ragioni, di tempo in tempo, per criticare ovvero difendere pressoché qualunque ordinamento e regime politico. E' più che ovvio che un simile accordo non solo non esista, il che è certamente vero sul piano storico, ma che la stessa natura ipotetica rende ragione della sua completa inidoneità a fondare le ragioni di una qualsivoglia struttura di comando. Le riflessioni critiche su questo tema sono così varie e consistenti che il solo fornire le indicazioni minimali eccederebbe lo spazio ragionevole in questa trattazione. Basterà indicare, per una riedizione critica di quest'idea, la più che nota opera di J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, Belknap Press, 1971, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1993 – anche a questa teoria sono state mosse ampie critiche sia dal versante dell'anarchismo libertario, refrattario all'idea che esista una ragione naturale di dipendenza tra gli esseri umani che li costringa a cooperare (ovvio il rinvio a R. NOZIK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, trad. it. Milano, Saggiatore, 2008), sia dalla filosofica politica che ha messo in luce il fatto che il contrattualismo si regge su di una ragion pratica del tutto assente (per le ragioni di quest'esigenza, S. VECA, *La società giusta*, Milano, Feltrinelli, 1982) in un contesto nel quale è oggettivamente dimostrabile che gli Stati sono radicalmente condizionati dall'interesse delle concentrazioni di capitale alla crescita economica, indipendentemente dai risultati sui diritti e l'uguaglianza (cfr., almeno, J. DUNN, (a cura di), *The economic limits to modern politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; ma già prima, con impostazione hegeliana, M. SANDEL, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982). Sulla questione anche J. W. GOUGH, *The Social Contract: A Critical Study of Its Development*, Oxford, Clarendon, 1957.

87 Anche le teorie organiciste si fondano su assunzioni del tutto ipotetiche ed indimostrabili, sicché lo Stato sarebbe, nella sostanza, un organismo vivente costituito dall'insieme degli individui ma anteriore ad essi, pertanto tale da giustificare la soggezione e la sottrazione integrale di ogni capacità di diritto pubblico (se non derivante da un autolimito dello Stato stesso, attraverso la legge). Per i necessari riferimenti, sia alla radice hegeliana, sia alla giupubblicistica specifica, sia consentito per brevità rinviare alle indicazioni in L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., anche per i profili attinenti l'istituzionalismo (sui quali, nella prospettiva del testo, maggiori considerazioni in ID., *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli ESI, 2011, 653.

88 Basterà il rinvio a C. SCHMITT, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, 2004.

89 Nel rispetto dell'essenzialità ci si limita al rinvio a H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920 – sul quale almeno A. CARRINO (a

Allo stesso modo, l'attribuzione della sovranità all'ordinamento legale⁹⁰ anziché al soggetto statale risulta una mera affermazione teorica, priva di contenuto dogmatico, assente nelle norme. Si tratta di esorcismi, per separare la capacità illimitata di comando dal soggetto in grado di condurla alla completa prostrazione dei diritti e della dignità della persona. Tuttavia, essa non solo è priva di fondamento nelle norme vigenti ma, soprattutto, essendo l'ordinamento positivo parte determinante dell'ordine giuridico ed essendo il primo prodotto da comandi dettati – con atti amministrativi puntuali, regolamentari o generali, con atti del Governo aventi forza di legge, o con leggi delle assemblee parlamentari – dallo Stato (o dalle Regioni), non si vede come quest'esercizio riesca davvero a conseguire il suo scopo e sottrarre alla potestà del soggetto pubblico ciò che si vorrebbe consegnare alla pura oggettività di un prodotto normativo ordinante etereo e senza autore. Non si fatica a condividere l'idea che l'ordinamento sia altro e di più dall'insieme dei comandi normativi dettati dallo Stato; ma, al tempo stesso, non si vede come questi secondi non possano esserne parte determinante ed in grado sicuramente di produrre l'effetto di prostrazione dei diritti e della dignità delle persone – come l'uso recente dell'emergenza dimostra chiaramente.

2. Sul potere pubblico nella sua relazione con i diritti fondamentali (e rinvio sul tema della nozione giuridica di pubblico interesse)

2.1. Dal punto di vista metodologico, l'errore fondamentale (a mio modo di vedere) risiede nel ricercare una giustificazione della sovranità e del potere attraverso astrazioni (che dovrebbero rappresentarne la sostanza), invece di affrontare il problema dal punto di vista della *funzione*.

La distinzione tra sostanza e funzione è fondamentale nel dibattito teorico dell'ultimo secolo e quasi interamente trascurata dalla scienza giuridica. In-

cura di), *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, ESI, 1990 – e, più ancora, ID., *Vom Geltungsgrund des Rechts*, in *Volkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, Vienna, Springer Verlag, 1960, 157, poi in H. Klecatsky, R. Marcie, H. Schambeck (a cura di), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Vienna, Europa Verlag, 1968, II, 1417.

⁹⁰ In questo senso, autorevolmente, L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit.

nescata dalle trasformazioni della fisica, della matematica e della psicologia della prima metà del Novecento, la discussione ha il suo snodo centrale nella distinzione tra concetti-di-cose e concetti-di-relazione⁹¹. Essendo stato ampiamente dimostrato che la definizione della sostanza di un concetto attraverso l'astrazione contiene necessariamente processi di integrazione impliciti⁹² e sottratti alla critica del giudizio⁹³, la costruzione del concetto deve essere necessariamente relazionale e fondarsi su rapporti di varianza o invarianza⁹⁴ funzionali.

Senza indulgere eccessivamente in questo preliminare chiarimento metodologico, basterà osservare che i concetti in sé di potere pubblico e di sovranità restano largamente controversi e la loro definizione insufficiente risiede – a mio modo di vedere – anche nell'essere ricercati come concetti-di-cose, non come concetti-di-relazione. Poiché, invece, di tratta di concetti decisivi nella definizione della relazione tra società e Stato ed in quella tra libertà e potere (o autorità), è solo con un approccio centrato sul concetto di funzione (e non di sostanza) che si potrà giungere a qualche risultato utile.

Il secondo aspetto metodologico, già più volte ribadito in passato, è che le teorie dogmatiche che si proporranno sono strettamente fondate sulla lettera

91 E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionbegriff*, Bruno Cassirer Verlag, Berlin, 1910, qui tenuto presente nella tradizione italiana La Nuova Italia, Firenze, 1973, nel quale si sostituisce compiutamente la centralità della concezione dell'essenza e dell'articolazione dell'essere, con la conseguente centralità della conoscenza del concetto, facendo precedere questo concetto dalla teoria del giudizio e, quindi, dalla critica della logica formale, sostituendovi la teoria della funzione, sicché il processo di identificazione (di un concetto) deriva sempre da una determinata forma di costruzione di serie, di conseguenti relazioni di necessità e, conseguentemente, di funzioni categoriali, sicché «non l'universalità di una rappresentazione bensì l'universale validità di un principio di ordinamento in serie determina l'elemento caratteristico del concetto» (31).

92 E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionbegriff*, cit, da 13.

93 E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionbegriff*, cit, da 11. E', peraltro, chiaro già da Russell (B. RUSSELL, *The Principles of Mathematics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1903, trad. it. Longanesi, Milano, 1980) che la costruzione delle classi contiene un giudizio quanto alla loro formazione, giudizio che, tuttavia, rimane implicito.

94 E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionbegriff*, cit, da 26. Peraltro, sempre dal punto di vista metodologico, è significativo richiamare l'idea per la quale «che sussista una dipendenza matematica tra fenomeni, non è semplicemente un dato di fatto, che ci si imporrebbe dall'esterno: è il presupposto grazie al quale perveniamo alla spiegazione dei fenomeni. (...) I fenomeni non si sottometterebbero mai da sé a un ordine concettuale e in particolare a un ordine matematico, se esso non fosse imposto loro dall'inizio, come condizione dall'indagine scientifica, che di essi ci dà conto. Entrambi concordano sulla decisiva concezione di fondo, secondo la quale il nostro sapere non si rivolge alle cose assolute bensì si risolve in un insieme di relazioni», *ivi* (enfasi nell'originale).

e la sistematica delle disposizioni costituzionali e non intermediano alcun elemento ideologico o teorico; questa precisazione non deve essere letta come semplice argomentazione persuasiva (giacché, ordinariamente, appaiono più accettabili le interpretazioni che denunciano di essere basate sul puro dato letterale delle norme), ma anche come affermazione polemica (per ragione del fatto che considero le altre spiegazioni della sovranità – anche quelle che nella sostanza la negano – frutto di approcci sostanzialmente ideologici). Naturalmente non intendo prospettare la costruzione dogmatica come conseguente la pura oggettività⁹⁵ né, tantomeno, ritengo che l'interpretazione delle disposizioni sia solo esercizio oggettivo e, tuttavia, v'è differenza tra interpretazione (e decisione e giudizio circa l'interpretazione⁹⁶) ed interposizione di premesse ideologiche.

2.2. Si deve guardare, quindi, alla possibilità di definire la natura e struttura della sovranità – e del potere delle istituzioni pubbliche, dei poteri dello Stato – nella sua relazione con i diritti fondamentali e negli elementi di invarianza di questa relazione. Si tratta di un sistema dogmatico che non può essere ricercato che nelle disposizioni costituzionali ed in quelle dell'Unione.

2.2.1. La relazione tra diritti fondamentali e sovranità deve (a mio avviso) esser ricercata nella relazione tra l'art. 2 e l'art. 1 Costituzione.

Attraverso quest'indagine si avrà agio di mostrare che la ricerca della garanzia dei diritti fondamentali attraverso il potere dell'autorità (o, se si vuole, la sovranità come attributo dell'autorità) non è solo un grave errore politico ma

⁹⁵ Assumo a riferimento delle questioni relative all'oggettività ed alle sue condizioni, R. NOZICK, *Invariances*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2001 (trad. it, Roma, Fazi, 2003). Nel diritto pubblico l'oggettivismo è particolarmente presente nell'impostazione della scuola benvenutiana, soprattutto in relazione alle esigenze di libertà che fronteggiano il potere (per una discussione più ampia, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, da 99) e ne è esempio chiarissimo la monografia di M. BELLAVISTA, *L'oggettività giuridica nell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001.

⁹⁶ Per una preziosa discussione del tema ed i necessari riferimenti, per tutti F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit. – e più recentemente, ID., *Discrezionalità e interpretazione*, cit..

corrisponde chiaramente ad una lettura ideologica – e, pertanto, errata – delle disposizioni costituzionali.

L'elemento che chiarisce l'invarianza è espresso ed indiscutibile: i diritti fondamentali pertengono la persona (essi sono *«dell'uomo»*), *«sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»* e la sovranità appartiene al *«popolo»*, vale a dire all'insieme delle persone. L'elemento di collegamento è evidente, la relazione si colloca sul versante dell'invarianza: la sovranità si trattiene permanentemente nell'insieme dei portatori dei diritti fondamentali. Si pone, quindi, il problema di come questa relazione – collegata in modo invariante dal profilo soggettivo – si articoli. Importa descrivere due aspetti della relazione.

2.2.1.1. Anzitutto, occorre chiarire per quale ragione i diritti fondamentali si trattengano permanentemente nell'ambito della sovranità. Il dato è sufficientemente chiaro nel testo dell'art. 2 Costituzione. Il riconoscimento dei diritti inviolabili avviene con l'atto costituyente, vale a dire con quella decisione fondamentale attraverso la quale l'ordinamento è posto e giustificato. Ne deriva necessariamente che i diritti inviolabili, in quanto *«riconosciuti»* dall'atto costituyente, esercizio indubbio della sovranità – se si vuole, della decisione fondativa dell'ordine⁹⁷ –, esistono indipendentemente dall'esistenza dell'ordinamento positivo. Essi esistono senza che l'ordinamento positivo esista, esistono nel momento in cui l'ordine viene ad esistenza. Quindi, non possono che esistere nella sovranità, che è l'energia giuridica che pone in essere l'ordinamento positivo e lo giustifica. Ed esistere in quanto diritti, non valori, esigenze etiche o scelte politiche; si tratta di pretese che esistono nella realtà materiale, nella concretezza della vita delle persone – e non hanno nulla a che fare con diritti naturali o increati.

Inoltre, i diritti fondamentali esistono come diritti: non si tratta di valori, di fondamenti ideologici, storici o politici: la Costituzione è chiara nell'identifi-

⁹⁷ Penso a W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1920), in R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser (a cura di), *Walter Benjamin Gesammelte Schriften*, vol. II.1, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999, 179.

carli come «*diritti*» e «*doveri*». E poiché v'è un ordine di diritti e doveri esistente come diritto, indipendentemente dall'ordinamento positivo, essi costituiscono un ordine giuridico⁹⁸, l'ordine giudico della società, che permane nella sovranità anche una volta posto in essere l'ordinamento; in essa permangono perché i diritti fondamentali esistono come diritti anche in assenza dell'ordinamento positivo e non cessano di esistere nella sovranità perché l'ordinamento positivo è stato posto in essere.

Facendo riferimento all'esistenza di un ordine giuridico dei diritti inviolabili e di doveri inderogabili che sussiste indipendentemente dall'ordinamento positivo non si intende affatto fare riferimento ad una qualche forma di giusnaturalismo o di loro fondazione extragiuridica (non importa se ideologica, storica o mistica); la spiegazione è semplice: essi sono «*riconosciuti*» come «*diritti*» e «*doveri*», vale a dire come posizioni propriamente giuridiche ed, inoltre, si fondano e permangono nella sovranità (che è essa stessa energia giuridica); non si tratta di entità estranee al diritto, semmai indipendenti dal diritto positivo ed in grado di porlo in essere e fondarlo; non si tratta di diritti naturali postulati in orizzonte positivistico astratto, che si accompagnano ad una radicale distinzione tra sovranità e dimensione privata⁹⁹. Piuttosto, si tratta della concreta fondazione della Repubblica per come stabilita dalle norme, della forma di Stato che riviene dal disegno costituzionale, del radicamento dei diritti nella dimensione normativa della persona, che permane e permane nella sovranità.

La persona¹⁰⁰, nella sua individualità e nelle sue relazioni (come dispone l'art. 2 Cost.), è il luogo reale, concreto, materiale (e, come tale, non ideologico e non autoritario) nel quale si fondano il diritto (per ciò fondamentale) e la so-

98 Per maggiori considerazioni sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, 1153.

99 Nuovamente, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, cit., passim, soprattutto da 60.

100 Ovvio pensare a D. DE ROUGEMONT, *Politique de la Personne. Problèmes, doctrines et tactique de la révolution personaliste*, Paris, Je Sers, 1934 e E. MOUNIER, *Le personnalisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950 (trad. it. Milano, Garzanti, 1952).

In ogni caso, è necessario il rinvio all'importante studio di P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, vol. I, 2017, 63.

vrantà – e così, il suo esercizio, la sua permanenza nella persona e nell'ordine delle sue relazioni. L'ordine giuridico di diritti inviolabili e di doveri inderogabili assolve, esattamente, al compito di realizzare una fondazione dell'ordine costituito, delle istituzioni. Tuttavia, esso permane e costituisce la vera garanzia dei diritti fondamentali, giacché radica la libertà anche come capacità di critica e di opposizione alle decisioni del potere per come costituito in autorità e con esse alla (schmittiana) “dittatura della maggioranza” o anche solo decisione (legislativa) della maggioranza. Infatti, i diritti fondamentali ed i doveri inderogabili – costituiti in ordine giuridico della persona e delle sue relazioni – identificano (insieme all'eguaglianza sostanziale dell'art. 3) il progetto di società aperta, libera e pluralista che si legge negli stessi Trattati dell'Unione e che fonda le istituzioni pubbliche e le rende funzionali al perseguimento dell'obiettivo della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali attraverso l'eguaglianza – ed, al contempo, fonda e radica la capacità di resistere al potenziale attacco che venga dal potere e dalle decisioni della maggioranza del momento. Inviolabili e inderogabili sono le dimensioni normative essenziali della persona e della sua dignità, sicché in essa diritti e doveri trovano il luogo di coordinamento e contemperamento – anzi, meglio, di raccordo ⁽¹⁰¹⁾. Il raccordo tra diritti inviola-

101 Intendo riferirmi a A. MORO, *Intervento del 13 marzo 1947 all'Assemblea costituente*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, Camera dei deputati – Segretariato generale, 1970, Vol. I, pag. 368 ove egli afferma che «sta di fatto che la persona umana, la famiglia, le altre libere formazioni sociali, quando si siano svolte sia pure con il concorso della società, hanno una loro consistenza e non c'è politica di Stato veramente libero e democratico che possa prescindere da questo problema fondamentale e delicatissimo di stabilire, fra le personalità e le formazioni sociali, da un lato, lo Stato dall'altro, dei confini, delle zone di rispetto, dei raccordi. Ed io insisto, onorevoli colleghi, su questo punto: quello dei raccordi da stabilire, perché, quando noi parliamo di autonomia della persona umana, evidentemente non pensiamo alla persona isolata nel suo egoismo e chiusa nel suo mondo. Non intendiamo — ritorneremo su questo fra qualche giorno, studiando gli argomenti della famiglia e della scuola — non intendiamo di attribuire ad esse un'autonomia che rappresenti uno splendido isolamento. Vogliamo dei collegamenti, vogliamo che queste realtà convergano, pur nel reciproco rispetto, nella necessaria solidarietà sociale». Moro riprenderà i contenuti di quella pietra fondativa della nostra civiltà giuridica osservando che «senza che diventi sociale, la democrazia non può essere neppure umana, finalizzata all'uomo cioè con tutte le sue risorse e le sue esigenze. Se essa resta strettamente politica, angustamente politica, questo raccordo con l'uomo, ch'è per il cristiano ragione essenziale di accettazione, diventa estremamente difficile ed, ove pure risultasse stabilito, si rivelerebbe effimero e poco costruttivo» (A. MORO, *Democrazia integrale*, in *Studium*, 1947, n.4 (il testo è riprodotto in A. MORO, *Al di là della politica e altri scritti. Studium 1943-1952*, a cura di G. CAMPANINI, Roma, Studium, 1982, 126).

bili e doveri inderogabili è un fatto concreto e reale, non una decisione dell'autorità (legislativa o giudiziaria). In questo si può agevolmente leggere il contenuto della «*forma repubblicana*» di cui all'art. 139 – profilo sul quale si tornerà.

Nella sostanza, la definizione dei diritti fondamentali avviene nella sua relazione (invariante) con la sovranità, perché in essa si trattengono permanentemente.

2.2.1.2. Il discorso si completa con l'appartenenza al popolo della «*sovranità*». Si tratta di un'attribuzione specifica, tecnica, che non si limita ad un'evo-cazione ideologica.

Le tradizioni continentali dello Stato contemporaneo sono per lo più riferite – organicamente – alla società¹⁰². Che si tratti dell'istituzionismo o dell'organicismo, che si faccia riferimento alle tradizioni contrattualistiche o anche quella che sembra un'idea radicalmente alternativa della sovranità – basata sul fatto e l'esercizio della forza rivoluzionaria – come quella che la fa coincidere con la potestà di disporre la sospensione dell'ordinamento, presentano sempre una fondazione della sovranità nella volontà popolare o nell'organizzazione della società. Esse, però, presentano (in simmetria con quanto accade circa la concezione dei diritti, la cui garanzia viene riservata alla sovranità statale) un tratto comune indefettibile: che la sovranità promani organicisticamente dalla società o si eserciti in un momento inventato (come l'adesione al contratto sociale) o reale (come la forza rivoluzionaria¹⁰³), essa serve solo a legittimare in via definitiva quella dello Stato. E' lo Stato, l'autorità ad essere attributaria della so-

102 Non essendo questa la sede adatta per la discussione più estesa di queste idee, ci si permette di rinviare a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.; ID., *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli (ESI), 2011, 653; ID., *Il governo dell'arbitrio*, cit.

103 Intendo riferirmi a W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1920), cit., e ID., *Über den Begriff der Geschichte*, in *Neue Rundschau*, Vol 61, S. Fischer, Frankfurt 1950, cit., p. 560 (trad. it. Milano, Nemesi, 2012; sul quale, tra gli altri, D. GENTILI, *Il tempo della storia. Le tesi "sul concetto di storia" di Walter Benjamin*, Napoli, Guida, 2002 e M. LÖWY, *Fire Alarm. Reading Walter Benjamin's 'On the Concept of History'*, London, Verso, 2004 (trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2004).

vrantà. Il riferimento alla società o alla somma degli individui che la compongono opera solo in un mistico momento legittimante, costituisce solo un artificio, un dispositivo necessario a superare il gigantesco vuoto nella catena della legittimità determinato dal superamento della concezione sovrana dello Stato moderno e dell'autorità medievale, nella quale la sovranità era attribuito della persona del sovrano¹⁰⁴. In ogni caso, si tratta di un'inesauribile forza di comando rispetto alla quale il diritto opera per sottrazione, disciplinando le fonti del diritto, le procedure, gli organi, le tutele giurisdizionali, i caratteri degli atti di potere che si impongono ai privati. Ed essa pertiene all'autorità.

Il riconoscimento della sovranità al popolo rovescia drammaticamente questo schema.

Ecco perché l'enfasi è caduta immediatamente sulla circostanza che la sovranità si esercita nelle «forme» e «limiti» previsti dalla Costituzione («nelle forme e nei limiti della Costituzione»). La lettura dominante – ancor oggi – ripristina la dinamica della sovranità sulla quale s'è edificato lo Stato contemporaneo: la sovranità appartiene al popolo e, tuttavia, esercitata con l'atto costituyente (in sostanza, con il referendum costituzionale¹⁰⁵) essa torna serenamente ad essere attribuito dello Stato (e delle altre articolazioni dell'autorità). Nei primi decenni di attuazione costituzionale e fino alla fine del Novecento, peraltro, questa soluzione non è sembrata contraddittoria rispetto al disegno costituzionale (per quanto, invece, ne fosse una plateale smentita), per una ragione storica evidente: la vivace dinamica del pluralismo sociale (partiti, sindacati, autonomie sociali e locali) era così significativa da poter far pensare che fosse tollerabile la riedizione dell'opposizione weberiana¹⁰⁶ tra società e Stato, giacché, comunque,

104 Sulla questione, per tutti, E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957.

105 Sul referendum costituzionale del 1946 ed il suo valore costituente, almeno, A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1997, 7 e più largamente, ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*^{II ED}, Padova, Cedam, 2002.

106 Ovvio il riferimento a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922, trad. it., Milano, 1961. E' opportuno rinviare alla lettura di F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, cedam, 1969, da 170, per indicazioni nettamente

l'imponente partecipazione popolare ed il consistente esercizio delle autonomie, unite alla costante pressione per l'attuazione del disegno costituzionale e la garanzia dei diritti fondamentali, facevano intendere che fosse la società ad impossessarsi delle strutture dello Stato e non a venirne schiacciata dovendo ricercare spazi di autonomia dal suo potere. La democrazia diviene il motore del mutamento: lo Stato resti pur sovrano come lo si è sempre pensato, purché sia democratico ed il suo potere sia esercitato da organi democraticamente eletti e responsabili.

In altri termini, non s'è avvertita la drammatica smentita del disegno costituzionale perché la reale dinamica sociale e politica faceva intendere che non fosse necessario reclamare la sovranità che la Costituzione assegnava al popolo, ben potendo trattenersi nello Stato come sempre, purché esso fosse democratico e, quindi, il popolo esercitasse la sovranità attraverso la rappresentanza politica¹⁰⁷.

Ciò non toglie affatto che la costruzione per la quale la sovranità appartiene al popolo nel senso che ad esso spetta il potere di eleggere le assemblee rappresentative e di partecipare alle funzioni pubbliche nelle diverse forme previste dalle leggi (ecco, quindi, le «*forme*» e «*limiti*» previsti dalla Costituzione) sia chiaramente incompatibile con il testo della Costituzione; si trattava di un errore reso possibile dalla concreta dinamica della partecipazione e della rappresentanza. Non serve alcuna argomentazione per convincere il lettore del fatto che – da decenni – queste condizioni storiche siano del tutto venute meno e che, quindi, quest'errore interpretativo non sia più giustificabile in alcun modo – ciò, beninteso, ammesso che lo sia stato in passato, giacché il suo effetto era quello di consegnare il contenuto dei diritti alle maggioranze politiche delle assemblee legislative (con evidente compressione delle minoranze) e solo la con-

contrarie alla tradizionale alterità tra amministrazione e società e la sottolineatura del rilievo della democrazia in questo senso.

107 Sulla rappresentanza come concetto costitutivo dell'idea – soprattutto hobbesiana – di sovranità, per tutti, H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.

creta dinamica storica e politica italiana ha consentito, attraverso il consociativismo ed il sistema elettorale proporzionale, di assicurare in concreto un funzionamento più che accettabile delle istituzioni.

Ciò, tuttavia, ha impedito di comprendere la reale struttura costituzionale della sovranità e, soprattutto, dei diritti fondamentali. Rispetto ad essi – ed ecco ancora l'utilità di un approccio funzionale, concernente le relazioni e le loro invarianze – infatti, ha continuato ad essere ritenuta convincente l'idea che avessero tutela nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, che fossero pretese nei confronti del legislatore, che si atteggiassero come interessi legittimi se rivolti a conseguire prestazioni e via dicendo. Tutto ciò è accaduto perché si è dimenticato il loro radicamento permanente nella sovranità e la “appartenenza” di quest'ultima al popolo e non all'autorità.

Il testo costituzionale, invece, è inequivoco: il riferimento è precisamente alla «sovranità» come concetto giuridico e politico. L'attribuzione è estremamente precisa. Il sovrano costituzionale è il «popolo» e non lo Stato. L'attribuzione avviene nel presente ed è duratura: la sovranità «appartiene» al popolo. Essa, quindi, «appartiene» – all'indicativo.

Non si tratta della legittimazione delle istituzioni costituite, una volta per tutte; è la permanenza nel costituente, nei diritti fondamentali della persona, come individuo e nelle sue relazioni sociali. È, quindi, permanente come i diritti fondamentali permangono nella sovranità.

2.2.2. Senza poter approfondire questo profilo funzionale in questa sede, è del tutto evidente il rilievo di quanto fin qui osservato con la revisione costituzionale. Nell'art. 139 Cost. si legge un profilo di invarianza funzionale decisivo.

La disposizione di cui all'art. 139 Cost. è stata oggetto di discussioni che non hanno condotto a conclusioni consolidate: si oscilla tra un estremo kelseniano, sicché vi si legge una specie di norma fondamentale (affetta però, pro-

prio sul piano dell'efficacia formale¹⁰⁸, dal problema della sua modificabilità), ed un altro che non esclude la sua modificabilità. A mio modo di vedere si tratta di una discussione che non conduce a risultati stabili ed affidabili perché fallisce proprio nel suo tratto essenziale, vale a dire quello del collegamento con la sovranità ed il suo “permanere” al di fuori dello Stato e del potere costituito.

Infatti, non appena si intenda con «*forma repubblicana*» immodificabile esattamente ciò ¹⁰⁹ che risiede nel permanere della sovranità nell'ambito costituente dei diritti fondamentali, ecco che sarà agevolmente spiegata la ragione della sua immodificabilità: non c'è procedura valida per modificare ciò che permane nel costituente, che non è trasferito ad alcun potere costituito, che “permane” perché “appartiene”, perché al presente indicativo resta nella sovranità popolare che si esprime attraverso i diritti fondamentali.

La questione, è tanto più rilevante oggi, giacché – come ognuno sa – la teoria dei contro-limiti¹¹⁰ costituisce l'unico limite invalicabile alle norme dell'Unione.

¹⁰⁸ Pongo il problema dei diversi profili di efficacia dei provvedimenti e per brevità basterà rinviare a F. BENVENUTI, *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, 2, in cui si avverte una netta impostazione kelseniana (ma, per un ragionamento approfondito, debbo rinviare a L. R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017 (LXVII), 99).

¹⁰⁹ Alcuni profili rilevanti di questo ragionamento – e sui quali non ci si può intrattenere in questa sede – sono in L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi, 2017 e ID., *La democrazia attraverso i diritti: Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Bari-Roma, Laterza, 2013; da altro punto di vista, per l'elaborazione di queste tesi ritengo di grande utilità i lavori non recenti ma rilevanti di L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964 e J. SHKLAR, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1964. Sempre nella prospettiva della costruzione di questi argomenti, vorrei si tenessero presenti i lavori di G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè 1996; ID., *Diritto policontestuale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, La Città del Sole, 1999; ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, raccolta di saggi pubblicata Roma, Armando, 2005; ID., *La giustizia autosoverviva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?*, *lectio magistralis* pubblicata Napoli, La Città del Sole, 2008 (su Teubner, L. ZAMPINO, *Gunther Teubner e il costituzionalismo sociale. Diritto, globalizzazione, sistemi*, Torino, Giappicchelli, 2012 e A. jr. GOLIA, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, Utet, 2017, 217).

¹¹⁰ Si tratta di questioni che possono presumersi note; tuttavia, almeno G. P. DOLSO, *I controlimiti “comunitari” tra passato e presente*, in *Nomos*, n. 2/2017, 2 e M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, 89.

2.2.3. Non è rilevante, in questa sede, seguire l'insieme delle dimostrazioni funzionali che il testo costituzionale consente rispetto a quanto s'è detto della relazione tra diritti fondamentali e sovranità. Non è questo lo scopo di questa riflessione e si è convinti di avere fornito argomenti sufficienti a far ritenere seria la proposta interpretativa ribadita in queste pagine.

Quel che è necessario, invece, è porre questi risultati nella loro relazione funzionale con il potere esecutivo e la sua organizzazione.

È agevole osservare come l'intera teoria dell'organizzazione pubblica sia sempre stata costruita sulla sua funzionalizzazione al sovrano; in questi termini è assai semplice considerare che se il sovrano è il popolo, che esprime la sua sovranità non solo attraverso la rappresentanza ma, soprattutto, con il permanere nella sovranità dei diritti fondamentali, l'intera organizzazione pubblica ed il suo potere non possono che essere funzionalizzati alla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali, secondo il precetto dell'eguaglianza sostanziale¹¹¹. È solo la spettanza allo Stato della sovranità che consentirebbe di reggere una sistematica per la quale l'amministrazione persegue fini pubblici (ed in conseguenza ad essi si organizza) per come essi sono fissati dallo Stato (dall'esecutivo, si starebbe per dire, giacché anche la legge è, ormai, sostanzialmente appannaggio governativo). Il quadro non muta se lo si osserva da lato della legittimazione democratica dell'amministrazione. Essa, infatti, sarebbe convincente solo a patto di conservare una visione inattuale dell'amministrazione stessa. Nella sostanza, si avrebbe che l'amministrazione resta articolazione del potere esecutivo e, tuttavia, essendo questo legittimato dal consenso elettorale e guidato dall'indirizzo politico rappresentativo, ne conseguirebbe una legittimazione democratica dell'amministrazione. Tuttavia, una simile soluzione si spiega solo se l'amministrazione viene colta quale «attività realizzativa», che si colloca rispet-

111 Per maggiori considerazioni sia consentito il rinvio a 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 *P.A. – Persona e Amministrazione*, IX (2/2021), 13

to ai compiti dello Stato nella «*porzione terminale del processo di attuazione*»¹¹²; una simile opzione si regge, tuttavia, solo a patto di ritenere che l'amministrazione sia funzionale al conseguimento dei compiti dello Stato per come concretamente definiti nel processo di determinazione dell'indirizzo politico. Del resto, quest'idea è assai presente nelle ricostruzioni dell'ultimo decennio sulla funzionalizzazione dell'amministrazione al perseguimento dell'efficienza o efficacia, in altri termini, dell'amministrazione di risultato: l'organo rappresentativo, forte della legittimazione democratica, indica obiettivi che all'amministrazione spetta solo raggiungere in modo efficace¹¹³. In realtà, questa visione dell'amministrazione pubblica resta del tutto soggetta alla spettanza della sovranità allo Stato ed al suo monopolio quanto alla definizione del pubblico interesse (al cui perseguimento l'amministrazione è funzionale).

V'è, però di più. E ciò risiede nel disegno costituzionale dell'amministrazione pubblica e del suo potere. Infatti, lo statuto costituzionale dell'amministrazione pubblica non può più essere spiegato nella prospettiva dell'articolazione del potere esecutivo e della dipendenza dal potere politico. Essa è, piuttosto, resa funzionale al godimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali (nella loro struttura aperta)¹¹⁴. Non sono più convincenti quelle visioni dell'amministrazione pubblica che ne fanno un'articolazione dei poteri dello Stato, una struttura servente dell'esecutivo, l'organizzazione burocratica destinata ad eseguire gli indirizzi politici del Governo (o, meglio, degli esecutivi nazionali o locali). Questa raffigurazione si spiegava perfettamente a fronte della spettanza della sovranità allo Stato, sicché nella generale capacità che ne derivava, l'amministrazione era parte dell'articolazione della persona

112 U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, 11.

113 Per l'indicazione dei limiti di queste impostazioni, G. PASTORI, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam 2008, 6.

114 Sulla comunanza dei tratti delle costituzioni che si reggono sul presupposto del riconoscimento della sovranità in capo al popolo, sono ancora imprescindibili le considerazioni di G. BERTI, *Perennità della Costituzione*, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, I, 117.

giuridica del sovrano; le raffigurazioni dualistiche¹¹⁵ non hanno consentito a lungo di cogliere la novità costituzionale. Tuttavia, quest'idea si scontra con alcune obiezioni non di piccolo momento. Anzitutto, i compiti dello Stato, nella nostra Costituzione, non sono rinviati alla determinazione del gioco politico, giacché essi sono «*espressi direttamente dalla Costituzione, nella maniera più diretta, esplicita e consapevole attraverso le formulazione riccamente orchestrate degli artt. 2 e 3*» sicché «*riconoscimento, garanzia e perfezionamento dei diritti*»¹¹⁶. Sono i compiti dello Stato.

In secondo luogo, l'amministrazione – come ogni articolazione pubblica che abbia funzione di garanzia – non potrà esser lasciata esposta al solo indirizzo politico, pena il contrasto con l'art. 97 Cost. che ne impone l'imparzialità e, più in generale, la possibile messa a rischio di fondamentali profili dei diritti inviolabili a danno delle minoranze.

Inoltre – e sul tema si tornerà tra brevissimo – nulla nell'impianto costituzionale legittima l'idea che l'amministrazione sia dipendente dal potere esecutivo.

Infine, non sembra difficile convincersi del fatto che, sulla base del diritto europeo come di quello nazionale, la distinzione netta¹¹⁷ (seppure non separazione) tra politica ed amministrazione impedisce di considerare coerente in sé stesso il quadro tradizionale.

È proprio la struttura costituzionale dell'amministrazione a legittimare il discorso che si va facendo. E' stato da tempo, ed autorevolmente, dimostrato che non esiste un modello costituzionale di amministrazione¹¹⁸. Piuttosto, il

115 Per le profonde ragioni storiche della prosecuzione della tradizione dualista in Italia, anche allo scopo di preservare l'amministrazione dall'influenza del regime nella stagione della dittatura, sia consentito rinviare alla letteratura richiamata e discussa in L. R. PERFETTI, *Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione delle norme*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario* 2004, Milano, Giuffrè, 2005, 73.

116 U. ALLEGRETTI, *op. loc. ult. cit.*

117 Per considerazioni condivisibili, P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005.

118 G. BERTI, *La responsabilità pubblica: Costituzione e amministrazione*, Padova, Cedam, 1994; ID., *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, atti del XXXIX Convegno di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè,

concetto di amministrazione pubblica è presupposto, si indicano (art. 97 Cost.) il suo metodo d'azione (imparziale ed efficace), la necessaria disciplina legislativa della sua organizzazione in modo che siano garantiti imparzialità e buon andamento, la professionalità, indipendenza e responsabilità dei suoi funzionari, l'assicurazione della tutela giurisdizionale rispetto alle sue decisioni (artt. 24 e 113 Cost.).

L'amministrazione pubblica, tuttavia, non è identificata come un potere dello Stato: «*la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello Stato e ha, al contrario, inteso l'amministrazione come dovesse vedersi collegata immediatamente con la società*»¹¹⁹; essa non è inserita nella declinazione delle sfere di attribuzione del potere dalla Costituzione, nella disciplina dei coordinamenti o conflitti tra poteri (ciò è previsto solo per il Governo); né si trova alcuna disposizione che ponga l'amministrazione funzionalmente o gerarchicamente in dipendenza del Governo stesso¹²⁰. La «*Costituzione si è di proposito astenuta dal configurare l'amministrazione con un volto preciso che ne consenta tra l'altro l'inserimento tra le funzioni esclusive e autoritarie dello Stato*»¹²¹; l'amministrazione pubblica è stata assunta in Costituzione «*così com'era, come un'entità ricavata*»¹²², o, più semplicemente, come un'attività, disciplinandone i caratteri immancabili, doverosi, e lasciando per il resto ch'essa fosse adatta al suo scopo, alla sua ragione.

Ad essere essenziale, quindi, è la sua funzione e, in ragione della struttura della sovranità popolare, non resta che pensare ad essa «*come una forma della società, non come un'immagine dello Stato*»¹²³, anzi, come una delle «*forme*» costituzionali nelle quali si esprime la sovranità delle persone e dei loro diritti.

L'amministrazione pubblica, quindi, è funzione della sovranità popolare assai più che struttura servente il potere politico, giacché «*la figura dell'amministrazione come braccio del potere legislativo o come parte dell'organizzazione politica dello*

1996, 11.

119 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 16

120 Ancora, G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 16.

121 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 14.

122 G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

123 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 16.

Stato era coerente con quel tipo di separazione della società dallo Stato, il quale impediva alla società di emergere nei confronti del potere politico ufficiale come entità a sé stante, come espressione dinamica del farsi da sé stessa politica»¹²⁴, ancor più come luogo nel quale risiede permanentemente una porzione significativa della sovranità.

Se l'organizzazione pubblica è funzionale al sovrano per l'esercizio delle attribuzioni che spettano alla sovranità, occorre affermare chiaramente che essa è quindi funzionale non allo Stato (o all'autorità in genere) ma al popolo ed all'attuazione dell'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che costituiscono la funzione stessa dell'ordinamento e dell'autorità. L'intero assetto dei poteri è funzionalizzato alla persona – vale a dire all'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che ne connotano la dimensione giuridica.

Si può condividere quanto messo in luce da tempo, cioè che non «*pare che la sovranità, in quanto esercitata dal popolo, possa prescindere da un adeguato complesso di strumenti attraverso i quali manifestarsi*»¹²⁵; il popolo, dunque, «*esprimendo la propria fondamentale realtà giuridica nell'ordinamento statale, obbliga, per così dire, secondo determinati moduli di composizione, la produzione giuridica e la formazione dei centri di potere in cui la produzione stessa si articola: il momento organizzativo diviene perciò preminente rispetto a quello puramente normativo*»¹²⁶. Dal mio punto di vista, la trasformazione è più radicale: la sovranità popolare è il fondamento dell'organizzazione e l'amministrazione pubblica è solo articolazione organizzatoria del popolo sovrano, secondo le modalità e regimi che discendono dalla Costituzione – coerenti con il policentrismo istituzionale che la caratterizza¹²⁷ – che si sono provate altra volta a teorizzare¹²⁸. L'organizzazione pubblica ed il suo potere sono, quindi, funzione servente la sovranità popolare e luogo di articolazione e concretizzazione dei suoi fini. Poiché i fini del sovrano costituzionale – il popolo –

124 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 17.

125 G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., 73.

126 G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., 75.

127 G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 475 (ma, soprattutto, da 478).

128 L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, LXV (2019), n. 98 (1/2019), 43

non possono che essere quelli della massimizzazione del godimento dei diritti individuali (e del necessario corredo di doveri), con garanzia della loro dimensione incompressibile e ponderazione delle dimensioni restanti se ed in quanto in conflitto con altre e nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale, a questi stessi fini sarà diretta l'amministrazione pubblica. Poiché, poi, l'amministrazione pubblica è funzionale a questi fini, la stessa intermediazione della legge (artt. 23 e 97 Cost.) è, per un lato, solo eventuale – giacché il dovere dell'amministrazione¹²⁹ potrà discendere direttamente dal precetto costituzionale – e, per l'altro, laddove l'amministrazione sia sottoposta al suo regime¹³⁰, tutt'altro che libera nei fini ed affatto sottoposta al limite delle risorse – giacché è noto come ormai anche la Corte Costituzionale¹³¹ ammetta che è la destinazione delle risorse ad essere condizionata al godimento dei diritti e non questi ultimi ad essere finanziariamente condizionati¹³².

Sempre nella linea della natura funzionale (di concetti-di-relazione) della ricostruzione delle nozioni, questa definizione dell'amministrazione pubblica e del suo potere si colloca in coerenza sia con le regole sul potere pubblico (sia quelle che si traggono dal sistema degli artt. 1, 2 e 3 Cost.; sia le disposizioni che incidono su libertà e diritti, come s'è accennato più sopra; sia quelle concernenti il sistema delle tutele di cui agli artt. 24, 101, 103 e 113 Cost.) che sulla sua organizzazione (artt. 97 e 118).

129 Per tutti, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e amministrazione*, 2020, 543; se si vuole si potranno esaminare anche L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca*, Napoli, ESI, 2020, 3965; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, ESI, 2016; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 2005.

130 Sulla diversità dei regimi, in relazione anche alla necessità dell'intermediazione legislativa, sia di nuovo consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit.

131 Basterà il riferimento a Corte Costituzionale, 16 dicembre 2016, n. 275, decisione in cui espressamente si afferma che è la garanzia dei diritti incompressibili «a incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione» delle prestazioni.

132 Sul tema, in ogni caso, resta fondamentale G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale* in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 1082 – ora anche in *Scritti Scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 511.

2.3. Se si condivide il quadro dogmatico proposto, non resterà che concludere che la funzione costituzionale dell'amministrazione e la sua conseguente organizzazione non siano se non quelle, funzionali alla dinamica della sovranità popolare, di assicurare la massimizzazione dei diritti fondamentali.

3. Seconda conclusione: il potere e l'organizzazione pubblici sono funzionali solo al godimento dei diritti della persona in modo effettivo ed eguale, sicché il giudice amministrativo è sempre giudice di diritti fondamentali

Se, quindi, i diritti fondamentali debbono essere definiti in relazione alla sovranità popolare ed essa in considerazione dei primi; se il trattenersi permanentemente dei diritti fondamentali nella sovranità appartenente, altrettanto permanentemente, al popolo connota la – immodificabile – forma repubblicana; se, per conseguenza, l'amministrazione pubblica ed il suo potere sono interamente – e permanentemente – funzionalizzati agli scopi del sovrano popolare e, quindi, necessariamente, alla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali e dei relativi doveri; ne conseguirà che l'intera attività dell'amministrazione pubblica, il suo potere e la sua organizzazione sono immancabilmente in relazione con diritti fondamentali. Quindi, il giudice amministrativo è sempre e necessariamente giudice dei diritti fondamentali.

SEZIONE V

PER UNA TEORIA GIURIDICA DEL PUBBLICO INTERESSE

1. Ragioni per le quali è necessaria una teoria propriamente ed espressamente giuridica del pubblico interesse

Come già osservato in apertura, perché la protezione dei diritti fondamentali sia adeguata alla dogmatica sviluppata nella sezione precedente, è necessario elaborare una teoria propriamente giuridica circa la nozione di pubblico interesse, coerente con il quadro fin qui tracciato e fondato su di esso.

Naturalmente, con quest'affermazione non si vuole affatto dire che non esistano teorizzazioni (giuridiche) del concetto in questione. Tuttavia, per un

lato esse appaiono insoddisfacenti in quanto tali; in secondo luogo, esse si reggono sull'idea della quasi inesauribile disponibilità di spazi di valutazione rimessi all'amministrazione, proprio attraverso la determinazione in concreto dell'interesse pubblico nella fattispecie concreta – o, se si vuole, la non meno quasi inesauribile disponibilità di valutazioni discrezionali – come tali, quindi, incompatibili con il quadro dogmatico appena tratteggiato; infine, proprio la determinazione del pubblico interesse consente all'amministrazione – ed assai spesso al giudice, ritraendo immotivatamente la propria giurisdizione o alterando il contenuto delle disposizioni legislative¹³³ – di ricavare spazi di discrezionalità o insindacabilità oltre la fattispecie legale attributiva del potere, proprio attraverso l'interposizione della clausola del pubblico interesse che, quindi, diviene essa stessa fonte di spazi di valutazione discrezionale ben più che strumento per dirigere quest'ultima e, dunque, renderla razionalmente controllabile.

Il problema di fondo, tuttavia, è che la ricerca del concetto di pubblico interesse in sé e per sé ha fin qui condotto vuoi ad una sostanziale assenza di contenuto – sicché è pubblico interesse ciò che l'amministrazione stabilisce che sia – ovvero alla rassicurante, ma impotente, evocazione dell'idea che sia la norma di legge a definire il pubblico interesse nella fattispecie concreta – con il problema ch'essa ordinariamente non definisce affatto la causa funzionale del potere e, secondo teorie non facilmente eludibili¹³⁴, non è neppure opportuno che ciò avvenga se non si voglia rendere inefficace l'azione amministrativa in contrasto con il precetto del buon andamento.

In altri termini, proprio la inconsistenza delle definizioni giuridiche di pubblico interesse dovrebbe rappresentare un problema non solo per chi condivida una dogmatica come quella che s'è fin qui condotta, ma anche il ben più

¹³³ Per una più ampia dimostrazione, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429

¹³⁴ V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, vol. XXII, fas. III, Roma, ora in ID, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, da 267

vasto numero di interpreti che si contenta della sola affermazione del principio di legalità¹³⁵ o dell'evocazione della democraticità¹³⁶.

2. Ragioni di insoddisfazione circa le teorie non deontiche del pubblico interesse e particolarmente critica del volontarismo che domina la dottrina in argomento. Sulla necessità di superare la condizione per la quale il tratto più significativo del potere pubblico – il pubblico interesse – ha un contenuto inconoscibile. Sugli ulteriori difetti delle teorie correnti dell'interesse pubblico in relazione alla molteplicità dei profili di interesse pubblico iscritti nelle fattispecie ed all'assenza di una regola giuridica di loro graduazione

Come accennato, vi sono ragioni per essere insoddisfatti delle definizioni di pubblico interesse di cui si dispone.

2.1. Anzitutto, vi sono impostazioni¹³⁷ secondo le quali il pubblico interesse non sarebbe altro che il frutto di una valutazione (quasi interamente) libera dell'amministrazione giacché essa corrisponde, nella sostanza, ad una decisione politica, legittimata dalla natura democratica del potere esecutivo. Ovvio che si tratta di una prospettiva che – al pari delle altre – assume la spettanza della sovranità al potere pubblico, sicché non avverte alcuna criticità nel teorizzare spazi insindacabili di pura valutazione politica nell'esercizio del potere; anzi, mostra una sua interna coerenza: l'esercizio del potere esecutivo si sostanzia in una scelta politica perché la sua legittimazione è anch'essa politica e risie-

135 Non sembra casuale che proprio chi si è dedicato – tra gli amministratori – con maggiore impegno al tema (F. SATTA, *op. ult. cit.*) abbia, proprio nella stessa trattazione, riaffermato vasti spazi di decisione discrezionale. Per l'opinione di chi scrive rispetto al problema del rapporto tra legalità e discrezionalità si rinvia nuovamente a, L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

136 Per una recente critica delle opinioni tradizionali e utili indicazioni sul tema, sia pure con un approccio politologico e senza che ci si appunti propriamente sul pubblico interesse, A. M. BERTELLI, *Democracy Administered. How Public Administration Shapes Representative Government*, University Printing House, Cambridge, 2021.

137 Si tratta di un atteggiamento molto ben presente nella letteratura in lingua anglosassone e meno diffusa nelle tradizioni continentali – naturalmente ciò non vale, invece, quanto alle teorie della discrezionalità, sicché questa distinzione meriterebbe una maggiore discussione. Per una posizione chiara nel senso della politicità della determinazione dell'interesse pubblico si può certamente rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino e A. Zito, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 349 – ma particolarmente 385 per l'idea che «una porzione consistente dell'attività appare ontologicamente propria della politica intesa come funzione» (enfasi nel testo).

de nella connotazione democratica del potere. La definizione della quale ci si occupa, semplicemente, non contiene alcun dover essere del pubblico interesse; esso è quel che è perché non è se non una valutazione politica. Questo primo difetto – tale, almeno, a mio modo di vedere e per le molte ragioni fin qui date rispetto alla natura del potere e dei diritti fondamentali – se ne aggiungono altri, almeno due dei quali merita indicare. Primariamente, la legittimazione democratica del potere (al netto delle molte perplessità che un'osservazione sociologica riferita agli ultimi decenni potrebbe far porre) come ragione della pura politicità della valutazione circa l'interesse pubblico non può non porre la questione della tutela dei diritti fondamentali. Infatti, pur con l'attenuazione data dal pluralismo¹³⁸ delle istituzioni locali, regionali e nazionali (e, quindi, la pluralità dei relativi governi), è più che evidente che quest'impostazione pone il tema radicale del consegnare la garanzia dei diritti della persona all'orientamento della maggioranza – e, quindi, ultimativamente, negare la protezione dei diritti fondamentali in una società pluralista e multiculturale. Ulteriormente, una simile concezione sembra stridere con i precetti costituzionali dell'imparzialità (essendo contraddittoria la declinazione di un orientamento politico-democratico, necessariamente coerente con la maggioranza, ed imparzialità ed uguaglianza nell'azione amministrativa) – art. 97 Cost. – e con della pienezza della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost e art. 6 CEDU) – essendo evidenti i vastissimi margini di insindacabilità di provvedimenti amministrativi nei quali la valutazione circa l'interesse pubblico non sia giuridica ma, appunto, politica.

2.2. In secondo luogo, non sembrano soddisfare neppure le concezioni volontaristiche¹³⁹, molto largamente diffuse nella nostra dottrina e giurisprudenza. Non mette conto indulgere sulla descrizione di un concetto fin troppo

¹³⁸ Per il concetto, tra i molti e per tutti, G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, Vita e pensiero, 1980, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, 275 – e, già prima, ID., *Gli enti comunitari. Profili generali*, in *Archivio ISAP 1962*, Milano, Giuffrè, 1962, ora in *Scritti scelti*, cit., 1.

¹³⁹ Ovvio il riferimento a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

noto: l'interesse pubblico è l'oggetto di una volizione dell'amministrazione, entro il margine delle soluzioni lecite ed opportune, determinando e volendo una determinata ponderazione tra il pubblico interesse e quelli privati in gioco rispetto alla fattispecie descritta dalla norma.

Si tratta di una concezione le cui radici profonde vanno individuate nella circostanza per la quale l'emergere di un variegato complesso di interessi protetti nella relazione con l'amministrazione pubblica e l'assegnazione a quest'ultima di una consistente quantità e qualità di funzioni determina due passaggi concettuali rispetto alle concezioni consolidate fino al principio del XX secolo. Per un lato, in ragione del progressivo primato dell'amministrazione, il pubblico interesse (tale in quanto definito dal soggetto pubblico, dal potere esecutivo) sostituisce il concetto (settecentesco) di interesse generale; per l'altro, l'aggettivo non solo qualifica l'appartenenza al potere esecutivo della valutazione circa l'interesse, ma anche l'emergere di una molteplicità di profili intorno ad esso, in considerazione anche delle svariate funzioni dell'ente pubblico. Il risultato è lo sgretolamento della concezione unitaria dell'interesse pubblico a vantaggio della sua declinazione al plurale¹⁴⁰ nonché del passaggio dalla sua configurazione astratta, consegnata alla competenza della norma legislativa, ad una concreta, definita dall'agire discrezionale dell'amministrazione. In sostanza, si passa dall'interesse generale a quello (appartenente al soggetto) pubblico; dall'interesse pubblico al singolare alla sua declinazione plurale; dal primato della legge a quello della determinazione discrezionale dell'amministrazione. Una simile complessità, per essere ridotta all'unità del comando contenuto nella decisione dell'amministrazione non può che passare dalla volizione: l'amministrazione determina e vuole un determinato bilanciamento tra i diversi profili dell'interesse pubblico e gli interessi privati protetti dalla norma¹⁴¹.

140 Per tutti, A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 68

141 Con la consueta profondità e precisione, per tutti, R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, da 43 a 51 ove si sintetizza la discrezionalità come volizione – esercizio di potere – di una data ponderazione di interessi alla luce di quello

La previsione dell'interesse pubblico astratto da parte della disposizione normativa inizia a trascolorare ed è ormai chiaro che la definizione dell'interesse pubblico è questione che spetta al potere esecutivo; la centralità resta nella decisione esercizio di potere ed, infatti, la definizione dell'interesse pubblico emerge attraverso lo studio del potere discrezionale, mostrandosi come il suo tratto più caratteristico. Il comando passa dalla legge al provvedimento ed al provvedimento discrezionale, luogo di definizione dell'interesse pubblico; poiché nel momento della determinazione l'interesse pubblico si mostra multiforme e variamente irrelato a quelli privati, la sua sostanza è la volizione, l'esercizio del potere, la decisione (*de-cidere*, tagliar via) è il luogo della volizione discrezionale circa gli interessi che, ponderandone le dimensioni, determina (volontaristicamente) il contenuto concreto del comando.

A questa definizione dell'interesse pubblico mancano molti elementi decisivi. È in ombra tutto il processo di formazione della decisione (e, quindi, di apprensione dei fatti, di loro qualificazione, di censimento degli interessi, e così via); soprattutto manca interamente il criterio del bilanciamento tra i diversi profili dell'interesse pubblico e quelli privati in gioco con essi; ancora, non si conosce cosa sia – in sé – l'interesse pubblico. Un concetto (giuridico) indefinito (l'interesse pubblico) si forma in confronto tra le sue diverse (ed indefinite) dimensioni ed altri interessi (privati protetti dall'ordinamento e rilevanti nella fattispecie legale) senza che sia definito il criterio del bilanciamento; dell'interesse pubblico non resta che il contenuto di volizione ed il divieto ch'essa sia il frutto di valutazioni palesemente irragionevoli o errate. Non sembra senza ragione l'esigenza – che qui si avverte – di provare a ricercare una definizione più soddisfacente.

2.3. Infine, anche le profonde evoluzioni del concetto di interesse pubblico che ne sono seguite non sembrano appagare interamente il bisogno di fornire una definizione più completa del concetto. Ci si intende riferire ai pro-

primario.

fondi sviluppi che hanno posto in evidenza il rilievo dell'organizzazione pubblica e del procedimento nella definizione dell'interesse pubblico in concreto¹⁴².

Una volta definito l'interesse pubblico come l'interesse funzionale protetto dalla norma¹⁴³, non potrà che emergere l'insufficienza della collocazione dell'interesse pubblico nell'ambito della volontà e della decisione. L'interesse pubblico astratto scolpito dalla legge (in quanto ciò sia, giacché per lo più un simile chiarimento non è disponibile) non sarà se non un'ipotesi di lavoro¹⁴⁴ che dovrà essere verificato, costruito¹⁴⁵, nel corso del procedimento e nella valutazione comparativa degli interessi. La definizione dell'interesse pubblico trasforma dal provvedimento al procedimento – stante che la legge «*evidenzia, ma non ordina gli interessi che, non di rado contrapposti, reclamano e ottengono la qualificazione di potenziali interessi pubblici*»¹⁴⁶ – e, per l'altro, il suo concetto giuridico generale si esaurisce in una complessiva evocazione dei principi costituzionali relativi all'amministrazione pubblica e dei compiti ad essa costituzionalmente assegnati. La trama degli interessi dialetticamente in azione nel procedimento e nelle qualificazioni dei fatti che in esso avvengono è, poi, «*anzitutto organizzativa*»¹⁴⁷ giacché è l'organizzazione amministrativa che stabilisce la relazione tra gli interessi in relazione ai quali sono previsti poteri pubblici e, quindi, nel procedimento, si misurano per trovare una loro composizione. L'emersione della centralità dell'interesse pubblico specifico mostra gli elementi che ne determinano la composizione: la legge non è se non un'ipotesi astratta destinata ad essere incarnata dall'organizzazione amministrativa e verificata nel corso del procedi-

142 F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 1967, 301 e seguenti.

143 F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova ^{V ED.}, Cedam, 1987, 96.

144 G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amministrativo*, 1987, 3170.

145 F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 1045.

146 G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993, 313.

147 M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la P.A. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1980, 252 (più precisamente 273).

mento, per giungersi ad una definizione¹⁴⁸ caso per caso, «*composito, misto, frutto di confronto o compromesso*»¹⁴⁹.

Che questo sguardo derivi da una concezione democratica, partecipativa, inclusiva dell'amministrare per fini pubblici che sorge da un'idea cooperativa dei rapporti sociali, ovvero ch'essa consegua ad un serio realismo scientifico in grado di cogliere ciò che realmente accade, oppure che sia intesa a sussumere il conflitto nel primato dell'organizzazione autoritativa del potere esecutivo o che sia intesa a rendere più consistente il plesso delle garanzie enfatizzando questa funzione della sequenza procedimentale oppure che sia semplicemente diretta a porre rimedio alla perdita di autorevolezza sia della legge che della decisione amministrativa, poco rileva.

Quel che, invece, è interessante a mio modo di vedere è che, in ogni caso, non si dispone di una teoria giuridica dell'interesse pubblico, di una sua qualificazione deontica.

Nella sostanza, dell'interesse pubblico si sarebbe in grado di dare solo definizioni in negativo (non è una nozione unitaria, non è direttamente individuato dalla legge) ovvero silenziose quanto al suo contenuto (è ciò che prevale nel bilanciamento degli interessi in gioco nella fattispecie ed emersi nel procedimento, nulla potendosi dire di deontico quanto all'interesse pubblico se non che è aggettivato come superiore) ed alla sua dinamica (essa emerge nel procedimento, ma è ignoto secondo quale regola e proporzione si compendino di suoi vari e potenzialmente confliggenti profili, così come resta del tutto ignota la proporzione del bilanciamento con gli interessi privati – se non per misura dell'irragionevolezza o dell'errore «*manifesto*»); resta chiaro solo¹⁵⁰ ch'esso per-

148 Parla di decisione come combinazione di giudizio e volontà M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, 3.

149 F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit..

150 Di fronte a tanta incertezza, quindi, non si può non rammentare dottrina sempre profonda che ne ricerca il contenuto in realtà esterne al diritto ed all'ordinamento: F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 307.

tenga all'autorità¹⁵¹ e che sopravanzi qualunque altro interesse diverso da sé medesimo.

Per vero, poi, non si fatica a comprendere che il lemma “interesse pubblico” è necessariamente impreciso, considerato che più correttamente si dovrebbe parlare di “interessi pubblici” o, meglio, di svariati “profili di interesse pubblico”. La stessa dinamica tra i diversi profili di interesse pubblico non è retta da una regola deontica. Perché una disposizione di legge conferitaria di potere pubblico all'amministrazione possa esser ritenuta adeguata nel definirlo in concreto, occorrerebbe non solo che individui in modo espresso il profilo (di interesse pubblico) prevalente¹⁵², ma anche che identifichi e gerarchizzi i restanti¹⁵³, in modo da poter disporre di un sistema di principi o regole che consenta di identificare propriamente il pubblico interesse specifico.

È un fatto che simili previsioni di legge sono – non solo nel sistema giuridico italiano – rarissime. La sostanza, anche nell'esame della prassi e della giurisprudenza, è che non si dispone di una definizione deontica di pubblico interesse ed esso opera come un immenso bacino di significati, che legittima una gamma molto ampia di decisioni autoritative possibili.

Infine – e più ancora, a mio modo di vedere – non si tratta soltanto di un concetto privo di contenuto definito, ma di uno strumento che la giurisprudenza utilizza una clausola generale dalla quale trarre fonte del potere¹⁵⁴. Anche in

151 G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, Giuffrè, 22; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 315

152 Per una più ampia dimostrazione, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *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; ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giapichelli, Torino, 2021, Tomo II, 888

153 Per un più ampio chiarimento, ponendo ad esempio il nuovo codice dei contratti pubblici, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Introduzione*, in ID., *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, WolterKluwer, 2023, I.

154 Per la netta smentita della sufficienza del rilievo del pubblico interesse perché possano ritenersi sussistenti poteri pubblici e la chiara – e condivisibile – ricostruzione del principio di legalità nelle sue varie declinazioni, per tutti, D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023, in vari luoghi, ma almeno da 23.

quelle ipotesi nelle quali è davvero inesistente qualsivoglia profilo di “superiore pubblico interesse”, perfino la Corte Costituzionale lo evoca come parametro (inesistente e comunque privo di contenuto) da bilanciare con diritti fondamentali ben concreti e solidi¹⁵⁵.

Almeno a mio modo di vedere, quindi, è più che necessario prospettare una teoria giuridica del pubblico interesse, se non si vuole che la costruzione fin qui condotta ed argomentata venga vanificata.

3. Definizione giuridica dell'interesse pubblico

La necessità di una teoria deontica del pubblico interesse emerge dall'idoneità della determinazione di quest'ultimo a condurre ad espressioni di potere non predicibili e, quindi, non sindacabili. È, altresì, chiaro che, se l'esercizio del potere pubblico è concretamente in grado di incidere in modo significativo sul godimento dei diritti fondamentali, non è irrilevante che il concreto contenuto della decisione sia il frutto di una valutazione (quella circa il pubblico interesse) il cui oggetto è indefinito.

A mio modo di vedere manca una definizione del pubblico interesse inteso nel senso classico – vale a dire l'interesse consegnato alla cura dell'organizzazione pubblica e del suo potere – semplicemente perché esso non esiste.

Occorre provare a dimostrare un'affermazione così dirompente – e, tuttavia, si tratta di uno sforzo agevole sulla base di quanto fin qui sostenuto.

L'idea che l'amministrazione pubblica disponga del monopolio del potere pubblico nel pubblico interesse deriva direttamente dalla spettanza della sovranità allo Stato.

Il che, peraltro, spiega la ragione per la quale il potere esecutivo viene configurato come immerso in un contesto discrezionale nel quale ciò che non è disciplinato chiaramente dalla legge dello Stato è deciso dall'amministrazione dello Stato attraverso la sua valutazione circa l'interesse pubblico. La spettanza

155 V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture, cit.*, da 19, circa la sentenza Corte Costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138 in tema di diritti delle coppie omosessuali.

della sovranità, allo stesso modo, spiega per quale ragione la valutazione circa l'interesse pubblico (cuore del potere discrezionale) sia rimasta nell'ambito di indefinizione che ancora oggi constatiamo. La spettanza del fondamentale potere di diritto pubblico (la sovranità) determina che tutto ciò che il diritto riesce a regolare, a giuridicizzare, di quel potere è tratto fuori dall'ombra del potere originario che, tuttavia, continua a riempire di sé gli ambiti non disciplinati.

3.1. Se solo ci si pone nella prospettiva della sovranità, il problema trova una sua soluzione agevole. Se è vero quanto sostenuto più sopra, allora si dovrà affermare che il compito (costituzionale) dell'organizzazione e del potere pubblico è solo quello di massimizzare il godimento dei diritti fondamentali della persona, assicurando l'uguaglianza sostanziale quanto alle condizioni del pieno sviluppo della persona umana.

3.2. In questi termini, si avverte un primo dato fondamentale della teoria dell'interesse pubblico.

Esso non è un interesse dello Stato o della sua organizzazione, non corrisponde ad alcunché che riguardi la sua autorità e nemmeno i suoi indirizzi politici. Assicurare il pieno godimento dei diritti fondamentali è il compito del potere pubblico (delle diverse funzioni pubbliche), sicché – ad esempio – non è condizionato dalle risorse finanziarie ma ne condiziona la destinazione, non è condizionato dalla legge ma ne condiziona il contenuto, non è condizionato dalla politica ma è esso stesso il confine entro il quale la politica deve condursi se vuole essere governo dello Stato i cui fini sono già fissati dalla Costituzione e costantemente presidiati dal trattenersi dei diritti nella sovranità e dall'appartenere della sovranità al popolo. In questi termini, non può pensarsi all'interesse pubblico come alcunché che spetti allo Stato o in genere all'autorità e che possa contrapporsi alle pretese delle persone.

3.3. Emerge, quindi, il secondo tratto distintivo dell'interesse pubblico: senza che a comporlo siano indefiniti (ed indefinibili, perché inesistenti) interessi dell'autorità la cui unica sostanza è l'esser ritenuti “superiori” a quelli delle

persone, l'interesse pubblico non è se non il luogo della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone. Non v'è altro di più o di estraneo e, soprattutto, non v'è alcunché che possa ritenersi (non solo “superiore”, ma) di spettanza propria dell'autorità; ciò perché la sola funzione dell'autorità (e della politica) è proprio la massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone perché sia assicurato il loro pieno sviluppo.

Ecco perché è priva di contenuto giuridico l'idea che i diritti fondamentali si possano garantire attraverso la sovranità dell'autorità pubblica; piuttosto, proprio per ragione dell'appartenere della sovranità al popolo e del trattenersi dei diritti nella permanenza della sovranità, la loro garanzia deriva dalla piena e completa funzionalizzazione del potere pubblico a quest'unico scopo complessivo.

3.4. Poiché è possibile che le pretese attinenti diritti fondamentali non possano essere interamente soddisfatte – e, quindi, il loro godimento massimizzato nella stessa misura – ovvero presentino aree di reciproca esclusione o incompatibilità, ferma l'incomprimibilità della dimensione essenziale dei diritti¹⁵⁶, la definizione dell'interesse pubblico in concreto sarà il risultato di un bilanciamento¹⁵⁷ che garantisca la dimensione incomprimibile dei diritti fondamentali

156 Di recente si è affermato che «l'idea di una Costituzione che prevede diritti individuali (in materie di interesse per la collettività) non degradabili e sottratti a ogni potere non è conforme al nostro diritto positivo che non vieta il conferimento di poteri pubblici nei settori della salute e dell'ambiente» e che «nel campo dei diritti costituzionalmente rilevanti sia la Costituzione, sia il legislatore ordinario attribuiscono alla pubblica amministrazione poteri riservati e discrezionali» (cfr. A. GUALDANI, *La responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione per lesione di diritti fondamentali*, cit., 2024, 83). L'affermazione, quanto meno rispetto al nucleo incomprimibile dei diritti, è da ritenere errata (come errata è l'equiparazione tra Costituzione e legge come fonte del potere, trascurandosi che ciò che è incomprimibile dal potere non potrà essere oggetto di una legge costituzionalmente legittima che prevede la compressione).

157 Può presumersi nota la dottrina in argomento. Solo per limitarsi all'essenziale, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, Giappichelli, 1990, 170; V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, ove, particolarmente, R. ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, 206; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3953. Nelle riflessioni di teoria generale, G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e politica*, 1, 2006; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costitu-*

che assumono rilievo rispetto alla fattispecie legale e che bilanci – in modo razionale e controllabile – le restanti dimensioni in quanto non siano tutte suscettibili di piena soddisfazione.

Anche questa attività di bilanciamento contiene un suo dover essere funzionale. Essa non è pura opera di equilibrio, ma si compone di due momenti (che si esprimono come due movimenti) essenziali, coordinati tra loro ma distinguibili. Il primo è dato dal *test* di compatibilizzazione; si tratta di bilanciare nel senso di rendere massimamente compatibili le pretese potenzialmente in conflitto o concorrenza e, quindi, di individuare nelle maglie della discrezionalità le soluzioni che consentano di rendere tra loro compatibili le pretese. Il secondo, decisivo nella sua prospettiva funzionale, è quello di dirigere il bilanciamento verso la massimizzazione della soddisfazione di tutte le pretese. Non si tratta, quindi, di un bilanciamento cui basti d'essere razionale – sicché ogni risultato ragionevole e proporzionato¹⁵⁸ sarà anche legittimo, con irrilevanza giuridica della scelta tra soluzioni lecite – dovendo anche essere funzionale al suo scopo (la massimizzazione del godimento di tutte le pretese espressione di diritto fondamentale), con il risultato che non ogni bilanciamento razionale sarà anche legittimo.

3.5. Non si può escludere che gli stessi diritti fondamentali possano presentare pretese: (i) il cui contenuto evolve con l'evoluzione della società – e

zione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, 65; per alcuni presupposti della discussione italiana, T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, vol. 96 (1987), 943; P. MC FADDEN, *The Balancing Test*, in *Boston College Law Review*, vol. 29 (1988), 585. Vale forse la pena di osservare come la dottrina di diritto costituzionale si sia occupata prevalentemente del bilanciamento tra interessi, mentre quella di teoria generale sia stata molto attratta dal conflitto tra norme (sia pure con una nettamente più pronunziata attenzione al conflitto tra diritti – profilo sul quale si tornerà in conclusione); il testo, invece, si concentra esclusivamente sulla questione del conflitto tra diritti (tra pretese espressione di diritti fondamentali).

¹⁵⁸ Quanto ai problemi del principio di proporzionalità, almeno, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappicchelli, 2012 e, comunque, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappicchelli, 2011; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988.

non siano, quindi, né astratte né immutabili; (ii) in parziale contrasto tra loro o; (iii) che possono non essere soddisfatte nelle medesima misura per ragioni di fatto, di disponibilità di risorse, di indirizzi politici – tutto ciò, fermo il fatto che sia la destinazione delle risorse che le scelte politiche sono condizionate dall'unico compito dei diversi poteri dello Stato di assicurare la massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali.

Il che pone con chiarezza la necessità di non limitarsi alla definizione deontica del pubblico interesse, ma di procedere illustrando la dinamica della valutazione circa il pubblico interesse.

4. Dinamica della valutazione del pubblico interesse

4.1. Prima premessa di metodo. Sulla necessità di evitare le fondazioni mitiche, astoriche e paralizzanti. Le pretese attinenti i diritti della persona non possono essere ascritte alla sfera feticistica ed il loro bilanciamento non può essere sclerotizzato in formule astratte, pena la contraddizione del diritto (costituzionale) positivo e la creazione di nuove formule ideologiche. Esempificazioni sul concetto di democrazia

La questione della concreta dinamica della valutazione di pubblico interesse deve essere colta nella sua dimensione effettuale, allo scopo di conseguire non solo il risultato di completare il quadro dogmatico, ma anche di proporre soluzioni effettivamente applicabili.

In questa prospettiva, occorre evitare di abbandonare il terreno puramente dogmatico, di diritto positivo. I fattori della definizione funzionale del pubblico interesse – sovranità, diritti fondamentali, potere pubblico – infatti, sono stati fatti oggetto, ciascuno nel suo ordine, di fondazioni mitiche, astratte, ideologiche¹⁵⁹. Occorre, quindi, evitare di costruire sistemi concettuali anch'essi ideologici. Al tempo stesso la dinamica delle pretese della persona che attengono a diritti fondamentali deve essere mantenuta rigorosamente all'interno del quadro dogmatico del diritto costituzionale positivo, allo scopo di evitare l'ipo-

¹⁵⁹ Per la decostruzione di alcuni di questi concetti occorre riferirsi a J. DERRIDA, *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, cit..

statizzazione di formule statiche. La disciplina costituzionale dei diritti fondamentali fa di essi un catalogo aperto, la cui estensione è destinata ad evolvere nel tempo (secondo la nota interpretazione¹⁶⁰ dell'art. 2 Cost. come clausola aperta); il contenuto delle pretese che esprimono quei diritti è anch'esso destinato a mutare con il modificarsi delle relazioni sociali; l'ipostatizzazione di un ordine sempre uguale sarebbe contraddittoria con la stessa natura dei diritti fondamentali – e si tradurrebbe in una regola di matrice ideologica. La stessa funzionalizzazione del potere pubblico al godimento dei diritti fondamentali esprime una regola che impone al primo un costante adattamento al contenuto delle pretese (sia nella dimensione della ritrazione o espansione dell'organizzazione che del potere ovvero del ricorso a strumenti consensuali). Ciò che si potrà dire, per restare nell'orizzonte dogmatico prescelto, della dinamica dell'interesse pubblico attiene soprattutto al metodo della valutazione e non contiene una definizione storica ed astratta.

Quel che di specifico emerge dalle pretese attinenti di diritti fondamentali nella loro capacità di definire il pubblico interesse è propriamente il conflitto.

Si tratta di un conflitto tra porzioni delle pretese in questione che siano in concorrenza con altre pretese anch'esse attinenti i diritti fondamentali; il vantaggio della ponderazione che necessariamente ne consegue è che essa si svolge tra pretese della medesima sostanza (di diritto fondamentale) e dal contenuto conosciuto o conoscibile – diversamente da quanto accade con le concezioni correnti del pubblico interesse nelle quali il conflitto corre tra interessi (quello pubblico ed i restanti), in assunto, in posizione di disparità e nel quale uno dei termini della comparazione (l'interesse pubblico) è di contenuto sconosciuto.

Si tratta, però, anche di un tendenziale conflitto tra diritti fondamentali e potere. Infatti, dal diritto positivo emerge con chiarezza la funzionalizzazione del potere al godimento dei diritti fondamentali (il che escluderebbe il conflit-

160 A BARBERA, *L'articolo 2 della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1975 in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca.

to) e, tuttavia, sarebbe ingenuo ed astorico non considerare la naturale pretesa del potere pubblico a comprimere i diritti fondamentali ed a liberarsi della costrizione dell'essere funzionale ad altro interesse che non a sé stesso ed alla sua espansione.

Eliminare queste dimensioni di conflitto dalla definizione dell'interesse pubblico e dalla ricostruzione della dinamica della sua valutazione – per muovere alla ricerca della pulizia definitoria e meccanica – sarebbe un errore grave, che condurrebbe a teorizzazioni ideologiche che sottraggono il pubblico interesse in quanto (solamente) massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali dalla concreta tensione dei conflitti che lo vivificano ed inverano nella realtà.

Si tratterebbe – solo per esemplificare (e chiarire meglio il pensiero attraverso un rinvio) – di un processo analogo a quello che riguarda il concetto di democrazia. Infatti, le sue definizioni giuridiche, fondazionaliste o procedurali le sottraggono la sua naturale struttura di concetto conflittuale, la necessità vivificante di una componente anarchica – in breve l'assenza dell'*arché*, la sua natura infondata e costantemente vivificata dalla concreta dinamica storica, sicché *«quanto più la democrazia rinuncia rischiosamente a principi e fondamenti, tanto più libera tutte le aspirazioni possibili proiettandosi verso forme inedite»*¹⁶¹.

Allo stesso modo, sovranità, diritti fondamentali ed interesse pubblico dovranno essere colti nella loro dimensione dogmatica, proponendo una definizione funzionale, relazionale ed evitando di addomesticare la loro relazione in formule statiche e astoriche. Si tratta di concetti che attengono alla vita e non alla costruzione di linguaggi artificiali (quando non artificiosi).

4.2. Seconda premessa di metodo. La natura funzionale del bilanciamento. Funzione e risultato. Massimizzazione ed uguaglianza come risultato del bilanciamento

Ne deriva una seconda, breve, premessa metodologica. Il bilanciamento tra pretese attinenti i diritti fondamentali nella loro dimensione non incompri-

161 D. DI CESARE, *Democrazia e anarchia. Il potere nella polis*, Torino, Einaudi, 2024, 25.

mibile – per le ragioni già accennate – non è un puro esercizio logico, nel quale la pluralità degli approdi possibili dipende da opzioni puramente concettuali, tutte egualmente razionali e, quindi, tra loro fungibili.

In altri termini, non appare adeguata al sistema dogmatico che si è fin qui proposto una concezione del bilanciamento che coincida con un giudizio limitato alla ragionevolezza. La ragionevolezza è funzionale ad un sindacato esterno del risultato del bilanciamento, sicché si potrà predicare l'invalidità di ciò che è irragionevole, restando nell'area del fungibile lecita ogni soluzione, ogni concreto bilanciamento che non sia irragionevole. In altri termini, nell'area del ragionevole tutto è egualmente lecito e, quindi, fungibile.

Il concetto di bilanciamento che si propone in questa sede non ha questo carattere. Piuttosto il bilanciamento è funzionale al conseguimento del risultato della massimizzazione del godimento di tutte le pretese attinenti diritti fondamentali in gioco nella fattispecie legale; il risultato, quindi, non deve essere quello di un ragionevole bilanciamento ma di una compatibilizzazione delle dimensioni in potenziale o attuale conflitto che consenta di godere in concreto della massima soddisfazione possibile di tutte queste pretese. I due movimenti già descritti (rendere compatibile e massimizzare) mi pare mostrino il loro fondamento costituzionale negli artt. 2 e 3 Cost., giacché rendere compatibili le pretese avviene nel segno dell'eguaglianza (art. 3, Cost.) e la massimizzazione del loro godimento è funzione del pieno sviluppo della persona umana (art. 2, Cost.).

In questi termini, per quanto possa darsi il caso di una pluralità di soluzioni tutte idonee a garantire la più alta soddisfazione possibile delle pretese in gioco, è chiaramente avvertibile come tra i vari bilanciamenti razionali e ragionevoli sarà da preferire quello (o quelli) che assicurano la soddisfazione più alta delle pretese. Ovviamente, a fronte del conflitto tra pretese attinenti i diritti fondamentali – e sempre impregiudicata la loro dimensione incompressibile – potranno darsi più bilanciamenti ragionevoli che massimizzino ora l'una ora

l'altra pretesa in conflitto; in questo caso si sarà certamente nell'area della pluralità delle soluzioni possibili e lecite ma non perché si tratta semplicemente di bilanciamenti ragionevoli ma perché, nella loro dimensione funzionale, di funzionalizzazione ad un fine (la massimizzazione del godimento delle pretese) forniscono la massima soddisfazione delle pretese con una gradazione diversa tra quelle in conflitto. In sostanza, non è sufficiente che il bilanciamento sia ragionevole, giacché la sua funzione non è quella di definire un'area del lecito (sono tutti legittimi i bilanciamenti che siano ragionevoli) ma di indicare un obiettivo rispetto al quale vi sono soluzioni preferibili (quelle che assicurano il godimento delle pretese in gioco nella misura massima possibile) ed altre che, pur ragionevoli, non conseguono il risultato funzionale della massimizzazione. Il bilanciamento è, quindi, ragionevole solo in relazione al risultato che consegue (e non – come usualmente lo intendiamo – in relazione alla sola area di ciò che ragionevole o proporzionato non è).

4.3. Sull'assenza di bilanciamento tra dimensioni non comprimibili dei diritti fondamentali. I casi critici

4.3.1. Entrando nel merito della dinamica della valutazione circa il pubblico interesse, in ossequio al principio di legalità¹⁶², non sembra si possano nutrire dubbi circa il fatto che si debba muovere dalla norma di legge attributiva del potere. Ciò non perché in essa sia identificato il pubblico interesse cui è preordinata la funzione – il che ordinariamente non accade ed è discusso che debba occorrere, dovendosi tuttavia trascurare in questa sede la discussione circa la tipicità del potere; piuttosto, perché la disposizione di diritto positivo, anche quella contenuta nei Trattati o in Costituzione, descrivendo la fattispecie legale ovvero il principio generale (laddove vi siano disposizioni senza fattispecie¹⁶³), consente sia di identificare quali pretese corrispondenti a diritti fondamen-

¹⁶² Per una condivisibile declinazione del principio ed i concetti di legalità-indirizzo e legalità-garanzia, con efficace intesi, D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, cit., *passim*.

¹⁶³ Si deve tenere conto del fatto che sussistono norme senza fattispecie (sul problema, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 8, ma anche ID.,

tali vengano in questione nel caso singolo, sia di fornire fondamento a queste pretese in ordine alla specifica vicenda di potere.

Non serve indugiare sul fatto che la singola fattispecie non è descritta solo dalla norma attributiva del potere – come, pure, con qualche semplificazione si tende molto diffusamente a ritenere, soprattutto in giurisprudenza. La norma specifica, infatti, è il frutto del concorrere dei principi e delle clausole generali pertinenti, delle disposizioni procedurali e di quelle processuali (giacché il contenuto delle pretese si misura anche alla luce delle azioni disponibili perché siano agite nella loro dimensione processuale), di quelle organizzative, del sistema complessivo delle disposizioni applicabili alla singola vicenda; è altresì da considerare che, attraverso il dipanarsi dell'istruttoria procedimentale, i termini della questione possano modificarsi e con essi l'insieme delle norme positive rilevanti per la costruzione della singola fattispecie.

4.3.2. Come già osservato, il problema principale che si pone per la definizione in concreto dell'interesse pubblico – essendo l'interesse pubblico in astratto solo la massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone, senza che vi sia alcunché di ulteriore e di spettanza dell'autorità pubblica come soggetto – è quello del bilanciamento tra le pretese concernenti diritti fondamentali. Questo tema, tuttavia, non si pone per quel che attiene la loro dimensione essenziale ed incompressibile.

In altri termini, una volta che si sia composta la complessiva fattispecie legale, la definizione dell'interesse pubblico passerà da una preliminare confor-

Autonomia privata e Costituzione, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, 9 e ID., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, nel volume collettaneo, *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317, nonché C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 29; un approccio differente – nella direzione della valorizzazione della decisione legislativa diretta a procurare un sistema di produzione normativa – è in S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, 709, ma, ancor prima, ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967 e ID., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1969, 132. Di recente il tema è stato nuovamente affrontato da V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, lavoro a muovere dal quale s'è sviluppato un dibattito in *Giur. it.*, 2011, con interventi tutti molto significativi. Per una recente critica M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orixxonti del diritto commerciale* (sito internet), 2010.

mazione per la quale tutte le pretese che attengono a diritti fondamentali sono garantite quanto alla loro dimensione incompressibile.

L'esercizio che determinerà l'interesse pubblico specifico, quindi, muove (i) da una prima fase di ricostruzione della fattispecie e definizione dell'interesse pubblico astratto inteso come identificazione dell'insieme delle pretese attinenti a diritti fondamentali in gioco nella fattispecie, per passare ad una (ii) seconda, nella quale tutte queste pretese vengono comunque garantite nella misura in cui attengano alla dimensione incompressibile del diritto fondamentale; sicché, poi, (iii) solo in una fase finale si opera il bilanciamento tra quelle pretese che non partecipano del nucleo incompressibile del diritto.

Già queste due prime operazioni non sono prive di problemi. Per quel che attiene la prima, tuttavia, non si tratta di questioni differenti da quelle che ordinariamente riguardano l'interpretazione ed applicazione del diritto. Quanto alla seconda, invece, occorre affrontare subito alcune questioni generali.

4.3.2.1. Anzitutto, si è posto il tema della sussistenza del nucleo incompressibile. V'è, infatti, chi ha dubitato che esso esista (o che sia opportuno affermarlo). La questione non può essere approfondita in questa sede e basterà osservare – con il conforto della gran parte della dottrina – che se non fosse possibile identificare un nucleo incompressibile del diritto, essendo i diritti qualificati come “inviolabili” da parte dell'art. 2 Cost., non resterebbe che affermare che l'intero insieme delle pretese che essi esprimono sarebbe – appunto – incompressibile; l'opinione opposta (cioè che non vi sarebbe alcunché di inviolabile) è inaccettabile perché in contrasto con la lettera della Costituzione. Peraltro, la sussistenza di un nucleo inviolabile è pacificamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale.

4.3.2.2. Assunto che esista un nucleo incompressibile, è evidente che questo non potrà essere compromesso attraverso il bilanciamento. La determinazione in concreto dell'interesse pubblico, quindi, esclude qualunque ipotesi di bilanciamento che comprima il nucleo inviolabile dei diritti fondamentali.

4.3.2.3. Quest'affermazione non è smentita dal fatto che – in concreto – non sia sempre facile definire il confine di ciò che è effettivamente incompressibile. Riescono utili le osservazioni metodologiche poste in apertura: la dinamica dei diritti fondamentali, nel rapporto con l'ordinamento, con il potere e tra loro, è per sua natura evolutiva, sicché il contenuto di ciò che è incompressibile è destinato a variare nel tempo, secondo la concreta evoluzione della società. Ipostatizzarlo in una definizione sarebbe un errore metodologico grave.

La questione, tuttavia, non sembra di rilievo, giacché quando si tratterà di definire l'interesse pubblico in concreto in un dato momento storico, l'individuazione del nucleo inviolabile sarà riferita alla sua percezione in quel momento, sicché – di nuovo – la questione non differisce dall'ordinaria interpretazione ed applicazione del diritto al fatto.

Diverso, invece, il caso dell'area di penombra. Come per l'interpretazione delle norme (per le quali vi sono significati certamente accettabili ovvero inaccettabili ed altri che si trovano nella zona di penombra tra i due¹⁶⁴), anche per la determinazione dell'interesse pubblico in concreto a fronte di pretese incompressibili attinenti diritti fondamentali potranno darsi casi critici, che non hanno una soluzione *a priori*¹⁶⁵. In questi casi, si sarà innanzi a pretese per le quali è incerto se rientrino o meno nel nucleo incompressibile del diritto fondamentale, sicché la collocazione rispetto a quest'appartenenza è un'opzione ineliminabile di chi interpreta ed applica le norme.

Assai più complesso è il caso in cui, sulla base delle condizioni di fatto, l'unico modo possibile di esercitare il potere pubblico sia nel senso della mancata soddisfazione di pretese incompressibili attinenti diritti fondamentali. Anzitutto, è opportuno distinguere tre diverse ipotesi: quella per la quale non sia

¹⁶⁴ La questione teorica è così nota che è da presumersi non doversi dare alcuna spiegazione della terminologia e dei concetti. Comunque, per pronto riferimento, H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

¹⁶⁵ Anche rispetto a questa classe di problemi possono considerarsi più che noti i riferimenti e, tuttavia, solo per chiarezza del testo si può rinviare a N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

possibile soddisfare la dimensione incompressibile di alcun diritto fondamentale; quella nella quale se ne potrà soddisfare una e non l'altra tra diritti uguali; quella nella quale l'ipotesi riguarda diritti tra loro differenti.

Il primo caso sembra puramente teorico e tende a convertirsi nell'ultimo. Infatti, se si pensa bene, la misura che impone di esercitare un potere pubblico legale il cui contenuto sia quello della compressione di tutte le dimensioni essenziali dei diritti fondamentali in esso coinvolti richiede sempre un'esigenza superiore (ad esempio, l'incolumità pubblica) che in realtà corrisponde alla garanzia di un diritto fondamentale più comprensivo (il diritto alla vita ed all'incolumità personale, in ipotesi) – finendosi, quindi, nell'ipotesi per la quale vi sarà compressione di dimensioni essenziali di diritti tra loro differenti ma non saranno mai tutte compresse. Il terzo caso è più frequente e per molti versi classico (si pensi allo sgombero del fabbricato pericolante che comprime irrevocabilmente la pretesa all'abitazione, alla privacy, etc.); esso corrisponde esattamente ad un bilanciamento in ragione del quale si darà prevalenza al diritto fondamentale più comprensivo degli altri, sicché le dimensioni essenziali ed incompressibili che vengono poste in sofferenza sono tali in funzione della conservazione di altre che ne consentono la ricostituzione.

Più complesso, invece, il caso del contrasto tra diritti fondamentali della medesima consistenza. Solo per esemplificare, un solo farmaco salvavita con due moribondi che ne necessitino. Tuttavia, quando dal caso astratto si passa alle ipotesi nelle quali siano effettivamente coinvolti poteri pubblici (per stare nell'ambito del diritto all'abitazione, un solo ultimo alloggio da assegnare a più richiedenti senza che vi siano programmi nel breve termine per reperirne altri) la scelta si accompagna sempre alla predeterminazione di criteri attraverso i quali il bilanciamento tra pretese attinenti diritti fondamentali è ben possibile.

In sostanza, se si abbandona il terreno delle ipotesi puramente astratte e nelle quali è anche difficile vedere coinvolti poteri pubblici, in tutte queste ipo-

tesi critiche, o ci si trova in situazioni del tutto emergenziali¹⁶⁶ ovvero la prede-terminazione di criteri di scelta è possibile ed in essa vi sarà il bilanciamento di-retto alla massimizzazione del godimento delle pretese concernenti diritti fon-damentali. Questo chiarimento, se ve ne fosse bisogno, rende ragione della ne-cessità di confinare l'emergenza nei soli casi nei quali è effettiva, contrariamen-te alla sua proliferazione cui il legislatore contemporaneo ci ha abituati.

4.3. Sul bilanciamento delle pretese che sono espressione non incompressibile dei diritti fondamentali

Se si passano in rassegna i poteri concretamente assegnati ad autorità am-ministrative – anche solo per come si leggono in un repertorio o un manuale – non si fatterà a rendersi conto di come essi siano sempre diretti ad assicurare soddisfazione a diritti fondamentali e di come, al tempo stesso, ne limitino altri. Allo stesso modo, se si esamina il catalogo dei diritti fondamentali, per come emerge dal testo costituzionale o alla luce delle disposizioni dell'Unione, non si impiegherà molto a rendersi conto che essi esprimono pretese nei confronti del potere pubblico. Questa relazione biunivoca, della quale s'è trattato già più so-pra, viene certamente alterata dall'idea per la quale l'autorità agisce in ragione di un pubblico interesse che sia alcunché di differente dalla pura e semplice massi-mizzazione nel godimento dei diritti fondamentali. Non appena si accolga la diversa prospettiva argomentata in queste pagine, l'ordine apparirà nella sua semplicità. Questa comprensione – che rende le considerazioni fin qui svilup-pate null'altro che una più chiara comprensione della realtà e non una teoria astratta che ribalta le categorie tradizionali solamente – rende estremamente

166 Anche in relazione ad essa, peraltro, occorrerà chiarire che la funzione dei poteri corri-spondenti all'emergenza non è se non quella di proteggere i diritti fondamentali e non l'inter-esse dell'autorità pubblica; per maggiori considerazioni, L. R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, cit.

Su alcuni aspetti decisivi dell'emergenza, delle sue conseguenze in termini biopolitici e sulla sua strumentalizzazione da parte di poteri privati, per tutti, l'importante raccolta e revisione di suoi lavori di G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023 (ma già prima, comunque, sui profili della sicurezza, ID., *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010).

agevole il discorso circa il bilanciamento delle dimensioni non incompressibili dei diritti fondamentali.

Infatti, anzitutto si tratta di un bilanciamento tra elementi omogenei (pretese espressione di diritti fondamentali), diversamente da come siamo abituati ad intendere quello tra questi ed un interesse pubblico inconoscibile e il cui contenuto spetta alla stessa autorità che decide.

In secondo luogo, gli elementi da bilanciare (le pretese) sono ordinati in relazione ad un fine unitario e razionalmente controllabile, vale a dire la massimizzazione possibile. È chiaro, quindi, che se molte soluzioni sono possibili in astratto, solo poche garantiranno che tutte queste pretese siano ordinatamente massimizzate nel massimo grado possibile nel bilanciamento tra loro. I criteri che le norme vigenti prevedono (imparzialità, proporzionalità, efficacia, etc.) sono tutti strumenti utili per ordinare l'equilibrio tra le pretese in modo che sia assicurata la loro massima soddisfazione. Naturalmente questo non equivale ad affermare che la conseguenza di questa forma di bilanciamento sia l'unicità della soluzione. Tuttavia, stante che il bilanciamento interviene tra grandezze omogenee (diritti fondamentali) e se ne è chiarito il metodo (rendere compatibile) ed il fine (massimizzare il godimento), solo poche soluzioni appariranno fungibili (e quindi, l'alternativa tra loro giuridicamente irrilevante) perché sono l'esito di operazioni di bilanciamento egualmente corrette.

Ad essere unitario e chiaro è il criterio alla luce del quale il bilanciamento deve essere operato. Come già osservato, non si tratta di un criterio esterno, sicché la decisione potrà intervenire in qualsivoglia modo purché non contrastante con esso; al contrario, il bilanciamento preordinato alla massimizzazione del godimento delle pretese nell'osservanza del principio di eguaglianza sostanziale è un criterio interno all'esercizio del potere ma, contrariamente a quanto si ritiene comunemente in assenza del chiarimento circa il contenuto deontico del pubblico interesse, è perfettamente conoscibile in modo razionale e, quindi, sindacabile.

A dover essere bilanciate sono le pretese non incompressibili espressione di diritti fondamentali – dunque, elementi tra loro omogenei; l'obiettivo del bilanciamento è la loro massimizzazione nel rispetto del principio di eguaglianza – dunque, un criterio conoscibile *ex ante*; il risultato del bilanciamento dovrà essere conseguito con l'applicazione dei principi generali che disciplinano l'attività amministrativa – dunque, principi e regole fissati dalla Costituzione, dal diritto europeo, dalla legge. L'insieme di questi elementi, eliminato il concetto di un interesse pubblico incomprensibile e frutto del puro volontarismo del potere pubblico, consente di svolgere l'esercizio in modo razionale e controllabile. Non è assicurato che ne rivenga una sola soluzione corretta ed esse potranno essere più di una¹⁶⁷. Ciò che, invece, è assicurato è che trattandosi di un esercizio razionale i cui elementi sono conosciuti esso è pienamente ripetibile.

167 Con quest'affermazione ritengo di aver chiarito di non aderire all'idea che i conflitti tra diritti non esistano. Per ragioni significativamente differenti da quelle sostenute da J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit.), condivido la soluzione per la quale i casi di effettivo conflitto tra diritti siano limitati e per lo più risolvibili.

L'idea che simili conflitti non esistano è stata sostenuta secondo percorsi concettuali diversi. Si è, ad esempio, sostenuto che sia possibile costruire il sistema in modo tale da rendere compatibili tutti i diritti e le loro pretese (ad esempio, il noto lavoro di H. STEINER, *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell, 1994); in altri termini, il conflitto sarebbe possibile ma sempre risolvibile. Anche la più importante (almeno a mio avviso) elaborazione dell'anarchismo libertario (R. NOZIK, *Anarchy, State and Utopia*, cit.) giunge a questa conclusione in ragione dei *side-constraints* sicché i diritti sono vincoli assoluti alle condotte disponibili (rispetto ad un diritto di "A", "B" non dovrà assumere alcuna condotta attiva per assicurarla ma limitarsi a quella negativa di non incidervi, sicché l'interferenza tra diritti è impossibile o almeno altamente improbabile). A risultati analoghi, per ragioni differenti, giunge anche L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., in ragione del fatto di avere proposto una definizione formale di diritto fondamentale per poi articolare la categoria dei diritti fondamentali in: (a) diritti (primari) di libertà, i quali a loro volta possono presentarsi come (a1) "libertà da", oppure (a2) "libertà di"; (b) diritti sociali, ossia diritti che richiedono prestazioni; (c) diritti secondari di autonomia – come i diritti civili o politici – il cui esercizio è produttivo di effetti sulle libertà altrui ed il cui esercizio avviene nei limiti della legge e con i vincoli degli altrui diritti di libertà e sociali; ne deriva un ordine gerarchico dei diritti essendo libertà e diritti sociali sovraordinati ai diritti civili e politici ed a quelli patrimoniali. Il conflitto sarebbe impedito per ragione del fatto che (i) i diritti-immunità e le libertà non soffrono limitazioni e la loro garanzia non interferisce con altri diritti, sicché «tendenzialmente convivono senza reciproche interferenze» (292); (ii) per il vero, le libertà incontrano il limite della convivenza con le altrui libertà, con cui effettivamente possono entrare in conflitto (328); (iii) i diritti sociali incontrano limiti solo in relazione alla disponibilità di risorse (è chiaro che Ferrajoli è legato all'idea che le prestazioni debbano essere erogate dallo Stato e finanziate con la fiscalità, cosa sulla quale s'è già detto per quali motivi si dissente profondamente); (iv) i diritti di autonomia, civili o politici, o diritti-potere non possono entrare in conflitto con i diritti fondamentali, perché esistono solo nei limiti della garanzia preliminare dei diritti fondamentali (330).

4.4. Conseguenze sulla giurisdizione

A riuscirne profondamente modificato è il contenuto della dialettica procedimentale ed il sindacato giurisdizionale. Infatti, è chiaro che tutti gli attori procedimentali partecipano in posizione pienamente paritaria della definizione dell'interesse pubblico in concreto perché la cognizione e qualificazione dei fatti, l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni che formano la fattispecie e la decisione finale sono guidate – per tutte le porzioni discrezionali – dalla valutazione circa il pubblico interesse in concreto ed esso è definibile razionalmente da ciascuno di essi essendo chiari sia il suo statuto deontico che il criterio che guida la dinamica della sua determinazione in concreto. Per le medesime ragioni, la valutazione del pubblico interesse è interamente ripetibile in giudizio e nessuna sua porzione resta opaca rispetto alla tutela giurisdizionale, dandosi così corretta applicazione degli articoli 24 e 113 Costituzione.

LAURA CAPPuccio

Professoressa di Diritto costituzionale presso Università di Napoli Federico II e Universitat Autònoma de Barcelona
laura.cappuccio@unina.it

CORTI COSTITUZIONALI “DINAMICHE” E TUTELA DEI DIRITTI

“DYNAMIC” CONSTITUTIONAL COURTS AND THE PROTECTION OF RIGHTS

SINTESI

Il testo ripercorre l'evolversi del rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), attraverso le diverse strategie argomentative utilizzate dalla Corte costituzionale, con specifica attenzione alla massimizzazione delle tutele e al diritto consolidato. Queste strategie consentono di evidenziare la diversità tra una Corte dei diritti e una Corte costituzionale. All'interno di un dialogo ispirato alla «costruttiva e leale cooperazione», vengono ricordati anche i più recenti rinvii pregiudiziali operati nei confronti della Corte di Giustizia, come esempio di una partecipazione alla creazione di uno *standard* sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali.

ABSTRACT

The text traces the evolution of the relationship between the Constitutional Court and the European Court of Human Rights (ECtHR), through the various argumentative strategies used by the Constitutional Court, with specific attention to the maximization of protections and consolidated law. These strategies highlight the difference between a Court of Rights and a Constitutional Court. Within a dialogue inspired by "constructive and fair cooperation," there is also a reminder of the most recent preliminary references made to the Court of Justice, as an example of participation in the creation of a supranational standard for the protection of fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Corte costituzionale, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), strategie argomentative, collaborazione, rinvii pregiudiziali, standard sovranazionale, diritti fondamentali.

KEYWORDS: Constitutional Court, European Court of Human Rights (ECtHR), cooperation, preliminary references, supranational standard, fundamental rights.

INDICE: 1. Una Corte “vigile e permeabile”. 2. La massimizzazione delle tutele e la differenza tra una Corte dei diritti ed una Corte costituzionale. 3. Il diritto consolidato e il nuovo corso della giurisprudenza sui rinvii pregiudiziali

1. Una Corte “vigile e permeabile”

Nella relazione annuale del 2023 sull'attività della Corte costituzionale, Silvana Sciarra sottolinea che «la prima immagine» che vuole offrire è «quella di una Corte costituzionale vigile e al tempo stesso permeabile, dinamica, proiettata in universi ordinamentali più ampi, sulla scorta delle clausole di apertura all'Europa e al mondo previste dalla nostra Costituzione»¹. Anche nella relazione del 2022, il Presidente Amato ricordava «la compenetrazione» tra diritto interno e Convenzione EDU come «una realtà che si riflette profondamente sulla giurisprudenza costituzionale, con le ovvie peculiarità che caratterizzano i due sistemi sovranazionali»².

Se lo studio delle garanzie dei diritti fondamentali non può prescindere dall'impatto esercitato dai sistemi sovranazionali di tutela, la relazione tra la Corte di Costituzione e quella di Strasburgo appare in continua evoluzione³.

¹ Il presente testo è la rielaborazione della relazione al Convegno intitolato: “Giudice Amministrativo e tutela dei diritti fondamentali”, presso il Tribunale Amministrativo per la Campania, Napoli, il 26/05/2023.

² https://www.cortecostituzionale.it/annuario2022/pdf/Relazione_annuale_2022.pdf, p. 2. Nella relazione si legge con riferimento al ruolo della CEDU: «con accenti diversi e tuttavia seguendo un unico filo conduttore, si è inteso affermare che, senza nulla togliere alla tipicità del processo costituzionale, le tecniche argomentative possono arricchirsi e gli orizzonti di tutela dei diritti possono espandersi», p. 3. Numerose sono le sentenze che richiamano la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che si caratterizzano per essere «tutte incentrate su un'accorta selezione dei precedenti e degli argomenti adottati», p. 3. Nella giurisprudenza più recente (del 2022): le decisioni sui diritti dei minori (sentenze n. 79 e n. 131); il diritto al ne bis in idem (sentenza n. 149); il diritto dei detenuti di conferire riservatamente con i difensori (sentenza n. 18); il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia (sentenze n. 136 e n. 145).

³ https://www.cortecostituzionale.it/annuario2021/pdf/Relazione_annuale_2021.pdf, p. 16 Il Presidente Amato ricorda come vi sia una concorrenza di tutele, nel senso che l'illegittimità in base alla CEDU si accompagna di solito alla illegittimità anche in riferimento alle norme della Costituzione italiana e può essere alla base anche dei moniti al legislatore.

⁴ Nelle relazioni annuali appena ricordate incontriamo anche il riferimento al ruolo dei precedenti, alla concomitanza delle tutele, alla loro massimizzazione che sono alcune delle tecniche argomentative che hanno accompagnato negli anni il cammino convenzionale della Corte costituzionale. Cammino che era partito dall'affermazione che la Convenzione non poteva costituire

Nella giurisprudenza costituzionale, infatti, non hanno tardato a manifestarsi diverse strategie tese a sbiadire la «funzione interpretativa eminente» ricoperta dalla Corte di Strasburgo in ordine alla lettura della CEDU⁴. Lo stesso aggettivo (eminente), secondo la dottrina, era stato preferito ad altri come «preminente» o «vincolante» proprio per mantenere la possibilità di una «contestualizzazione» delle interpretazioni offerte da Strasburgo⁵. Nel corso del tempo, la Corte costituzionale ha sviluppato una giurisprudenza di «temperamento», in grado di «attenuare il vincolo interpretativo», e di fondare interpretazioni «divergenti» rispetto a Strasburgo⁶. La massimizzazione delle tutele, il bilanciamento, il margine di apprezzamento, la tutela non frazionata e sistemica dei diritti sono stati così gli strumenti di una convivenza tra Corti, che hanno cercato di evitare che i contrasti, quando si sono presentati, assumessero dei toni troppo accesi.

All'interno di un rapporto attraversato da molteplici «storie di successo»⁷ non mancano sfumature e accomodamenti, che mostrano come il cammino convenzionale della Corte costituzionale continui «ad essere attraversato da continui aggiustamenti e ‘smottamenti’»⁸. Possiamo ricordare, ad esempio, i casi in cui la condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo è alla base delle successive pronunce di accoglimento della Consulta, perlomeno nel senso che l'intervento di Strasburgo è stato la molla che ha spinto i giudici a sollevare la questione di legittimità. In questo filone si inseriscono, ad esempio, il diritto a

un valido parametro di giudizio, affermazione modificata solo in *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 10 del 1993, per cui le disposizioni della CEDU costituivano «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica», che però è rimasto isolato.

4 Sentenze nn.348 2007, punto 4.6. del considerato in diritto.

5 G. SILVESTRI, *Considerazioni conclusive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 5.

6 Per queste considerazioni, MASALA, *Strasburgo vista da Roma: il valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Federalismi*, 1/2023, p. 116 e 146.

7 Parafrasando G. RAIMONDI, *Il contributo della Corte EDU all'effettività dei diritti umani in Italia*, in *Federalismi*, 20/2023, che ricorda «le “storie di successo” del sistema europeo di tutela dei diritti umani, cioè i casi nei quali, grazie alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti, qualcosa nella nostra vita è migliorato», IV.

8 B. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 86.

conoscere le proprie origini, in cui la sentenza di accoglimento⁹ segue la condanna dell'Italia nel caso *Godelli*¹⁰. In questa, come in altre decisioni, tuttavia, la Corte dichiara l'illegittimità della normativa nazionale sulla base dei soli parametri interni. Lo stesso è avvenuto nella diagnosi preimpianto all'interno della procedura di fecondazione assistita¹¹, in cui l'illegittimità della legge è stata dichiarata in relazione agli art. 3 e 32 della Costituzione, che hanno assorbito ogni altra censura, malgrado l'indubbio rilievo della decisione *Costa Pavan c. Italia*¹².

Speculari sono le decisioni in cui appare determinante l'influenza sovranazionale. Possiamo ricordare la sentenza n. 25 del 2019 in cui si afferma l'illegittimità della normativa che sanzionava penalmente l'inosservanza delle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi da parte dei sorvegliati speciali. Nella sentenza, considerando «assorbito il parametro interno dell'art. 25, secondo comma, Cost.», si dichiara che la normativa nazionale «viola il canone di prevedibilità della condotta sanzionata con la limitazione della libertà personale, quale contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 del Protocollo n. 4, e rilevante come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost»¹³.

9 Sentenza n. 278 del 2013, su cui, cfr., E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorio Aic*, Dicembre 2013.

10 Corte Edu, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, su cui, M. CERASE, *Il parto in anonimato al vaglio della Corte europea dei diritti: una condanna davvero convincente?* in www.rivistaaic.it, 4/2012; D. Butturini, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in www.forumcostituzionale.it, 24 ottobre 2012.

11 Sentenza n. 96 del 2015, su cui, E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta online, rivista*, II, 2015, p. 533 ss; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015; G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in *Diritti comparati*, 6, 2015, 11 giugno 2015.

12 Corte Edu, *Costa et Pavan vs Italia*, 28 agosto 2012, su cui, C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1, 2013.

13 Sentenza Corte cost., n. 25 del 2019, Punto 15 e 14.2 del considerato in diritto.

Il ruolo della CEDU appare chiaramente anche all'interno delle ordinanze della Corte costituzionale di rinvio dell'udienza a data fissa¹⁴. Si pensi al caso relativo alla pena della reclusione per il delitto di diffamazione commessa a mezzo stampa: nell'ordinanza di rimessione del Tribunale ordinario di Bari, il parametro di costituzionalità è rappresentato esclusivamente dall'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU; in quella del giudice di Salerno, si richiamano anche gli artt. 3, 21, 25, 27 Cost. La Corte, com'è noto, decide di non intervenire subito con una sentenza di accoglimento, usando la tecnica del rinvio a data fissa, con il fine di permettere un intervento del legislatore, prima che si giunga alla «preannunciata» dichiarazione di incostituzionalità della disciplina censurata¹⁵. La Consulta ricorda che il bilanciamento di cui sono espressione le norme del Codice penale e della vigente legge sulla stampa «è divenuto ormai inadeguato, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU, che al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive, ancorché sospese o in concreto non eseguite, nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la reputazione altrui»¹⁶.

¹⁴ Questa tecnica, insieme al superamento c.d. rime obbligate, verso le c.d. «rime adeguate» (M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2023_Convegno_Como/Marco_Ruotolo_-_Le_tecniche_decisorie.pdf, p. 16 ss; dello stesso autore anche, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019), è considerata dalla dottrina una delle più significative vicende del processo costituzionale. Tecnica ricondotta all'esigenza di «rendere giustizia costituzionale», per ricordare il titolo di un illuminante saggio del prof. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2020, in cui l'Autore sottolinea che «Rendere giustizia costituzionale significa contribuire, anche in misura minima e marginale, a invertere la Costituzione nell'ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme "super-primarie", per farla diventare materia viva della convivenza sociale, presente negli accordi e nei conflitti, garanzia molecolare di libertà e di eguaglianza nella società civile e nei rapporti tra questa e l'autorità dello Stato», p. 15.

¹⁵ M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953 cit.*, p. 21.

¹⁶ Ordinanza n. 132 del 2020, punto 7.3. del Considerato in diritto. Inoltre si aggiunge: «considerato che vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere, la Corte ritiene opportuno, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni, rinviare la decisione delle questioni ora sottoposte a una successiva udienza, in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea

Il rinvio a data fissa lo ritroviamo anche nella decisione sull'ergastolo ostativo, in cui, di nuovo, un ruolo considerevole, nel ragionamento dai giudici costituzionali, è svolto dalle sentenze della Corte Edu. In questa ordinanza, il 'posto' occupato da giurisprudenza convenzionale (*Viola c. Italia*)¹⁷ è successivo alla ricostruzione dei principi affermati nella giurisprudenza interna¹⁸. Dopo aver ricostruito i precedenti nazionali sul tema, la Corte afferma che «una giurisprudenza ispirata ai medesimi principi si è andata formando presso la Corte Edu» (punto 4 del considerato in diritto). In questa circostanza, peraltro, il Governo è successivamente intervenuto con il d.l. del 31 ottobre 2022, n. 162¹⁹, ragion per cui la Consulta ha restituito gli atti al giudice per consentirgli di verificare la sussistenza dei dubbi di legittimità costituzionale²⁰.

Come mostrano queste pronunce, la semplice osservazione della giurisprudenza costituzionale, e delle ordinanze di rimessione dei giudici *a quibus*, ri-

con i principi costituzionali e convenzionali illustrati», punto 8 del Considerato in diritto. Ordinanza seguita dalla pronuncia di incostituzionalità, n. 150 del 2021, su cui cfr. A. CARDONE, *Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione: quid iuris oltre il caso della professione giornalistica?* in *Consulta on line*, 1/2022; L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in *Nomos*, 3/2021; D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, in *Consulta online*, Studi, 2020/III; M. Picchi, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, p. 1411; M. Cuniberti, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2020.

17 Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 13 giugno 2019 - definitiva il 7 ottobre 2019, *Viola contro Italia*.

18 Ordinanza n. 97 del 2021, seguita da una ulteriore ordinanza che proroga il termine inizialmente stabilito per l'intervento del Parlamento, ordinanza n. 122 del 2022, su cui cfr. M. Ruotolo, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2022; D. Galliani, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia Insieme*, 20 maggio 2021; M. Massa, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2/2021.

19 Cfr. F. MORO, *L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro*, in *Sistema penale*, 5/2023, p. 109 ss; A. Ricci, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza Penale*, 2022, 11; F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in *Giustizia insieme*, 2 novembre 2022; R. De Vito, *Finisce davvero il "fine pena mai"?* *Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione giustizia*, 2 novembre 2022.

20 Corte cost., ordinanza n. 227 del 2022.

vela l'uso delle Carte dei diritti, europea e convenzionale, che accompagnano sovente la ricostruzione delle ragioni poste alla base, prima, della non manifesta infondatezza delle questioni e, poi, delle decisioni della Consulta. L'intreccio tra i parametri interni e sovranazionali influenza l'esito del giudizio, seppure, come visto, con diverse sfumature e gradazioni.

2. La massimizzazione delle tutele e la differenza tra una Corte dei diritti ed una Corte costituzionale

Una delle strategie argomentative su cui si basa la «fluidità»²¹ della relazione tra Corte costituzionale e Corte Edu è rappresentata dalla massimizzazione delle tutele, che mette bene in risalto la differenza tra una Corte dei diritti ed una Corte costituzionale. Com'è noto, fu Paolo Barile ad affermare che «una regola, inespressa nel diritto positivo, ma totalmente pacifica in letteratura, tanto da esser data quale presupposto costante dell'interpretazione, è quella della presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali»²². La formulazione di Barile (la «presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali») era stata poi considerata «la vera stella polare della navigazione giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali»²³. All'interno del concetto di massima espansione delle tutele, però, la Consulta include anche il bilanciamen-

21 B. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018 cit.*, p. 86.

22 P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41.

23 G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006. In particolare, Silvestri sosteneva che «il giudice deve orientarsi tra una pluralità di tutele, scegliendo quella che, a suo argomentato avviso, sia la più ampia per il caso specifico, procedendo in tal modo all'allineamento verso l'alto del livello di protezione. Se questo criterio di scelta diventasse *communis opinio* di tutti i giudici, nazionali ed europei, si potrebbe dire che nell'ordinamento europeo il tradizionale principio della certezza del diritto tenderebbe ad evolversi in un più adeguato principio di *certezza e massimizzazione della tutela*», p. 16. Cfr. anche F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 17-18: «L'idea del maximum standard è qui declinata, dunque, non già con riferimento al singolo diritto fondamentale che entra di volta in volta in considerazione (nel caso delle «pensioni svizzere», il diritto all'equo processo previsto dall'art. 6 CEDU e dalla corrispondente norma costituzionale, l'art. 111 Cost.); bensì con riferimento ad un *saldo complessivo*, che mira alla *massima tutela non solo dei diritti fondamentali, ma anche di tutti i principi e gli interessi* – di natura pubblica e privata – riconosciuti dalla Costituzione italiana (come, nel caso di specie, la parità di trattamento tra i titolari di trattamenti pensionistici – non è giusto che chi ha pagato meno contributi riceva la stessa pensione di chi ha pagato di più –, e addirittura i vincoli di bilancio imposti dall'art. 81 Cost.)».

to con gli altri interessi costituzionalmente protetti, che potrebbero essere coinvolti dall'espansione di una singola pretesa²⁴. L'interpretazione dei diritti fondamentali, infatti, «deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»²⁵. Nella giurisprudenza convivono così due movimenti: la volontà di dar vita ad una integrazione delle garanzie che sia di segno positivo; e la creazione di uno spazio in cui operare un bilanciamento tra le norme della Convenzione e la Costituzione. La massima espansione delle tutele sembra prendere le forme di un Giano bifronte che, attraverso il confronto tra norme interne e sovranazionali, tende, da un lato, all'ampliamento delle garanzie, dall'altro lato, ad un loro sviluppo equilibrato, che può condurre, pur di fronte a condanne dell'Italia per violazione della CEDU, a decisioni che non sfociano necessariamente nell'accoglimento delle questioni sollevate.

La Corte costituzionale si fa portatrice di una visione che potremmo definire olistica delle garanzie, necessaria per «evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea»²⁶.

24 E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 2013, 766, sostiene che: «Non vi è alcun dubbio, in definitiva, che fin dalla sent. del 2009 la Corte costituzionale si sia assunta l'incarico di vigilare affinché l'ingresso di tutte le norme delle carte internazionali dei diritti – e non solo di quelle della Convenzione europea, a cui la sentenza si riferiva – provochi un effettivo innalzamento, anziché un arretramento, del livello di tutela dei diritti già garantito nell'ordinamento costituzionale italiano».

25 Corte cost., sentenza n. 317 del 2009, punto 7 del cons. in dir. La Corte sottolinea che non può «consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale». La Corte continua affermando: «La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti». «deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro», Corte cost., n. 317, cit., punto 7 del cons. in dir. Cfr., A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in www.forumcostituzionale.it; O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?* in www.forumcostituzionale.it.

26 Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317, cit., punto 7 del cons. in dir.

La massimizzazione delle tutele, infatti, viene inserita all'interno di una visione complessiva dell'ordinamento, in cui i diritti non vivono isolati, ma si integrano e limitano vicendevolmente, convivendo con interessi generali meritevoli di tutela²⁷.

Seguendo questo approccio, una funzione importante è svolta dal margine di apprezzamento nazionale, che è l'altra faccia della sussidiarietà della CEDU. Il margine di apprezzamento, lasciando agli Stati membri uno spazio di azione, contempera la uniformità con la diversità, consentendo la convivenza tra ordinamenti differenti²⁸. Il riconoscimento della 'migliore posizione' in cui si trovano gli Stati al fine di decidere come attuare la Convenzione, tenendo in considerazione le specificità nazionali, diviene uno dispositivo centrale nel controllo sul rispetto della CEDU²⁹. Uno degli elementi di maggiore criticità del sistema CEDU, infatti, è rappresentato dalla circostanza che la Corte di Strasburgo opera «al di fuori di un apparato statale e della relazione con un organo adibito alla produzione normativa ordinaria. Una giurisdizione senza legislazione e senza Stato. In un simile contesto, è quasi del tutto assente il dialogo fra

27 Come sottolinea anche A. PERTICI, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Le Corti costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 173, «la Corte costituzionale è inserita nel sistema nel quale si realizzano le violazioni dei diritti fondamentali da parte dei pubblici poteri, ed in particolare – almeno per quanto specificamente concerne la Corte costituzionale italiana – da parte del legislatore, e sarà pertanto maggiormente sensibile alla necessità di preservare determinati equilibri istituzionali, tendendo altresì a tenere in particolare considerazione del “contesto” giuridico ed anche storico-politico nel quale la sua decisione va ad inserirsi».

28 F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

29 Lo stesso margine di apprezzamento è richiamato dalla Corte costituzionale nella saga sulle leggi retroattive, in cui è apparsa più problematica la “convivenza” tra l'ordinamento nazionale e la CEDU. La Corte di Strasburgo aveva affermato il divieto per il legislatore di interferire nell'amministrazione della giustizia, influenzando la risoluzione delle cause, attraverso l'attribuzione alla legge di un significato che avvantaggi lo Stato, con la sola eccezione della presenza di ragioni imperative di interesse generale (Cfr Corte EDU *Scordino c. Italia*, del 29 marzo 2006). Nella sentenza n. 311 del 2009, la Corte costituzionale utilizza il margine di apprezzamento per respingere le censure di illegittimità su di una legge retroattiva, sostenendo che l'individuazione dei motivi imperativi di interesse generale è rimessa agli Stati contraenti, che si trovano nella posizione più adeguata a valutare i profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali implicati dalle singole vicende. Sulla sentenza n. 311 del 2009, cfr R. DICKMANN, *La legge di interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?* in federalismi.it, 24/2019; M. Massa, *La “sostanza” della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. Cost.*, 2009, pp. 4679 ss.

attori politici e attori giurisdizionali e viene perciò a mancare il più decisivo fattore di contenimento della creatività interpretativa dei giudici»³⁰. Il margine di apprezzamento si presenta allora come un fattore di moderazione, che consente di valorizzare l'operato degli organi politici nazionali, in ossequio al principio di sussidiarietà³¹.

3. Il diritto consolidato e il nuovo corso della giurisprudenza sui rinvii pregiudiziali

All'interno delle strategie argomentative tese al «temperamento» della giurisprudenza sovranazionale, un ruolo significativo è ricoperto dalla nozione di diritto consolidato³². Nella sentenza n. 49 del 2015, relativa alla disciplina in tema di confisca di terreni e immobili in caso di lottizzazione abusiva, la Corte costituzionale ha affermato che l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza CEDU è riferito solo al diritto consolidato³³. Questo significa che il giudice nazionale deve conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo solo se la decisione è espressione di un «diritto consolidato», oppure ci si trova dinanzi ad

30 G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, Rivista AIC, 3/2017, p. 26.

31 Come, d'altronde, espressamente indicato nel Protocollo n. 15, recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, che sancisce che «Alla fine del preambolo della Convenzione è aggiunto un nuovo considerando così redatto: Affermando che spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione».

32 P. MASALA, *Strasburgo vista da Roma: il valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 116

33 Su cui, cfr., V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in Osservatorio costituzionale, maggio 2015; D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. N. 49/2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, 318 ss; G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, 303 ss; Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 288 ss; V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015; D. Russo, *La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in Osservatorio sulle fonti, 2/2014; P. Mori, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della 'normalizzazione' dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in SIDIBlog, aprile, 2015.

una sentenza pilota³⁴. Le caratteristiche proprie del sistema convenzionale, infatti, implicano: «il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra». Questo dialogo coinvolge «idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale»³⁵.

Il tema del dialogo, su cui si sono già scritti innumerevoli contributi, si arricchisce oggi di nuova linfa, alimentata dall'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici costituzionali. Nei rinvii più recenti, come nel caso del diritto al silenzio nei procedimenti davanti alla Consob, o del mandato d'arresto europeo, la Consulta più che sbandierare l'arma dei controlimiti ha offerto una lettura del sistema sovranazionale di tutela, Carta di Nizza e Convenzione EDU, che andasse in una direzione compatibile con la nostra Costituzione. La Corte costituzionale ha, cioè, spostato l'attenzione da chi dice l'ultima parola, secondo la logica dei controlimiti, a quella di chi dice la prima parola³⁶, impostando la questione, mostrando le potenzialità insite nelle Carte dei diritti sovranazionali, partecipando, in definitiva, alla creazione di uno *standard* di tutela, frutto di un dialogo in cui «non è importante» chi dice l'ultima

34 Cfr. P. MASALA, *Strasburgo vista da Roma: il valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 125 ss.

35 Punto 7 del Considerato in diritto. La Consulta ricorda anche come, in ordine alle «modalità organizzative del giudice di Strasburgo», quest'ultimo «si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera», punto 7 del considerato in diritto. E allora, seguendo l'impostazione della sentenza n. 49 del 2015, non siamo davanti ad un diritto consolidato quando si riscontra una: «creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano». Cfr., P. Masala, *Strasburgo vista da Roma: il valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano* cit., p. 126.

36 M.R. FERRARESE, «*Dal verbo*» legislativo a chi dice «l'ultima parola», in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 63ss.

parola³⁷. D'altronde, la dottrina già nel 1999 aveva sottolineato che i rinvii delle Corti supreme più che domande dovrebbero essere delle «proposte di soluzione, che spieghino dettagliatamente le ragioni per cui tali proposte siano preferibili nella prospettiva della sensibilità costituzionale della Corte che opera il rinvio».

Questo nuovo corso della giurisprudenza costituzionale è collegato all'inversione dell'ordine di priorità tra pregiudiziale comunitaria e costituzionale, inaugurato, com'è noto, dalla sentenza n. 269 del 2017.³⁸ La volontà collaborativa e non contrappositiva di cui i più recenti rinvii³⁹ rappresenta così l'altra

37 S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, che sottolinea: «La moltiplicazione delle istituzioni abilitate a dire l'ultima parola consente di capire che non è importante chi dica l'ultima parola, ma chi partecipa al dialogo, in *Accademia delle Scienze di Torino, "Inaugurazione del 232° Anno Accademico dell'Accademia delle Scienze di Torino"*, Torino, Accademia delle Scienze, 2015, p. 29.

38 Su cui, cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista diritti comparati*, 3/2017, p. 234 ss; L. SERENA ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi*, 3/2018, D. Tega, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia*, 12/03/2018; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio aic*, 2/2018; C. Amalfitano, *Il dialogo tra giudice comune, corte di giustizia e corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019; M. Massa, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019; G. MARTINICO e G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p.731 ss; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4/2019.

39 Anche nell'ordinanza n. 117 del 2019, relativa al diritto al silenzio nelle procedure dinanzi la CONSOB, la Corte ricorda che «tutte le norme della Costituzione, della CEDU, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della CDFUE invocate dalla Corte di cassazione convergono nel riconoscimento – esplicito, nel caso dell'art. 14 del Patto internazionale; implicito, in tutti gli altri casi – del diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessoria (nemo tenetur se ipsum accusare)», punto 3 del conbiderato in diritto, su cui cfr. A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio Aic*, 6/2019; S. Catalano, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio Aic*, 4/2019; A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, 2/2019.

faccia della scelta di riaccentramento⁴⁰ operata nel 2017 (come dimostra il crescente numero di rinvii sollevati⁴¹). In questa tendenza si iscrive l'ordinanza 216 del 2021, in tema di mandato d'arresto europeo, in cui la Consulta basa il suo ragionamento sulle norme costituzionali nazionali e su quelle sovranazionali⁴². I giudici costituzionali affermano che è lo stesso diritto Ue che «non potrebbe tollerare che l'esecuzione del mandato di arresto europeo determini una violazione dei diritti fondamentali dell'interessato riconosciuti a livello europeo». Per la Corte costituzionale, dunque, è, *in primis*, nel sistema comunitario che deve essere ravvisata la garanzia delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte. La Consulta non sceglie in modo frontale la strada dei controlimiti, non utilizza la nostra «opzione nucleare»⁴³, ma scommette sulla «costruttiva e leale cooperazione» tra le Corti, offrendo a Lussemburgo gli argomenti per giungere ad un'ulteriore trasformazione delle regole del mandato di arresto⁴⁴.

40 Per tutti, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di «ri-accentramento» della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna Bononia University Press, 2020.

41 L'ultimo rinvio è contenuto nell'ordinanza n. 29 del 2024, in cui la Corte costituzionale sottolinea «tanto premesso, deve, anzitutto, ribadirsi che, nel caso in cui il giudice comune sollevi una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, questa Corte non può esimersi dal fornire una risposta con gli strumenti che le sono propri e che l'effetto diretto delle norme di diritto primario e derivato evocate dal giudice a quo (sentenza n. 67 del 2022, nonché Corte di giustizia UE, in causa C-350/20, *O.D. e altri*) non rende le odierne questioni inammissibili, in quanto esse prospettano il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e diritti della Carta che «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana» (sentenza n. 149 del 2022)», punto 2 del Considerato in diritto.

42 La Corte costituzionale italiana ha rimesso due questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia in tema di mandato di arresto con le ordinanze nn. 216 e 217 del 2021, su cui C. AMALFITANO e M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 1/2022, 5 ss.; S. Barbareschi, *Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. n. 216 del 2021*, in *Nomos*, 3/2021; A. MASSARO, *Mandato d'arresto europeo e rifiuto facoltativo di consegna del cittadino di un Paese terzo: l'ordinanza n. 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2021.

43 Parafrasando l'espressione di BARROSO, riferita ad un contesto diverso, quello dell'applicazione dell'art. 7 TFUE, cfr. BARROSO, *Discorso annuale sullo stato dell'Unione pronunciato al Parlamento europeo, Strasburgo*, 12 settembre 2012.

44 Cfr. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari «virtuosi» della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 2, pp. 177 ss; V. Mitsilegas, *The symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 4, pp. 457 ss; N. M. Schallmoser, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights. Risks of Violations of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR*, in *European Journal of Crime, Criminal*

Questi casi, che mettono bene in luce le virtù del rinvio pregiudiziale e del dialogo⁴⁵, possono contribuire al dibattito sull'esecuzione del Protocollo 16 alla Convenzione europea, esecuzione che, pur esulando da questo contributo, rimane sempre sullo sfondo dei diversi discorsi sul rapporto tra diritto interno e Convenzione Edu⁴⁶. Lo strumento del parere consultivo può essere inquadrato all'interno dei meccanismi che contribuiscono ad una migliore conoscenza della nostra tradizione giuridica, rilevante al momento della decisione dei ricorsi⁴⁷.

La capacità di dialogare efficacemente con le Corti sovranazionali, ben rappresentata dagli esiti positivi degli ultimi rinvii alla Corte di Giustizia⁴⁸, ha

Law and Criminal Justice, 2014, 2, pp. 135 ss.

45 Come sottolinea G. PISTORIO, *Il diritto integrato, "figlio" del dialogo tra Corti. Nota alla sentenza n. 54 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1/2022, in relazione ad un altro rinvio pregiudiziale, inerente alla attribuzione dell'assegno di natalità e di maternità agli stranieri extracomunitari non in possesso del permesso per Ue per i soggiorni di lungo periodo: «Il dialogo ha sortito gli effetti sperati. In tempi abbastanza ragionevoli. Vengono così in parte fugati i dubbi in merito alla possibile crisi di effettività e immediatezza della tutela della parte processuale, derivante dalla scelta di privilegiare l'incidente di costituzionalità al rinvio pregiudiziale», p. 16.

46 Il Protocollo 16, com'è noto, istituisce la procedura dei pareri consultivi, ossia la possibilità di chiedere un parere alla Corte di Strasburgo in ordine alla corretta interpretazione della Convenzione o dai suoi protocolli. Secondo il protocollo 16 sono le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente che possono presentare alla Corte di Strasburgo le richieste di pareri consultivi che devono riguardare una causa pendente. Un parere non vincolante che, però, può consentire di risolvere questioni di interesse generale, permettendo ai giudici nazionali di interloquire, di impostare la questione, di far conoscere la prospettiva nazionale alla Corte di Strasburgo, su cui cfr. E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Torino, Giappichelli, 2015; della stessa Autrice, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *Giustizia insieme*, 18 novembre 2020; M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi*, n. 3/2019; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in *Sistema penale*, 2019.

47 F. FABBRINI, *The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison*, in *iCourts Working Paper Series* No. 15, 2015, p. 5; *Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2014 Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?*, European Court of Human Rights, 2014.

48 Si vedano, ad esempio, gli esiti dei due rinvii pregiudiziali sul mandato d'arresto, in cui prima vi è stata la risposta della Corte di giustizia (sentenza della CGUE del 18 aprile 2023, E.D.L., C-699/21, e sentenza Corte di giustizia del 6 giugno 2023 O.G., C-700/21) e poi le sentenze della Corte costituzionale n. 177 e 178 del 2023, su cui cfr. C. Amalfitano, *Mandato di arresto europeo e garanzie di risocializzazione del condannato: tutela anche dell'extracomunitario radicato nello Stato di esecuzione*, in *Quaderni AISDUE*, 6, 2023, 102 ss; C. Troncone, *Diritto alla salute e principio di uguaglianza davanti alla legge dei cittadini di Paesi Terzi nel mandato d'arresto europeo. Nota a Corte cost., sentenze n. 177 e n. 178 del 2023*, in *Osservatorioaic.*, 2/2024.

portato la dottrina internazionale a definire la tecnica argomentativa sviluppata dalla nostra Consulta come della «*seduction*»⁴⁹. Questa modalità potrebbe essere esercitata anche nei confronti della Corte di Strasburgo, contribuendo alla costruzione del sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali. Nell'ultima relazione annuale, infatti, il prof. Barbera, dopo aver sottolineato il richiamo «costante» alla CEDU, in una «ottica di integrazione», ricorda che «le sfide della contemporaneità per le democrazie liberali sono largamente omogenee; e sarebbe miope volerle affrontare in solitudine, senza soffermarsi su quanto si è deciso altrove, nella certezza, corroborata dalla prassi, che a loro volta le ragioni di questa Corte potranno essere tenute in conto»⁵⁰.

49 D. SARMIENTO, *The CONSOB way- or how the Corte Costituzionale taught Europe (one again) a masterclass in constitutional dispute settlement*, in *Weekend Edition*, 54, 16 aprile 2021, 2 ss., in www.issuu.com/eulawlive.

50 https://www.cortecostituzionale.it/annuario2023/pdf/Relazione_annuale_2023.pdf, p. 10. Inoltre si afferma che: «numerose, e spesso importanti, sono le pronunce di questa Corte che, anche nel 2023, hanno fatto riferimento alle decisioni della Corte europea dei diritti», ricordando «le sentenze n. 8 in tema di indebito oggettivo; n. 40 in tema di sanzioni pecuniarie; n. 105 in tema di colloquio dei detenuti; n. 107 e n. 205 in tema di ragionevole durata del processo; n. 111, in tema di diritto al silenzio; n. 183 in tema di tutela dei minori».

GIULIANO GRÜNER
Professore ordinario di diritto amministrativo Universitas Mercatorum
giuliano.gruner@gmail.com

INTERESSI LEGITTIMI “FONDAMENTALI” O “SEMPLICI” INTERESSI LEGITTIMI?

“FUNDAMENTAL” LEGITIMATE INTERESTS OR “SIMPLE” LEGITIMATE INTERESTS?

SINTESI

L'Autore si pone l'obiettivo di capire se la locuzione interessi legittimi “fondamentali”, che comincia ad essere utilizzata dalla dottrina (ma non dalla giurisprudenza), possa esprimere – allo stato normativo attuale – un concetto giuridico diverso da quello di “semplice” interesse legittimo. L'Autore muove dalla individuazione di quali situazioni giuridiche soggettive potrebbero incarnare gli interessi legittimi “fondamentali”, e si sofferma sulle inevitabili criticità concernenti il riparto di giurisdizione in ordine alle relative controversie. In particolare, si osserva che, seppure il filone inaugurato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 potrebbe aprire le porte al riconoscimento del concetto giuridico degli interessi legittimi “fondamentali”, tanto più se letto alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di misure amministrative restrittive adottate durante la pandemia, vi sono ancora due ostacoli al suo accoglimento. In primo luogo, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, la quale, attraverso la rivitalizzazione di risalenti – quanto discutibili – teorie (quella dei diritti così detti diritti “indegradabili” e quella secondo cui agli atti amministrativi vincolati corrisponderebbero sempre e soltanto diritti soggettivi), ricomprende le situazioni giuridiche soggettive in esame nell'alveo, per l'appunto, dei diritti soggettivi. In secondo luogo, talune scelte del legislatore, il quale affida direttamente alla giurisdizione ordinaria controversie di diritto pubblico nell'ambito delle quali ben potrebbero venire in considerazione interessi legittimi “fondamentali”. L'Autore critica queste imposita-

zioni, ma, al contempo, rileva che la locuzione interessi legittimi “fondamentali” potrebbe forse risultare superflua. In conclusione, l'Autore argomenta per una valorizzazione della reale portata defensionale del “semplice” interesse legittimo.

ABSTRACT

The Author aims to understand whether the term “fundamental” legitimate interests, which is starting to be used by doctrine (but not by jurisprudence), can express – in the current regulatory state – a legal concept different from that of “simple” legitimate interest. The Author starts from the identification of which subjective legal situations could embody the “fundamental” legitimate interests, and focuses on the inevitable critical issues concerning the division of jurisdiction in relation to the related disputes. In particular, it is noted that, although the trend inaugurated by the ruling of the Constitutional Court n. 204 of 2004 could open the doors to the recognition of the legal concept of “fundamental” legitimate interests, even more so if read in light of the recent jurisprudence of the Constitutional Court on the subject of restrictive administrative measures adopted during the pandemic, there are still two obstacles to its acceptance. Firstly, the jurisprudence of the United Sections of the Supreme Court of Cassation, which, through the revitalization of dating back – and questionable – theories (that of the so-called “non-degradable” rights and that according to which binding administrative acts always correspond only to subjective rights), includes the subjective legal situations under consideration, precisely, in the context of subjective rights. Secondly, certain choices made by the legislator, who directly entrusts public law disputes to ordinary jurisdiction in the context of which “fundamental” legitimate interests could well come into consideration. The Author criticizes these approaches, but, at the same time, notes that the term “fundamental” legitimate interests could perhaps be superfluous. In conclusion, the Author argues for a valorization of the real defense scope of the “simple” legitimate interest.

PAROLE CHIAVE: interesse legittimo; potere amministrativo; diritti fondamentali; giurisdizione.

KEYWORDS: legitimate interest; administrative power; fundamental rights; jurisdiction.

INDICE: 1. La locuzione interessi legittimi “fondamentali”; 2. Una possibile individuazione degli interessi legittimi “fondamentali”; 3. Questioni critiche sulla giurisdizione in ordine alle relative controversie; 4. La posizione della Corte costituzionale; 5. La recente posizione delle Sezioni Unite (e del Consiglio di Stato); 6. Ancora sulla posizione della Corte costituzionale; 7. Su talune controversie di diritto pubblico, anche concernenti interessi legittimi “fondamentali”, devolute alla giurisdizione del giudice civile; 8. Superfluità della locuzione interessi legittimi “fondamentali”? 9. La necessaria e opportuna riscoperta del “semplice” interesse legittimo e del giudice amministrativo come “vero” giudice del potere amministrativo autoritativo.

1. La locuzione interessi legittimi “fondamentali”

La locuzione interessi legittimi “fondamentali”, che ad oggi, almeno a quanto risulta, non ha rinvenuto riscontro presso la giurisprudenza amministrativa, compare nella *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa*, del 30 gennaio 2023, del Presidente del Consiglio di Stato¹. Ma essa era stata già impiegata in un significativo contributo pubblicato all'inizio del 2020 sul sito *web* istituzionale della giustizia amministrativa². Ancor prima, ad essa era stata dedicata una

¹ L. MARUOTTI, *Insediamento del Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti e Relazione sull'attività della giustizia amministrativa*, Roma, Palazzo Spada, 30 gennaio 2023, 5 e ss.: «Durante la mia presidenza, mi impegnerò in ogni modo affinché la funzione giurisdizionale e quella consultiva della nostra Magistratura siano perfettamente conformi al modello disegnato dalla Costituzione. // Tale esigenza è tanto più significativa in questo periodo, in cui lo Stato, come storicamente avviene in ogni momento di crisi, ha dovuto ampliare il suo ruolo, non solo nel campo economico, ma anche in ambiti più direttamente incidenti sulle posizioni giuridiche individuali. // Il Giudice amministrativo, quale Giudice del potere pubblico, è diventato di conseguenza sempre più il Giudice dell'economia ed il Giudice dei diritti fondamentali incisi da atti dell'Autorità pubblica. // Si può affermare, quindi, che il Giudice amministrativo è anche il *Giudice degli interessi legittimi fondamentali*» (corsivi aggiunti).

² M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, Relazione al Convegno internazionale su *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 6 dicembre 2019, in www.giustizi-amministrativa.it, 2020, il quale – in un'ottica complessiva, che in questa sede si condivide, volta a sminuire la discrezionalità come criterio di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, e a valorizzare un criterio che tenga in considerazione la natura del rapporto, di diritto pubblico o di diritto privato, nell'ambito del quale si instaurino le controversie – afferma: «Né appare giustificato ritagliare un criterio di specie per i cd. diritti “indegradabili”, ovvero sia che la giurisdizione del giudice ordinario riemerga in presenza di un diritto “fondamentale” o del suo “core”. // Come è noto, una tale prospettiva è stata sconfessata dal giudice delle leggi [Corte cost. n. 140 del 2007], ma ciò che si vuole qui sottolineare è la sua intrinseca erroneità. // L'affermazione del carattere “indegradabile” del diritto è anzitutto un assunto di carattere sostanziale e non processuale: si vuole cioè intendere che quel diritto (o il suo *core*) si impone su ogni altro interesse concorrente. // Tutta altra e separata questione è se tale posizione sostanziale si imponga nell'ambito di rapporti di diritto pubblico o nell'ambito di rapporti di diritto privato e, conseguentemente, vada tutelata di fronte al giudice amministrativo o al giudice ordinario. // E non vi è alcun dubbio, per un “qualsiasi” interesse tutelato, che sia il giudice amministrativo ad apprestare naturalmente la mi-

parte di un lavoro monografico³, nonché una interessante tesi di dottorato⁴. Nelle pagine che seguono si tenterà una sintetica ricostruzione del relativo concetto, con le inevitabili criticità che esso pone rispetto al riparto di giurisdizione. Ci si concentrerà, segnatamente, sulle varie manifestazioni del diritto alla salute, inteso in senso lato, in relazione al potere amministrativo autoritativo, perché è proprio muovendo da questo diritto, l'unico ad essere definito come «*fondamentale*» dalla Costituzione, che la prospettiva in esame ha ricevuto i primi abbozzi di elaborazione. Non mancheranno, comunque, cenni, più o meno approfonditi, anche ad altre situazioni giuridiche soggettive fondamentali che potrebbero assumere le sembianze di interessi legittimi, per l'appunto, “fondamentali”.

glier tutela nei rapporti di diritto pubblico. Basti pensare, dalla cautela all'ottemperanza, alla ineguagliabile capacità di penetrazione conformativa e sostituiva che il giudice amministrativo può esercitare nei confronti dell'amministrazione. Anzi, tutto ciò induce semmai a ritenere che, a maggior ragione, un bene di rango superiore debba potere usufruire di una siffatta tutela. // Se proprio si vogliono poi declinare, in chiave processuale, i *diritti fondamentali* ai fini del riparto, ben potrà affermarsi che tali posizioni soggettive, ogni qual volta si incuneino in *rapporti di diritto pubblico*, diano luogo a “*interessi legittimi fondamentali*”» (corsivi aggiunti).

3N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, pubblicato su www.giustamm.it, il quale – criticamente – osserva: «In realtà nella storia repubblicana si è progressivamente affermata una pericolosa ideologia dei diritti costituzionali, tutt'ora vivente, secondo la quale questi sarebbero da tutelarsi esclusivamente nella dimensione garantistica del *diritto soggettivo*, pieno ed incondizionato, anche innanzi ad un'Amministrazione pubblica ed ancor prima innanzi ad una norma attributiva di un *potere*, negando che un diritto inviolabile possa vivere dinamicamente come situazione giuridica mediata, in quanto connessa, da una funzione di interesse pubblico; tale ideologia rischia di neutralizzare in radice l'esercizio stesso del potere, non più tale innanzi ad un diritto incompressibile ed esclusivamente tutelabile in seno alla giurisdizione ordinaria (e non a quella amministrativa). In sintesi, diritti “senza potere”. // Tale prospettiva porta con sé una mistificazione della cultura dei diritti costituzionali, una sorta di assolutizzazione dell'ideologia liberale che appare inconciliabile con uno Stato sociale pluriclasse, nel quale i diritti costituzionali non posso essere attuati *in solitudine*, al di fuori di ogni logica di relazione e funzionale, ovvero al di fuori di una connessione tra dimensione individuale dei diritti e principio di uguaglianza, quale sintesi costituzionale teleologica degli interessi pubblici legislativamente individuati ed assegnati in cura ad un'Amministrazione» (corsivi dell'Autore).

4 L. GALLI, *Gli interessi legittimi “fondamentali”. Il giudice amministrativo e le situazioni giuridiche di rilievo costituzionale*, Scuola di dottorato dell'Università degli Studi Milano-Bicocca, Tutor Prof. Margherita Ramajoli, A.A. 2016/2017.

2. Una possibile individuazione degli interessi legittimi “fondamentali”

La ricostruzione di un plausibile orizzonte di senso della locuzione interessi legittimi “fondamentali”, ammesso e non concesso che esista, potrebbe essere la seguente: che essa stia ad indicare che il potere amministrativo autoritativo, attribuito dalla legge nell’osservanza del principio di legalità sostanziale⁵, sarebbe idoneo – fermi, naturalmente, i limiti esterni delle quattro riserve di giurisdizione, intangibili da parte del potere amministrativo autoritativo (art. 13, art. 14, con l’eccezione del comma 3, art. 15 e art. 21, con l’eccezione, sia pur

⁵ La bibliografia amministrativistica su questo principio è assai copiosa. Pertanto, si rinvia alle parole di Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115: «Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l’imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente l’assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa. [...] // La Costituzione italiana, ispirata ai principi fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge (art. 23). La riserva di legge appena richiamata ha indubbiamente carattere relativo, nel senso che lascia all’autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione. Il carattere relativo della riserva *de qua* non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell’azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini. // Secondo la giurisprudenza di questa Corte, costante sin dalle sue prime pronunce, l’espressione «in base alla legge», contenuta nell’art. 23 Cost., si deve interpretare “in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale”; questo principio “implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all’arbitrio dell’ente impositore la determinazione della prestazione” (sentenza n. 4 del 1957). Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all’art. 23 Cost., è quanto meno necessario che “la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l’attività dell’amministrazione” (sentenza n. 190 del 2007). // È necessario ancora precisare che la formula utilizzata dall’art. 23 Cost. “unifica nella previsione i due tipi di prestazioni “imposte” e “conserva a ciascuna di esse la sua autonomia”, estendendosi naturalmente agli “obblighi coattivi di fare” (sentenza n. 290 del 1987). Si deve aggiungere che l’imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di “prestazione”, in quanto, imponendo l’omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch’essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare»

di poco momento, del comma 6, Cost.)⁶ ed i limiti interni posti dalle singole disposizioni costituzionali (ad esempio, i «motivi di sanità o di sicurezza» e le «ragioni politiche», di cui all'art. 16, comma 1) – ad incidere, in senso ampliativo o restrittivo, ma sempre nella rigorosa osservanza del principio di proporzionalità⁷ e di ragionevolezza⁸, sulle situazioni giuridiche soggettive previste dalla Costituzione nei suoi *Principi fondamentali* o nella sua *Parte I*, al fine di curare interessi pubblici ritenuti maggiormente meritevoli di tutela nei casi concreti: proprio tali situazioni giuridiche soggettive potrebbero essere, per l'appunto, gli interessi legittimi “fondamentali”.

6 Sulle quali cfr., per tutti, V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionale*, Padova, 1992. Rispetto alle riserve di giurisdizione, che non possono essere incise dal potere amministrativo, il problema – come si vedrà in seguito – ha sempre principalmente riguardato i rapporti tra l'art. 13 Cost., che, per l'appunto, ne rappresenta l'archetipo, cioè la libertà personale, e l'art. 16 Cost., il quale, diversamente, prevede riserve di legge, anche rinforzate, ma non riserve di giurisdizione. La Corte costituzionale, di recente, con la sentenza 26 maggio 2022, n. 127, nel ribadire che viene in considerazione la libertà personale ogniquale volta vi sia incisione dell'*habeas corpus* (in *primis* sottoforma di limitazione della locomozione) e si dia degradazione giuridica della persona umana, mediante misure non soltanto obbligatorie, ma anche coercitive, e sempreché siano di apprezzabile durata, ha affermato che «Naturalmente, può essere complicato, talvolta, distinguere, tra le incisioni della facoltà di locomozione, quelle che convergono, in quanto degradanti, verso la libertà personale, e quindi di competenza dell'autorità giudiziaria, e quelle che, invece, afferiscono alla libertà di circolazione. Basti pensare, a tale proposito, che questa Corte ha ravvisato la pertinenza dell'art. 13 Cost. a fronte dell'obbligo, non coercibile, di comparire presso un ufficio di polizia durante lo svolgimento di manifestazioni sportive (sentenze n. 193 e n. 143 del 1996), ma la ha invece esclusa con riguardo al divieto di accedere agli stadi, perché l'assenza di un contatto con la pubblica autorità, in tal caso, determina una “minore incidenza sulla sfera della libertà del soggetto”, ovvero non ne comporta una degradazione giuridica afferente alla dignità della persona (sentenza n. 193 del 1996). // Non vi è in questi casi, e salvo eccezioni, quel sottostante giudizio sulla personalità morale del singolo, e la incidenza sulla pari dignità sociale dello stesso, che reclamano, ove posti a base di una misura restrittiva pur non coercitiva, l'apparato di garanzie predisposto a tutela della libertà personale. // Tuttavia, non è detto che questo sia sufficiente sul piano costituzionale, e che non debbano invece aggiungersi a ciò, in casi del tutto particolari, le garanzie offerte dall'art. 13 Cost., alla luce delle peculiarità con cui si è eventualmente manifestato l'intervento legislativo». Il problema, dunque, può rimanere aperto.

7 Sul quale cfr., per tutti, oltre a G.D. ROMAGNOSI, *Principij fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, 3°, 15 e ss., A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, e S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

8 Sul quale cfr., per tutti, M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, *passim*, G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la l. 241/1990: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 202 ss., A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 453 e ss.

Essi verrebbero in considerazione in tutte quelle delicate controversie che vedono contrapporsi il potere amministrativo autoritativo e i soggetti amministrati in materia di salute, di istruzione, di disabilità, di ambiente, di paesaggio, di libertà di circolazione, di libertà di riunione, di libero esercizio del culto, di immigrazione, di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ecc.⁹

Tematiche sempre estremamente sensibili, ma molte delle quali sono deflagrate durante – e anche dopo – la pandemia, poi seguita dalla guerra in Ucraina e da altri gravi conflitti, e nel contesto di una globalizzazione che, anche con riferimento ai diritti, ha saputo mostrare un suo volto “ostile”¹⁰.

9 Cfr., sul punto, A. GIUSTI, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, 2021, 195 ss. (reperibile in www.giustiziainsieme.it), ove vengono passati in rassegna i principali casi in cui, di recente, il giudice amministrativo (e, per “contrapposizione”, anche il giudice ordinario) si sono occupati di situazioni soggettive fondamentali (caso Englaro; questione della illegittimità del decreto ministeriale che ha fissato gli oneri contributivi per il rilascio e per il rinnovo dei permessi di soggiorno; questione se, in assenza di un criterio fissato a livello nazionale, una distinzione tra le patologie neurodegenerative possa essere ragionevolmente individuata mediante l'esercizio di una scelta discrezionale da parte delle Regioni, competenti a gestire una certa sovvenzione; misure restrittive per contenere la pandemia; ecc.). Cfr., inoltre, la rassegna ragionata di M. NOCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, 2018, in www.sipotra.it.

10 Cfr., sul punto, il rapporto UNDP, *Human Development Report 2021/2022, Uncertain times, unsettled lives, Shaping our future in a transforming world*, in <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2021-22>.

Cfr., inoltre, G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 905 e ss., nonché D. ZOLO, *Nuovi diritti e globalizzazione*, in www.treccani.it, 2009: «Contro queste peculiari richieste di nuovi diritti è stato osservato che l'espansione anomica del repertorio dei diritti fondamentali rischia di sollevare una grave aporia: se tutto è fondamentale, niente è fondamentale. D'altra parte è intuitivo che i diritti umani non possono essere tutti uguali – di eguale peso normativo – tanto più quando si trovano in tensione gli uni con gli altri. Alain Laquière [...] ha lucidamente sostenuto che quanto più il predicato ‘fondamentale’ si estende includendo una quantità crescente di diritti soggettivi, tanto più aumentano i rischi di una collisione fra il carattere fondamentale dei nuovi diritti e la necessità di relativizzarli e condizionarli ad altri diritti concorrenti. // Altri autori hanno sostenuto che lo sviluppo impetuoso dei nuovi diritti è il segno dell'incalzante dinamica evolutiva delle relazioni politiche internazionali nell'era della globalizzazione. Ma è stato anche osservato che l'inflazione normativa può rendere problematica l'effettività dei nuovi diritti e l'individuazione dei soggetti istituzionali provvisti della competenza necessaria per farli valere a livello nazionale e internazionale. Il fenomeno si è fatto sempre più rilevante sull'onda del processo di internazionalizzazione dei diritti umani, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata a Nizza nel dicembre 2000. Quest'ultima è stata esaltata per aver incluso nel catalogo dei diritti soggettivi, accanto ai tradizionali diritti civili, politici ed economico-sociali, anche alcuni nuovi diritti in tema di bioetica e integrità del corpo umano, di divieto della clonazione riproduttiva, di salvaguardia dei dati personali, di tutela dell'ambiente e di protezione dei consumatori. Ma non è un mistero, come hanno sostenuto Dieter Grimm e Jo-

Il potere pubblico, segnatamente quello politico-amministrativo, si è ritrovato, quasi all'improvviso, e nell'ambito di una Unione Europea non sempre all'altezza della situazione, ad incidere in maniera massiva su quasi tutte, se non su tutte, le predette situazioni giuridiche soggettive (si pensi, per esempio, ai d.P.C.M. "pandemico-emergenziali" o alle più e meno recenti misure di "gestione" dei flussi migratori). Il potere amministrativo autoritativo, in sostanza, ha dovuto confrontarsi con i "diritti" – fondamentali, inviolabili, ecc. – nell'accezione che di essi offre il costituzionalismo contemporaneo¹¹.

3. Questioni critiche sulla giurisdizione in ordine alle relative controversie

Poiché, peraltro, dal punto vista nominalistico, pur sempre di "interessi legittimi" si tratterebbe, la prospettiva considerata in questo contributo condurrebbe ad affermare che, almeno in linea di principio, le relative controversie, le quali sono per antonomasia di diritto pubblico, dovrebbero essere devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo: non soltanto a quella esclusiva, ma an-

seph Weiler [...], che l'effettività di questi nuovi diritti è in Europa, non meno che in altri continenti, lungi dall'essere minimamente soddisfacente».

11 Cfr., sul punto, gli studi di M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorso della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009 e G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013. Ma cfr., inoltre, in relazione a quanto si dirà nel testo, G. MONTEDORO ed E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, cit., 13 e ss.: «L'art. 24, comma 1, Cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela di propri diritti e interessi legittimi»), quale vera *grundnorm* del sistema giurisdizionale, introduce la piena equiordinazione di diritti soggettivi e interessi legittimi. Tale equiordinazione fonda quella dei sistemi di tutela, altrimenti l'una posizione soggettiva sarebbe in una condizione peggiore rispetto all'altra. Non c'è alcuna gerarchia fra diritti e interessi perché entrambi non sono altro che tecniche apprestate dall'ordinamento per la tutela in forma specifica di beni della vita, i quali a loro volta sono l'esito, in modo più o meno prossimo, del bilanciamento di principi costituzionali. Alla luce del moderno costituzionalismo per principi non ha senso discorrere di incompressibilità dei diritti fondamentali: anche gli interessi legittimi, in base allo specifico bilanciamento fra principi che presiede alla norma attributiva del potere, partecipano della tutela di posizioni soggettive riconducibili ai diritti fondamentali».

Altro e diverso discorso, poi, è quello – prevalentemente filosofico-costituzionalistico – che concerne quali siano i diritti fondamentali o inviolabili: cfr., senza alcuna pretesa di completezza, N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 6 ss.; A. ROMANO, *Il riconoscimento costituzionale dei diritti. Alcune considerazioni sul tema dei diritti fondamentali*, in *I diritti fondamentali oggi*, A.V., Padova, 1995, 228 ss.; A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, ivi, 238; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 77 ss.; L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 143 ss.;

che, in sua assenza (e salve le ipotesi in cui ricorrano altre giurisdizioni speciali), a quella generale di legittimità. Al riguardo, si è di recente messo in luce che il presupposto di entrambe queste forme di giurisdizione è il medesimo, cioè la giuridica esistenza del potere amministrativo autoritativo¹², e, allo stato normativo attuale, queste due forme di giurisdizione pressoché in nulla si differenziano, quanto a pienezza ed effettività della tutela, sia tra di loro, sia – almeno sulla carta – con la giurisdizione ordinaria¹³.

Se, dunque, è vero che il “semplice” interesse legittimo è la situazione giuridica soggettiva che “dialoga” con il potere amministrativo autoritativo¹⁴, sembrerebbe del tutto fisiologico che anche le controversie che riguardino la sua versione “fondamentale” debbano essere devolute, in forza dell’art. 103, comma 1, Cost. (che fonda il criterio di riparto, mentre l’art. 113, comma 3, Cost. si riferisce ad altri aspetti: ma cfr. *infra*), alla giurisdizione del giudice amministrativo¹⁵.

12 F. G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, 1 e ss.: «A prescindere da casi (forse) particolari, ciò che lascia perplessi è la permanenza di vecchie sacche di incertezza, che si trascinano negli orientamenti di entrambi gli ordini giudiziari, mentre sono, e dovrebbero considerarsi definitivamente superate dalla legislazione in vigore, se esaminata con attenzione. Si aggiunga che sorgono problemi nuovi (successivi all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo), o nuovamente riportati all’ordine del giorno; e si potrà avere contezza della vasta e varia complessità della situazione in cui versa la (individuazione della) linea del riparto. // Prima di affrontare questi problemi, ritengo opportuno richiamare quanto vado ripetendo da tempo, ossia che *il criterio di riparto della giurisdizione non sia appoggiato più, secondo il diritto vivente, e non lo sia, appunto, da lungo tempo, sulla differente natura delle situazioni soggettive di cui sono titolari i cittadini, ma si collochi sulla esistenza o meno del potere (autoritativo) esercitato dall’amministrazione*. Per cui sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie “concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo”» (corsivi aggiunti).

13 In altri termini, dopo il codice del processo amministrativo e le relative modifiche e integrazioni (e salve eccezioni), è come se – quantomeno sulla carta – anche la giurisdizione generale di legittimità fosse divenuta “piena”, nel senso attribuito da A. POLICE alla giurisdizione esclusiva in ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, e II, *Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2000.

14 F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990, 25 e ss. Cfr., più di recente, ID., *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

15 Sugli “obliqui” rapporti tra l’art. 103, comma 1, e l’art. 113, comma 3, Cost., sono state scritte molte pagine, a cominciare dai lavori preparatori dei due articoli (ora disponibili in <https://www.nascitacostituzione.it/index.htm>): cfr., per due approcci differenti, M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 293 e ss., maggiormente inclini a riconoscere una scarsa inno-

Sia pur con quelle immancabili eccezioni che caratterizzano, in misura maggiore o minore, tutti i sistemi dualistici di giurisdizione, come messo in luce da una condivisibile dottrina, che da circa tre lustri configura il giudice amministrativo come giudice naturale delle controversie di diritto pubblico¹⁶.

Ma di mere eccezioni, per l'appunto, dovrebbe trattarsi, concernenti, in buona sostanza, taluni istituti di così detta "amministrazione pubblica del diritto privato", le cui controversie, in ragione dei loro intensi legami con la sfera

vatività delle disposizioni costituzionali rispetto al precedente assetto normativo, e V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, maggiormente incline, viceversa, a ravvisare una tale innovatività (segnatamente, nell'art. 113, comma 3, Cost.).

Per un approccio differente rispetto a quello di cui al testo cfr. E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *La giurisdizione purale: giudici e potere amministrativo*, cit., 207 e ss.: «I diritti fondamentali sono e devono essere ricondotti al giudice amministrativo esclusivamente nella misura in cui afferiscano alla sfera di un potere e siano lesi da atti e comportamenti che di tale potere costituiscono esercizio. In questi termini, laddove il diritto fondamentale dipenda per la sua soddisfazione dall'esercizio del potere pubblico o la sua lesione sia in connessione con tale potere, la giurisdizione amministrativa costituisce un esito necessitato da un assetto sostanziale centrato sull'intermediazione amministrativa. E, ciò, innanzitutto per evidenti ragioni sistematiche relative al ruolo istituzionale del giudice amministrativo, nato proprio per assicurare una tutela "ulteriore" a fronte del potere e dell'autonomia dell'amministrazione. E poi per la peculiare (e potenziale) forza e incisività del suo sindacato non solo e non tanto attraverso la tutela demolitoria, ma anche e soprattutto conformativa, nell'ambito del sindacato sulla ragionevolezza del bilanciamento degli interessi e, più in generale, dell'esercizio dei poteri discrezionali. // Vi sono e persistono tuttavia ambiti nei quali, per tutelare pienamente i diritti fondamentali, occorre affiancare al giudice amministrativo il giudice ordinario. Il criterio discrezionale della linea di confine è il punto problematico su cui lavorare in futuro. Si tratta di questioni di notevole complessità. [...] Il punto è comprendere quando e in che misura il diritto fondamentale, che può dar luogo a ventagli di situazioni giuridiche soggettive – dal diritto perfetto di libertà alla pretesa di prestazione, all'interesse legittimo pretensivo o oppositivo – rientra nello spazio di azione del potere. // Ciò avviene innanzitutto attraverso un'interpretazione del dato normativo, che non esclude margini di adattamento giurisprudenziale della linea di confine e che richiede, per evitare incertezze nell'individuazione del giudice competente, prassi concordate e uniformi. A tal fine, come il giudice ordinario, anche il giudice amministrativo è chiamato a bilanciare principi costituzionali per l'accertamento del diritto fondamentale facendo diretta applicazione delle norme costituzionali, e questo sia dove manchi un'apposita previsione legislativa sia in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata di disposizioni apparentemente prive di limiti derivanti dal rispetto dei diritti fondamentali. // Nel definire in che limiti il diritto possa esser fatto rientrare nello spazio di azione del potere, si deve anche tenere conto della prospettiva multilivello in cui i diritti fondamentali si inseriscono. Questo chiama in causa non solo il nucleo duro dei diritti fondamentali, evocato dalla nostra Corte costituzionale anche nel noto caso Ilva a controbilanciare la sua massima apertura nella relativizzazione dei valori costituzionali, ma anche il limite del margine di apprezzamento prospettato dalla Corte Edu, oltre il quale i diritti fondamentali non entrano nel conflitto e nella mediazione con gli interessi generali e recuperano la loro dimensione, ridotta ma non depotenziata, di incomprimibilità».

16 M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2002, spec. 261 e ss.

privata dei soggetti amministrati, e della loro accentuata strumentalità rispetto a quest'ultima, da sempre sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario (iscrizioni nei registri delle imprese, attività documentali riferite a persone, ecc.). E non è un caso che, sul piano del diritto sostanziale, le relative competenze siano – per così dire – “scambiabili” tra la pubblica amministrazione e la giurisdizione civile¹⁷.

4. La posizione della Corte costituzionale

In effetti, la prospettiva qui in esame sembrerebbe aver rinvenuto, ormai da circa vent'anni, un solido appiglio nelle note pronunce della Corte costituzionale n. 204 del 2004, n. 191 del 2006 e n. 140 del 2007.

Attraverso di esse, appare opportuno ricordarlo, la Consulta ha affermato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – e, *a fortiori*, quella generale di legittimità – può e deve ricorrere laddove la pubblica amministrazione agisca come autorità, esercitando il suo potere autoritativo. Per quanto riguarda, in particolare, le materie di giurisdizione esclusiva, il legislatore ordinario ben può ampliarne l'area, ma purché lo faccia con riguardo, per l'appunto, a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la «pubblica amministrazione-autorità», la giurisdizione generale di legittimità¹⁸.

Anche le controversie concernenti i comportamenti della pubblica amministrazione possono (*recte*: devono) essere rimesse alla giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo qualora siano espressione, immediata o anche soltanto mediata, di potere amministrativo autoritativo (rimanendo alla cognizione

¹⁷ Sulla categoria, anch'essa estremamente controversa, della amministrazione pubblica del diritto privato, che probabilmente andrebbe rivitalizzata, cfr. A. AZZENA, *Amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1987, 238 e ss., e aggiornamento 2011, ove ampli richiami di dottrina, tra cui, naturalmente, G. ZANOBINI, *I poteri regi nel campo del diritto privato*, Torino, 1917, e ID., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, 1918, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 19 e ss. Cfr., inoltre, A. DELLA RATTA RINALDI, *Amministrazione pubblica del diritto privato e classificazione delle manifestazioni dell'azione amministrativa*, Napoli, 1980.

¹⁸ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.

del giudice ordinario i comportamenti assunti in carenza di potere o in via di mero fatto)¹⁹.

A tale sistema non osta – e ciò appare particolarmente rilevante ai fini di questo contributo – la natura “fondamentale” delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nelle controversie *de quibus*, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario, escludendone il giudice amministrativo, la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Peraltro, a questo riguardo la Corte costituzionale ha ritenuto di aggiungere che l’orientamento espresso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione circa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari (tra cui quello alla salute), risalente alle note sentenze del 1979, risulta enunciato in ipotesi in cui venivano in considerazione meri comportamenti della pubblica amministrazione, e pertanto esso è coerente con la sentenza n. 191 del 2006, con la quale la Corte stessa ha escluso dalla giurisdizione esclusiva la cognizione del risarcimento del danno conseguente a meri comportamenti della pubblica amministrazione. Il giudice amministrativo è, insomma, il «giudice naturale della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica», dotato di poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell’illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione²⁰.

Queste pronunce, come si accennava, ancorché abbiano avuto ad oggetto specifico ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, hanno, al tempo stesso, chiarito che i principi espressi con riferimento a tale forma di giurisdizione non possono non valere – a maggior ragione – anche con riferimento alla giurisdizione generale di legittimità. In questo modo, si è giunti ad una vera e propria mutazione, sia pur non scritta, del criterio di riparto della

¹⁹ Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191.

²⁰ Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.

giurisdizione. La dicotomia “nominalistica” diritti soggettivi / interessi legittimi rimane – sì – ferma, ma perché ad essa corrisponde un'altra dicotomia, di carattere prettamente “sostanziale”: amministrazione-non-autoritativa (diritto privato) / amministrazione-autoritativa (diritto pubblico). Il giudice amministrativo, in altri termini, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità, sarebbe il giudice naturale dell'esercizio del potere amministrativo autoritativo, comprese le fattispecie – sembrerebbe potersi aggiungere – in cui quest'ultimo, pure in assenza di ipotesi di giurisdizione esclusiva, attinga situazioni giuridiche soggettive “fondamentali” (salute, ambiente, ecc.)²¹.

Appigli ancor più solidi, per venire a tempi più recenti, potrebbero rinvenirsi nelle pronunce della Corte costituzionale n. 37 del 2021, nella quale si legge che i d.P.C.M. “pandemico-emergenziali” sarebbero «comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo»²², e n. 198 del 2021, che ha affermato che il sistema ideato dallo stesso d.l. n. 19 del 2020, il cui perno era rappresentato dai medesimi d.P.C.M. “pandemico-emergenziali”, non sarebbe contrario

21 Cfr., sul punto, F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, cit., 20 e ss.: «La struttura del potere pubblico nonché le motivazioni di ordine storico e costituzionale che sono alla base dello stesso e lo differenziano dalle varie forme di “potestà” nel diritto privato rendono inevitabilmente diversa la logica del sindacato su quel potere dalla pronuncia di “spettanza” che il giudice ordinario svolge nel dirimere una controversia di diritto privato, quand'anche in essa sia coinvolta una pubblica amministrazione. [...] // Probabilmente le considerazioni svolte costituiscono il sostrato culturale di una tappa fondamentale per cogliere l'evoluzione nella continuità della giurisdizione amministrativa, a Costituzione vigente. Mi riferisco alla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale che, al di là delle affermazioni concernenti la questione sollevata (tutte condivisibili, dal limite posto alla tendenza espansiva della giurisdizione esclusiva, che talvolta va oltre l'esigenza di concentrazione, al carattere eminentemente “rimediale” del risarcimento del danno nel sistema della giurisdizione amministrativa), “legge” la giurisdizione amministrativa al culmine di un processo storico che la contrassegna come giurisdizione “generale” sui pubblici poteri, cioè come giurisdizione “naturale” sull'amministrazione che agisca in veste di autorità. Una lettura ovviamente coerente con la Costituzione, non foss'altro perché lo dice la Corte (anche se c'è chi di recente pare dubitare di questo assioma), che nella sostanza coglie l'essenza del criterio di riparto traendola dalle situazioni soggettive indicate nella Carta; *se l'interesse legittimo è la situazione soggettiva che si contrappone al potere, il giudice dell'interesse legittimo è il giudice del potere che agisca in veste di autorità, cioè del potere pubblico in senso stretto*» (corsivi aggiunti).

22 Corte cost., 12 marzo 2021, n. 37: «Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.M. adottati a tale scopo – *comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo* – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale» (corsivi aggiunti).

agli artt. 76, 77 e 78 della Costituzione, perché esso «ha [...] attribuito [al Presidente del Consiglio dei Ministri] unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati»²³.

Di poi, con le sentenze n. 127 e n. 220 del 2022, la Corte costituzionale ha riconosciuto che le misure restrittive imposte direttamente, sempre durante la pandemia, dal d.l. n. 33 del 2020 (senza più l'intermediazione dei d.P.C.M.), tra cui la così detta “quarantena obbligatoria”, hanno – sì – inciso sui «*Diritti*» previsti dalla *Parte I* della Costituzione, e segnatamente sul “diritto” di circolazione di cui all'art. 16, ma, per l'appunto, non sulle riserve di giurisdizione, segnatamente sulla libertà personale²⁴.

In definitiva, l'aspetto importante che emerge dalle menzionate pronunce della Corte costituzionale n. 37 del 2021, n. 198 del 2021, n. 127 del 2022 e n. 220 del 2022, lette congiuntamente tra loro, è che – in linea di principio, e salve sempre le riserve di giurisdizione – la Consulta ha ritenuto ammissibile che situazioni giuridiche soggettive fondamentali possano essere incise (anche) dal potere amministrativo autoritativo, e che la giurisdizione per le relative controversie possa essere quella dal giudice amministrativo, anche di legittimità²⁵.

23 Corte cost., 22 ottobre 2021, n. 198: «le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 4 del D.L. n. 19 del 2020 vanno dichiarate non fondate, poiché le disposizioni oggetto di censura non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati».

24 Corte cost., 26 maggio 2022, n. 127 e Corte cost., ord. 25 ottobre 2022, n. 220. Le questioni di legittimità costituzionale riguardavano disposizioni di decreti-legge, di contenimento del Covid-19, che prevedevano fattispecie di reato contravvenzionale per coloro i quali, attinti da provvedimenti di così detta “quarantena obbligatoria”, avessero lasciato la propria abitazione o dimora. La Consulta, in estrema sintesi, non ha ravvisato vizi di legittimità costituzionale perché le misure adottabili attraverso i predetti atti amministrativi, comunque tipizzati, non imponevano coercizione diretta, non impingevano sull'*habeas corpus* e non determinavano degradazione giuridica dei soggetti attinti. Di qui, la loro non copertura da parte delle riserve di giurisdizione.

25 In queste evenienze, la Consulta sembrerebbe aver aderito alle posizioni di F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, cit., 21 e ss.: «Le necessarie convergenze [tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa] possono essere individuate a due condizioni: che si abbandonino criteri ormai obsoleti che, pur potendo talvolta costituire in concreto un pratico parametro di riferimento o un utile meccanismo di discernimento, non sono privi di incertezze e utilizzano cate-

Sembrerebbe, così, aperta la strada per una costruzione concettuale della figura degli interessi legittimi “fondamentali”.

5. La recente posizione delle Sezioni Unite (e del Consiglio di Stato)

Senonché, la prospettiva ipotizzata al paragrafo precedente sembra destinata ad infrangersi innanzi alla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite proprio su quelli che potrebbero chiamarsi interessi legittimi “fondamentali”.

gorie nate in altri contesti. Mi riferisco in particolare alla teorica della degradazione del diritto in interesse (o della espansione dell'interesse in diritto) e alla distinzione tra carenza e cattivo uso del potere o tra attività vincolata e discrezionale. Il punto centrale del riparto è costituito dalla presenza e dall'esercizio del potere in una vicenda relazionale tra privato e amministrazione, o anche tra amministrazioni. Il potere può avere carattere (più o meno vincolato e più o meno discrezionale), ma se c'è esercizio del potere l'interesse del privato a contrapporsi assume consistenza di interesse legittimo. In altri termini, lo schema relazionale privatistico è quello “diritto-obbligo”, che costituiscono una fattispecie determinata e tendenzialmente statica; lo schema “potere-interesse” (si ripete, posizioni entrambe attive) rimanda alla consistenza di un interesse legittimo modernamente inteso, il modello normativo di riferimento è tendenzialmente “aperto” e “indeterminato”, la fattispecie cede il passo a una vicenda intrinsecamente diacronica. // Alla luce di questo “modello di convergenza”, cioè se si convenga su tale criterio, occorrerebbe risolvere le non numerose, ma spesso significative, criticità tra le due giurisdizioni. Non è questa la sede per esaminare la casistica dei profili critici del riparto nella più recente giurisprudenza, ma forse un tema va chiarito perché, dopo che esso sembrava sopito dopo l'intervento della Corte costituzionale nel 2007, sembra riaffacciarsi al dibattito con una recente decisione della Corte di cassazione (ord. 19 novembre 2020, n. 26391): la giurisdizione “esclusiva” del giudice ordinario in materie inerenti a diritti fondamentali (nella specie, revoca di patente, peraltro non più automatica a seguito degli interventi della Corte costituzionale). // Si è soliti far risalire l'attribuzione di una specifica valenza della natura fondamentale di un “diritto”, ai fini del riparto, a due note decisioni del 1979 della Cassazione in materia di diritto alla salute (nn. 1463 e 5172) concernenti la localizzazione di una centrale nucleare e l'impianto per il disinquinamento del golfo di Napoli. Prima di allora il giudice amministrativo – al pari di ogni giudice – pacificamente conosceva di diritti costituzionalmente protetti, procedendo anche a quel bilanciamento di “valori” e interessi connaturati a un sistema che spesso chiama il giudice, *in primis* costituzionale, a tale bilanciamento. // La dottrina segnalò da subito la singolarità dell'impostazione. Nigro osservò che si aveva un rovesciamento della formula di Mortara (da “c'è diritto soggettivo perché non c'è potere” in “non c'è potere perché c'è diritto soggettivo”) e per Follieri si assiste a un rovesciamento di prospettiva che conduce a una singolare “degradazione” del potere pubblico, in forza di un diritto soggettivo che determina l'assenza del potere anzi che essere la mancata attribuzione del potere a far riconoscere un diritto soggettivo. Più compiutamente, e in sede di teoria generale, Giannini descrive molto bene il rapporto autorità/libertà: la garanzia costituzionale dei diritti, anche dei diritti di libertà, non segna affatto il limite, cioè non delimita il campo dell'azione amministrativa; la detta garanzia costituzionale, infatti, opera mediante la riserva di legge (che nega spazio al potere), il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi (che richiede il fondamento legislativo del potere) e i vizi di legittimità (che richiedono il corretto esercizio del potere), mai come un diaframma invalicabile per l'azione amministrativa. // La vicenda viene definitivamente (si pensava) chiarita dalla Corte costituzionale (la cui giurisprudenza peraltro sembra, anche alla luce di recenti arresti delle sezioni unite, non avere molta fortuna in materia di giurisdizione) con la sentenza n. 140 del

Giurisprudenza che, e questo lascia ancor più perplessi, sembrerebbe essere stata condivisa, per giunta in maniera contraddittoria, dalla stessa Corte costituzionale (su questo profilo cfr. *infra*).

Nel mese di luglio e poi nel mese di settembre del 2022, infatti, le Sezioni Unite, rivitalizzando alcuni loro antichi, quanto mai placati, cavalli di battaglia per conservare al giudice ordinario la maggior parte possibile di controversie di diritto pubblico, hanno (ri)affermato, attraverso una inedita miscellanea tra atti amministrativi vincolati e diritti così detti “indegradabili” (rievocando espressamente le sue due antiche pronunce del 9 marzo 1979, n. 1463 e 6 ottobre 1979, n. 5172)²⁶, che si devono configurare, sempre e soltanto, “diritti soggettivi”, con giurisdizione del giudice ordinario per le relative controversie:

2007, in cui si afferma espressamente che la natura fondamentale di un diritto (ma meglio sarebbe, anche sotto il profilo linguistico, parlare di situazione soggettiva, assuma essa la consistenza di diritto o interesse a seconda del tipo di interrelazione con il potere) non è di ostacolo alla configurazione della giurisdizione amministrativa, che sussiste tutte le volte (e solo in quelle) che la situazione del privato venga a contatto con l'esercizio, in forma mediata o immediata, del potere. // La tesi secondo cui il giudice ordinario è “il giudice *naturale* dei diritti fondamentali” (oltre a usare in senso evidentemente atecnico la nozione di “giudice naturale”: il giudice naturale è quello predeterminato per legge in relazione a una determinata controversia, astratta), sconta molte incongruenze: a) non abbiamo un catalogo positivo dei diritti fondamentali (Ferrajoli, tra i tanti), a meno di ritenere che tutti i diritti (quanto meno se contenuti in Costituzione) siano fondamentali; ma allora dovremmo ritenere che *non esista* potere capace di incidere su diritti fondamentali. Ma – ricordo Giannini – il diritto, anche fondamentale, non impedisce al potere di entrare in una sfera giuridica fatta di diritti e interessi legittimi; b) la tesi prova troppo: il diritto alla salute è la prima cosa (cit. Massimo Troisi a Fiorenza Marcheggiani in *Ricomincio da tre*, nella specie, rispetto all'amore). Ebbene, allora una localizzazione di centrale nucleare o di un'industria insalubre prevista in un atto di pianificazione urbanistica (caso della sentenza della Corte n. 140 del 2007) comporta la giurisdizione del giudice ordinario? E la soppressione di un ospedale nell'ambito di una riorganizzazione sanitaria comporta la giurisdizione del giudice ordinario? E tutti i provvedimenti della pandemia (divieto di spostamento tra Regioni, incidente un po' più sulla libertà di circolazione di una discrezionale revoca della patente; zone rosse e connesse limitazioni; apertura e chiusura delle scuole, etc.): tutti dal giudice ordinario? Il carattere “fondamentale” di una situazione soggettiva (con tutte le difficoltà di riconoscerlo) non importa la ineluttabile e “vincolata” qualificazione della stessa in termini di diritto, quando le si contrapponga una situazione soggettiva, si badi, parimenti attiva, quale il potere pubblico (Scoca)».

26 Sulla teoria dei diritti indegradabili cfr., tra i molti, L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini e attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 e ss. Su Cass., Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro It.*, 1979, I, 939 e ss., cfr. la nota C.E. GALLO, nonché, ivi, di G. BERTI, *In una causa dell'ENEL la Cassazione mette in penombra lo stato di diritto*. Su Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 342 ss., cfr. la nota di L. ZANUTTIGH, *Giudice ordinario e diritto dell'ambiente: un passo avanti della Cassazione*, e in *Giust. Civ.*, 1980, 357 ss., con nota di F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizionali amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta*.

sia a fronte di atti amministrativi che, pur essendo pacificamente prefigurati dal legislatore come discrezionali, o come espressivi di discrezionalità tecnica, incidano sul “nucleo essenziale”, sul “nocciolo duro”, sul “core” *et similia*, di diritti così detti “indegradabili”, giacché, in tutte queste evenienze, l'attività amministrativa di diritto pubblico diventerebbe – e riesce, francamente, difficile comprenderne il come e il perché –, vincolata (i diritti così detti “indegradabili”, naturalmente, rappresentano un catalogo “aperto”, individuato, di volta in volta, dalle Sezioni Unite, così come il loro “core”)²⁷;

27 Si allude a Cass., Sez. Un., 27 luglio 2022, n. 23436 (ma cfr. anche Cass., Sez. Un., ord. 14 aprile 2023, n. 10063). La questione concerneva l'individuazione del giudice munito di giurisdizione, risolta a favore del giudice civile, a fronte di una controversia in cui taluni soggetti reclamavano il danno subito da persistenti immissioni di odori e di polveri provenienti da una azienda agricola posta nel territorio di un Comune, a causa della mancata adozione, da parte dello stesso Comune, del Sindaco di quel Comune in qualità di ufficiale del Governo, della Regione competente e del Ministero della salute dei provvedimenti amministrativi di loro spettanza, da adottarsi nei confronti dell'azienda agricola medesima, a tutela del territorio, della salute e dell'ambiente.

Si legge – tra l'altro – nella sentenza: «I diritti fondamentali sono – al pari di ogni diritto – soggetti al bilanciamento, e dunque alla possibilità che la tutela avvenga secondo gradazioni che dipendono dalla presenza e dalla rilevanza di altri interessi, da intendere – come è stato autorevolmente osservato in dottrina – anche in una prospettiva qualitativa, secondo la maggiore o minore afferenza rispetto alla dimensione essenziale della dignità della persona. Il valore della persona umana, infatti, è il valore primario, intorno al quale tutto ha da essere ordinato. // Ove detto bilanciamento sia già stato interamente effettuato dal legislatore, l'interesse fondamentale non può che avere la consistenza di un diritto soggettivo anche verso la pubblica amministrazione. // Ma può anche darsi che, per alcuni aspetti, la realizzazione dell'interesse fondamentale, ovvero il grado e le modalità di detta realizzazione, sia fatta dipendere da scelte che implicano (oltre quelle, eventualmente, già effettuate dal legislatore) valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, in relazione alle quali la posizione del privato si profila come posizione di interesse legittimo. // Il diritto e la giustizia sono fatti per le persone e agli appartenenti alla comunità la Costituzione assegna diritti inviolabili e doveri inderogabili, legati dal collante della solidarietà. Il diritto fondamentale vive in una dimensione solidale e richiede spesso l'intervento del potere pubblico a fini di bilanciamento con altri principi parimenti fondamentali. // Tuttavia, vi è un carattere proprio dei diritti fondamentali in quanto diritti che godono di una copertura costituzionale: la presenza, in essi, di un contenuto minimo, di un contenuto di valore. // Nella misura in cui viene ad essere coinvolto il nucleo minimo essenziale di tali diritti, l'azione della P.A. difetta sin dall'origine di qualsiasi carattere di discrezionalità e si prospetta come un'azione vincolata, sicché la posizione del privato si configura come di diritto soggettivo pieno, con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione. // Quando viene in gioco tale nucleo essenziale, il diritto alla salute si presenta come diritto soggettivo assoluto e primario, insuscettibile di qualsivoglia compressione e limitazione da parte così del legislatore ordinario come pure (e a maggior ragione) della P.A. La P.A. deve altresì ritenersi carente di discrezionalità in tutti quei casi in cui il bene salute, anche al di là della tutela del suo nucleo essenziale, risulta conformato dal legislatore ordinario senza lasciare in sede applicativa ulteriori margini di bilan-

sia a fronte di atti amministrativi asseritamente prefigurati dal legislatore come vincolati, ma del tutto indipendentemente – qui sarebbe l'elemento di novità – dal criterio, sino ad allora per lo più condiviso dalla giurisprudenza, dello “scopo della norma” (privatistico o pubblicistico)²⁸.

E non è certo un mero caso, a questo riguardo, che il 3 ottobre 2022, quindi appena quattro giorni prima l'ordinanza della Cassazione di cui da ultimo ci si è occupato con l'interesse pubblico».

Una tale impostazione sembra diversa da quella proposta da M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2018, 198 e ss., laddove l'Autrice assegna al giudice amministrativo le controversie che *ab origine* involgono la discrezionalità nell'esercizio del potere, mentre riconosce la giurisdizione civile per le controversie che, sempre *ab origine*, involgono fattispecie vincolate.

Peraltro, già con una pronuncia del novembre del 2020, le Sezioni Unite avevano riconosciuto la giurisdizione del giudice civile rispetto ad una controversia concernente l'impugnazione di un atto di revoca della patente di guida che il Prefetto, ai sensi dell'art. 120, comma 2, del d.lgs. n. 285 del 1992, come risultante da Corte cost., 15 maggio 2020, n. 89, «può», senza più automatismo, adottare nei confronti di persone attinte da una misura di prevenzione disposta dal Questore ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 159 del 2011, motivando, tra l'altro, nel senso per cui l'atto in questione «incide direttamente su una modalità di esercizio» – quindi: su una “proiezione”... – di una libertà fondamentale, quale la circolazione» e per cui il giudice civile sarebbe «il giudice naturale dei diritti fondamentali».

28 Cass., Sez. Un., ord. 29 settembre 2022, n. 28429. La questione riguardava un conflitto negativo di giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo in ordine alla giurisdizione sulle controversie concernenti l'obbligo di vaccinazione per gli esercenti le professioni sanitarie previsto dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021. Affermano le Sezioni Unite: «La giurisdizione spetta [...] al giudice ordinario, in quanto, alla luce del *petitum* sostanziale della promossa azione giudiziaria, la situazione di diritto soggettivo rivendicata dall'A.A. – ossia di continuare ad esercitare la professione sanitaria di fisioterapista, nonostante l'inadempimento all'obbligo vaccinale – non è intermediata dal potere amministrativo, ma soffre di limiti e condizioni previste esaustivamente dalla legge; e, del resto, immediatamente e direttamente contro le stesse disposizioni della fonte di rango primario, impositiva di detto obbligo, l'istante rivolge le proprie doglianze di “inefficacia” e di “illegittimità”. // Trova, dunque, evidenza – come anche posto in risalto nelle conclusioni scritte del Pubblico Ministero – la consolidata giurisprudenza di questa Corte regolatrice secondo cui appartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui venga in rilievo un diritto soggettivo nei cui confronti la pubblica amministrazione eserciti un'attività vincolata, dovendo verificare soltanto se sussistano i presupposti predeterminati dalla legge per l'adozione di una determinata misura, e non esercitando, pertanto, alcun potere autoritativo correlato all'esercizio di poteri di natura discrezionale (tra le altre, Cass., S.U., 25 settembre 2017, n. 22254; Cass., S.U., 11 maggio 2018, n. 11576; Cass., S.U., 28 maggio 2020, n. 10089; Cass., S.U., 14 marzo 2022, n. 8188). // In particolare, al fine di cogliere la differenza tra le situazioni, entrambe di carattere sostanziale, di diritto soggettivo ed interesse legittimo – che è pur sempre rilevante e necessaria ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in controversie (come quella in esame) in cui non si verte in ipotesi di giurisdizione esclusiva ex art. 133 c.p.a. –, occorre far riferimento al “dato distintivo per il quale in presenza di un potere discrezionale la situazione giuridica di cui è titolare il soggetto privato

mo si è detto, il Consiglio di Stato, richiamando la propria Adunanza plenaria n. 8 del 2008, nonché Corte cost., n. 127 del 2008, per cui sarebbe «un ‘postulato privo di qualsiasi fondamento’ il sostenere che un atto vincolato non possa incidere su posizioni di interesse legittimo», aveva affermato la giurisdizione amministrativa di legittimità sulle controversie aventi ad oggetto l’impugnazione dell’atto amministrativo – asseritamente vincolato – di accertamento dell’inadempimento dell’obbligo vaccinale, che determina(va) l’immediata so-

è di interesse legittimo” (così Cass., S.U., 27 luglio 2022, n. 23436). // L’interesse legittimo – come ancora precisato dalla citata Cass., S.U., n. 23436 del 2022 (cfr. il relativo p. 10) – si differenzia dal diritto soggettivo “per il fatto che l’acquisizione o la conservazione di un determinato bene della vita non è assicurata in modo immediato dalla norma, che tutela appunto in modo diretto l’interesse pubblico, bensì passa attraverso l’esercizio del potere amministrativo. // La norma è attributiva del potere quando conferisce all’autorità amministrativa la potestà di scelta discrezionale in ordine alla disposizione degli interessi e alla fissazione del precetto giuridico. // Se invece il diritto sostanziale è stato fissato dalla legge con la preventiva definizione della gerarchia degli interessi, il rapporto giuridico che viene così instaurato attiene a diritti soggettivi e l’autorità amministrativa può all’occorrenza essere preposta alla vigilanza circa l’osservanza del precetto giuridico o a darvi attuazione. // La norma attributiva del potere offre, in definitiva, al titolare dell’interesse legittimo una tutela strumentale, mediata attraverso l’esercizio del potere, anziché finale, come accade per il diritto soggettivo. Di fronte al potere discrezionale non vi è possibilità di ascrivere in modo immediato e diretto il vantaggio o bene della vita alla sfera giuridica del soggetto privato, ciò che caratterizza, al contrario, la struttura del diritto soggettivo. // Diversa è la situazione, invece, nel caso in cui il potere sia vincolato in tutti i suoi elementi dalla norma giuridica”. // Nel caso di specie, nessun potere discrezionale è attribuito alla pubblica amministrazione nella conformazione del diritto all’esercizio della professione sanitaria, il cui svolgimento – e, dunque, il suo pieno dispiegarsi come posizione soggettiva piena e immediatamente tutelabile – viene sospeso temporaneamente in ipotesi di inadempimento dell’obbligo vaccinale in forza delle previsioni dettagliatamente recate dalla fonte legislativa (D.L. n. 44 del 2021, art. 4, convertito, con modificazioni, nella L. n. 76 del 2021), le quali [...] stabiliscono una scansione procedimentale [...] alla quale la stessa pubblica amministrazione [...] deve soltanto dare mera attuazione. È la legge che, nella specie, ha risolto, di per sé, il conflitto tra gli interessi in gioco, di eminente rilievo costituzionale, dando prevalenza al diritto alla salute (individuale e – soprattutto – collettiva) rispetto a quello al lavoro e, al tempo stesso, dettato termini, modalità ed effetti dell’azione amministrativa, la quale deve esercitarsi, quindi, su un binario che non consente scelte discrezionali espressione del potere pubblico. // La ASL è tenuta unicamente ad accertare il compimento di una fattispecie legale specificamente regolata, ossia che – nei termini stabiliti dalle stesse disposizioni di legge – si sia determinato il “fatto” dell’inadempimento all’obbligo vaccinale e darne, quindi, attestazione e comunicazione [...]. // Da tale atto, di mera verifica dell’essersi determinato il “fatto” dell’inadempimento all’obbligo imposto dalla legge [...] discende, in modo automatico e senza alcun apprezzamento discrezionale di sorta, la sospensione del sanitario dall’esercizio della (libera) professione, che l’Ordine è, a sua volta, tenuto a comunicare al proprio iscritto. // Anche là dove la legge consente l’esonero dall’obbligo vaccinale o il suo differimento non trova evidenza l’esercizio del potere autoritativo discrezionale, bensì – come rilevato dal pubblico ministero nelle proprie conclusioni scritte – una “mera discrezionalità tecnica necessaria per riscontrare se sussista o meno l’unica causa codificata di esonero dall’obbligo vaccinale (id est l’accertato pericolo per la salute)”, la cui certificazione, sollecitata dall’interessato, deve provenire, peraltro,

spensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, adottato ai sensi del comma 4 dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, giacché, ad avviso del massimo consesso di giustizia amministrativa, il comma 1 del medesimo articolo dichiaratamente stabiliva che lo scopo della norma è pubblicistico: «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza»²⁹. Lo stesso Consiglio di Stato ha poi cercato, per quanto ha potuto, di mantenere ferma questa posizione, e lo ha fatto «[n]onostante il contra-

non direttamente dalla medesima amministrazione agente, ma dal medico di medicina generale [...]. È, dunque, la stessa legge – all'esito del bilanciamento da essa stessa effettuato tra i diritti fondamentali implicati e, come detto, raggiunto in termini di prevalenza del diritto alla salute su quello al lavoro – ad avere assunto su di sé e regolato ogni aspetto riferibile all'attività provvedimentale e autoritativa della pubblica amministrazione incidente sul diritto risultato compreso, non lasciando ad essa margini di discrezionalità nell'esercizio del potere, affatto vincolato rispetto alla posizione di diritto soggettivo vantata dall'A.A., quale esercente la libera professione sanitaria di fisioterapista».

29 Cons. St., III, 3 ottobre 2022, n. 8434. La sentenza prosegue in questi termini: «Oltre a questa decisiva considerazione, va rilevato che – per la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 24 maggio 2008 – sussiste la giurisdizione amministrativa a maggior ragione quando la legge abbia attribuito alla pubblica amministrazione un potere volto a tutelare gli interessi pubblici. // In tal senso, le disposizioni contenute nell'art. 4 del D.L. n. 44 del 2021 hanno mirato a tutelare il diritto alla salute, che ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione la Repubblica deve tutelare “come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”. // Infatti, il comma 1 dell'art. 4 ha disposto l'obbligo vaccinale “al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza”. // Dunque il “diritto” dell'interessato a svolgere liberamente un'attività professionale, ovvero un'attività lavorativa intellettuale di rilievo economico, ai sensi degli articoli 4 e 41 della Costituzione, oltre ad essere sottoposto all'esame di Stato ai sensi dell'articolo 43, quinto comma, viene conformato e limitato dalla legge affinché non si svolga, secondo la previsione dell'art. 41, secondo comma, “in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute”, oltreché “all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. // Come avviene in pressoché tutti i settori nei quali gli atti autoritativi incidono su attività riconducibili all'esercizio di “diritti”, le posizioni correlative sono di interesse legittimo, che costituisce il diaframma intercorrente tra l'atto autoritativo e la sfera giuridica del suo destinatario (Cons. St., sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257). // Rilevano anche le considerazioni poste a base della sopra citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2008, per la quale “anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo”. // Per quanto attiene all'obbligo di vaccinazione contro il virus Sars-CoV-2 per il personale sanitario, come ha già chiarito la sentenza n. 7045 del 20 ottobre 2021, infatti, tutti gli atti della sequenza procedimentale introdotta e disciplinata dall'art. 4 del D.L. n. 44 del 2021, “a fronte di un potere vincolato, per l'amministrazione, ai presupposti determinati dalla legge e vincolante per i destinatari”, sono egualmente lesivi per la sfera giuridica dei ricorrenti che, si badi, non lamentano soltanto una violazione del loro diritto al lavoro e alla retribuzione (art. 36 Cost.), ma una violazione diretta, e radicale, anche del loro fondamentale diritto ad au-

rio, e autorevole, avviso» delle Sezioni Unite (del quale era venuto nel frattempo a conoscenza), in successive occasioni: Sez. III, 5 dicembre 2022, n. 10648 e Sez. III, 22 marzo 2023, n. 2916.

In sintesi, sembra potersi affermare che, in base allo stato attuale della giurisprudenza delle Sezioni Unite, il potere amministrativo autoritativo può incidere su situazioni giuridiche soggettive fondamentali, cioè su quelli che in questa sede sono stati chiamati interessi legittimi “fondamentali”, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie, soltanto se – in positivo – esso abbia carattere discrezionale oppure ricorra una ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e – in negativo, rispetto ad entrambe questa due evenienze – non venga inciso il *core* o il nocciolo duro della situazione giuridica soggettiva fondamentale³⁰.

todeterminarsi (artt. 2 e 32 Cost.), diritto che, evidentemente, è leso da tutto il procedimento inteso ad accertare l'inadempimento a tale obbligo, dal principio alla fine, in quanto ogni atto di questo procedimento, indipendentemente dalla maggiore e crescente incisività dei suoi effetti via via che il procedimento avanza, invade la sfera giuridica dei destinatari e l'ambito di autonomia decisionale e, per così dire, dell'*habeas corpus* che essi reclamano. // La Sezione ha riaffermato, come detto, questi principi nella più recente sentenza n. 5014 del 20 giugno 2022 e ad essi intende dare qui continuità, essendosi qui al cospetto di un potere, esercitato dall'autorità sanitaria (e poi attuato dall'Ordine competente), per garantire, attraverso la vaccinazione obbligatoria, il rispetto del fondamentale interesse pubblico ad evitare la diffusione del virus Sars-CoV-2 o, comunque, il propagarsi della malattia nelle sue forme più gravi e addirittura letali».

30 A ciò si deve aggiungere l'ipotesi, già vista sopra, di condotte della p.a. asseritamente materiali. Un catalogo abbastanza aggiornato delle ipotesi in cui sussisterebbe la giurisdizione del giudice civile per controversie contro la pubblica amministrazione che involgano il diritto alla salute, è fornito da Cass., Sez. Un., ord. 13 aprile 2023, n. 9837, concernente uno studente che aveva chiesto il risarcimento del danno al giudice civile perché il consiglio dei docenti lo aveva immotivatamente escluso dalla partecipazione ad una gita scolastica ad Amsterdam, cagionandogli, in una con altre condotte asseritamente discriminatorie, una compromissione alla sua salute psico-fisica: «Il riparto della giurisdizione in tema di diritto alla salute è – per diritto vivente – soggetto a tre principi: // una regola, un'eccezione ed un'un'eccezione all'eccezione (che ovviamente fa risorgere la regola). // La regola è che la domanda di risarcimento del danno da lesione della salute spetta al giudice ordinario, in quanto avente ad oggetto un diritto soggettivo. // L'eccezione è che è la suddetta domanda è devoluta al giudice amministrativo in caso di giurisdizione esclusiva. // L'eccezione all'eccezione è che anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, del danno alla salute conosce il giudice ordinario quando la lesione è causata da meri comportamenti materiali».

Un altro simile esempio di questo modo di ragionare delle Sezioni Unite, particolarmente significativo perché riguarda situazioni giuridiche soggettive che rinviengono i propri referenti costituzionali (quantomeno) nell'art. 2, nell'art. 3, commi 1 e 2, nell'art. 34, commi 1, 2 e 3 e nell'art. 38, comma 3, Cost., è quello dei piani educativi individualizzati in ambito scolastico (artt. 12 e ss. della l. n. 104 del 1992 e varie altre disposizioni normative). Allo stato attuale della giurisprudenza delle Sezioni Unite, sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo per

Le stesse Sezioni Unite, peraltro, con la più recente ord. del 30 giugno 2023, n. 18540, che pure richiama il suo pronunciamento del luglio del 2022, sembrano aver assunto posizioni un poco meno rigide, ma in relazione ad una vicenda del tutto particolare³¹.

le controversie che insorgano sino al momento della formalizzazione del p.e.i., mentre sarebbero devolute alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie successive a tale momento. Le ragioni di questa “frantumazione” della giurisdizione sarebbero da ravvisare, a seconda delle varie pronunce (la capostipite è rappresentata da Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011), nella carenza di discrezionalità dell'amministrazione scolastica nella fase di attuazione del p.e.i., di modo che la stessa amministrazione si ritroverebbe a svolgere un'attività del tutto vincolata, nella natura “fondamentale” e “incomprimibile” del diritto dello studente disabile e anche, laddove vengano prospettate, nella necessità di rimuovere discriminazioni, dirette o indirette, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 67 del 2006.

Per una efficace e puntuale critica di questo orientamento delle Sezioni Unite cfr., oltre a R. GIANI, *Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione*, in *La giurisdizione plurale: giudice e potere amministrativo*, cit., 209 e ss., M. RAMAJOLI, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 275 e ss.: «Alla luce di quanto illustrato, allo stato non è affatto pacifico a quale giurisdizione si debbano rivolgere i genitori del disabile per ottenere tutela. // Questa incertezza, che impedisce un pieno e soddisfacente accesso alla giustizia da parte delle persone disabili, è dovuta in parte a un difetto di coordinamento tra testi normativi, in parte a un modo di interpretare i criteri di riparto della giurisdizione differente a seconda dei diversi plessi giurisdizionali. [...] // In questo contesto normativo, ad alto rischio di sovrapposizione delle fattispecie, non vi è concordia sul criterio di riparto della giurisdizione da adottare, che talvolta viene fondato sulla distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata della pubblica amministrazione, talaltra sulla riconduzione della vertenza ad una specifica materia. Né, in via subordinata, è chiaro se il criterio di riparto della giurisdizione basato sulla riconduzione della vertenza ad una specifica materia faccia riferimento alla materia dei pubblici servizi oppure alla materia delle discriminazioni indirette. // Come illustrato, il più recente orientamento delle sezioni unite della Cassazione spezza in due la tutela giurisdizionale: attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato, mentre demanda alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie insorte dopo l'adozione del piano. Il criterio di riparto viene fatto poggiare sul carattere vincolato o meno dell'attività svolta dall'amministrazione, dal momento che la Cassazione ritiene che a seguito dell'emanazione del piano venga meno il potere discrezionale dell'amministrazione. // Tuttavia, non tutta giurisprudenza amministrativa segue questo nuovo criterio di ripartizione della giurisdizione, ma continua ad abbracciare il primigenio criterio che devolve al giudice amministrativo ogni controversia in materia. Molteplici e condivisibili le ragioni addotte, che sono collocabili su piani differenti, di natura vuoi sostanziale, vuoi processuale: dalla permanenza di un potere discrezionale in capo all'amministrazione anche a seguito dell'adozione del piano alla piena conciliabilità tra potere amministrativo e diritti fondamentali, per arrivare alla necessità di rispettare il principio generale di concentrazione della tutela giurisdizionale, precipitato diretto del principio d'effettività della tutela stessa. // Si rende oltremodo opportuno un riallineamen-

6. Ancora sulla posizione della Corte costituzionale

Ciò fermo, colpisce come la stessa Corte costituzionale, con tre pronunce del 2023, sembrerebbe aver condiviso, rispetto alla giurisdizione sulle controversie concernenti le così dette vaccinazioni obbligatorie per il personale esercente le professioni sanitarie, sia le tesi delle Sezioni Unite, sia quelle del Consiglio di Stato. Le quali, però, come si è visto, si pongono tra loro in irrimediabile contrasto.

to tra le due giurisdizioni. Le incertezze in ordine al riparto della giurisdizione sono sempre defatiganti per il privato cittadino, ma possono diventare addirittura odiose in ragione degli interessi in gioco, come è nel caso di specie».

31 La fattispecie riguardava una controversia in cui erano stati convenuti il Governo della Repubblica italiana in persona del Presidente del Consiglio, il Ministero della Salute, B.B. e D.D. davanti al Tribunale di Roma per ottenere l'accertamento che “la situazione di emergenza sanitaria verificatasi nel nostro Paese nel periodo febbraio giugno 2020 e che si prolunga sin ad ora, a seguito della pandemia COVID-19, è stata causata, esclusivamente, dalla inescusabile *mala gestio* colposa e/o dolosa del sistema sanitario nazionale posta in essere da parte dei convenuti” e che questi “hanno attuato misure di coartazione dei diritti fondamentali dei ricorrenti pur consapevoli della loro irrilevanza ed inutilità”, nonché per l'ulteriore accertamento che “i comportamenti negligenti complessivi sia con riferimento alla gestione sanitaria sia con riferimento alle altre misure collaterali... si sono posti in diretto ed esclusivo nesso causale con i danni patiti dagli attori in quanto hanno determinato la necessità di ricorrere a misure straordinarie di contenimento che sarebbero state, altrimenti, inutili e comunque illogiche, illegittime, anticostituzionali”, chiedendo conseguentemente la condanna in solido del Governo, del convenuto Ministero, e altresì di B.B. e D.D. “quali persone fisiche ove fosse accertata loro colpa grave ovvero dolo”, a risarcire i derivati danni non patrimoniali. Affermano le Sezioni Unite: «Le argomentazioni schierate dai controricorrenti e che il Procuratore Generale ha fatto proprie, non senza approfondimenti in relazione a più recenti arresti, sono condivisibili. // Quel che viene attribuito ai convenuti, infatti, quale fonte della lesione delle posizioni degli attori, è *ictu oculi* l'esercizio di potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione in ordine al fronteggiare l'epidemia e, a monte, a governare il sistema del servizio sanitario nazionale. // Né, ovviamente, una sorta di “estrazione” delle persone fisiche (qui, chi rivestiva il ruolo di Presidente del Consiglio dei Ministri e chi rivestiva il ruolo di Ministro della Salute) dagli enti che hanno esercitato tale potere può consentire di trasformare quel che è stato, *sine dubio*, esercizio del potere amministrativo in meri comportamenti che sarebbero entrati direttamente in frizione con i diritti soggettivi dei cittadini, cagionandone lesioni presentate come fonte della domanda risarcitoria. Si tratta, infatti, di una artificiosa scissione dell'ente dalla persona fisica *pro tempore*, naturalmente non accettabile in quanto, se la si consentisse, verrebbe a privare la persona giuridica della sua soggettività effettiva e completa e, parallelamente, a gravare illegittimamente e prima ancora irragionevolmente chi la rappresenta *pro tempore* di quel che è responsabilità diretta di un ente pubblico. // L'evidente ricorrenza della giurisdizione amministrativa in un caso come quello in esame è stata effettivamente già riconosciuta in analoghe controversie precedenti da questo giudice del riparto. Invero, la fonte delle pretese lesioni del diritto alla salute degli attori non è identificabile altro che nell'esercizio del potere amministrativo relativo alla struttura del servizio sanitario nazionale e comunque a quanto si correla alla tutela dalle epidemie, esercizio che è stato svolto dai convenuti nelle varie modalità che sono state evidenziate – e sono state quindi riportate – nel presente ricorso, senza pertanto fuoriuscire dall'ambito di un potere da un lato e dall'altro senza entrare in una condizione di inattività, ovvero senza integrare le due

Così, con le sentenze n. 15 e n. 16 del 9 febbraio 2023, la Consulta ha dichiarato inammissibile, per manifesta carenza di giurisdizione del giudice *a quo*, la questione di legittimità costituzionale, sollevata da vari tribunali amministrativi regionali, del già menzionato art. 4, commi 1 e 4, del d.l. n. 44 del 2021, e lo ha fatto richiamando e condividendo proprio il precedente delle Sezioni Unite del settembre del 2022 di cui si è detto poco sopra: in particolare, con la pronuncia n. 15 del 2023, la Corte costituzionale ha misconosciuto la giurisdizione del giudice *a quo* perché ha ritenuto che l'atto asseritamente vincolato di sospensione dal servizio fosse riconducibile a quelli adottati dal datore di lavoro nell'ambito di un rapporto di impiego pubblico privatizzato³²; con la pronuncia

fattispecie che, alla luce anche delle più recenti pronunce di queste Sezioni Unite, condurrebbero al giudice ordinario. // Oltre agli arresti correttamente invocati, dunque, dal Procuratore Generale e qui condivisi, si è posta sulla medesima linea S.U. ord. 26 settembre 2022 n. 28022, che riconosce la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in un caso in cui era stato impugnato un provvedimento di un'Asl che, nell'ambito delle misure discrezionali dirette a contrastare la diffusione della pandemia Covid-19, aveva disposto l'isolamento domiciliare di sportivi professionisti contagiati anziché il cd. "isolamento in bolla", traducibile "in un divieto al regolare svolgimento dei campionati che solo indirettamente incide sul peculiare assetto degli interessi, individuali e collettivi, coinvolti". // Significativo è, d'altronde, il recente intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 14/2023, la quale, affrontando questione di legittimità costituzionale in ordine a normativa prevedente l'obbligo vaccinale in relazione al Covid per i sanitari, ha affermato che una siffatta "scelta tra le possibili opzioni" offerte dalla scienza nel momento storico "è esercizio di discrezionalità politica che, nei limiti della sua ragionevolezza e proporzionalità, non può essere sostituita". // In conclusione, se il pregiudizio prospettato deriva da provvedimenti adottati nello svolgimento di un pubblico servizio vale la giurisdizione amministrativa come già sopra evidenziato; e la natura di tutti gli atti rilevanti sopra riportata, come presente nel ricorso e tratta dall'atto di citazione, *ictu oculi* non è idonea a escluderli da tale ambito. // Si deve pertanto risolvere il regolamento dichiarando la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo con ogni conseguenza di legge».

32 Nella sentenza 9 febbraio 2023, n. 15, si legge quanto segue: «Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Lombardia con l'ordinanza iscritta al n. 86 del registro ordinanze 2022 sono inammissibili. Il Tribunale rimettente, invero, disattendendo la contraria eccezione proposta dai resistenti, ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto, pur rientrando il rapporto di lavoro dedotto nel giudizio *a quo* nell'ambito dell'impiego pubblico privatizzato, il *petitum* sostanziale della controversia contesta l'effetto legale automatico conseguente all'esercizio del potere vincolato di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, ovvero l'immediata sospensione dal servizio senza la previsione di una retribuzione, ancorché ridotta, e senza l'attribuzione di adeguate misure di sostegno. Pertanto, ad avviso del TAR, pur a fronte di un'attività amministrativa priva di margini di valutazione discrezionale, quale quella delineata dalla disciplina in oggetto a tutela dell'interesse pubblico, si configurerebbe una situazione soggettiva di interesse legittimo del privato, tale da radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

// Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il difetto di giurisdizione del giudice *a quo* determina l'inammissibilità delle questioni, per difetto di rilevanza, quando sia palese e ri-

n. 16 del 2023, invece, non venendo in considerazione alcun rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, lo ha fatto attraverso un rinvio *tout-court* all'ordinanza delle Sezioni Unite 29 settembre 2022, n. 28429³³.

Ma, tutto al contrario, la medesima Consulta, con la sentenza n. 14 dello stesso giorno, e cioè il 9 febbraio 2023, si è pronunciata nel merito sulla questione di legittimità costituzionale sempre dell'art. 4, commi 1 e 4, del d.l. n. 44 del 2021, sollevata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Si-

levabile *ictu oculi* (*ex plurimis*, sentenze n. 79 del 2022, n. 65 e n. 57 del 2021, n. 267 e n. 99 del 2020, n. 189 del 2018, n. 106 del 2013 e n. 179 del 1999). // Qualora sussista l'evidenza del vizio, o nel giudizio *a quo* siano state sollevate specifiche eccezioni a riguardo, come nel caso di specie, è richiesta al giudice rimettente una motivazione esplicita (sentenze n. 65 del 2021 e n. 267 del 2020), rispetto alla quale spetta a questa Corte una verifica esterna e strumentale al riscontro della rilevanza delle questioni (sentenze n. 24 del 2020, n. 52 del 2018 e n. 269 del 2016). // Orbene, la motivazione, alla stregua della quale il rimettente ha ritenuto di disattendere l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, non supera il vaglio della non implausibilità al quale si attiene questa Corte in relazione alla verifica della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale. // Invero, nel giudizio principale è stato chiesto l'annullamento degli atti di accertamento del mancato adempimento dell'obbligo vaccinale e di sospensione dal lavoro adottati, nei confronti di una operatrice sociosanitaria, da un'azienda sanitaria pubblica. Come riconosciuto dallo stesso TAR rimettente, i provvedimenti in questione sono stati emessi nell'ambito di un rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, in relazione al quale la giurisdizione spetta, in via generale, al giudice ordinario. In particolare, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario qualora la domanda del dipendente pubblico, individuata sulla base del *petitum* sostanziale in funzione della *causa petendi*, miri alla tutela di posizioni giuridiche soggettive afferenti al rapporto di lavoro, asseritamente violate da atti illegittimi, tra cui un atto di sospensione dal servizio. Del resto, le sezioni unite civili della Corte di cassazione, con ordinanza 29 settembre 2022, n. 28429, hanno affermato, in un caso analogo a quello in questa sede in esame, che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l'annullamento dell'atto di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria per mancata ottemperanza all'obbligo vaccinale introdotto dall'art. 4 del D.L. n. 44 del 2021, come convertito, venendo primariamente in rilievo il diritto soggettivo a continuare ad esercitare la professione sanitaria. // In conformità a tale orientamento, l'evidente carenza di giurisdizione del giudice rimettente comporta l'inammissibilità delle questioni sollevate dal TAR Lombardia». Le argomentazioni di questa pronuncia, come si vede, impingono sulla circostanza per cui l'atto vincolato sarebbe inquadrabile nell'ambito di un rapporto di pubblico impiego privatizzato, come manifestazioni di esso.

33 Diverso, come si dice nel testo, è l'impianto argomentativo di Corte cost., 9 febbraio 2023, n. 16, giacché, in tal caso, ad essere attinta dal medesimo atto asseritamente vincolato era stata una psicologa, iscritta all'Ordine professionale, esercente la professione in forma autonoma. Afferma la Consulta: «In punto di rilevanza, il TAR riferisce che l'Ordine professionale, parte resistente nel giudizio principale, ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito. Tale eccezione, secondo il rimettente, sarebbe priva di fondamento, perché l'Ordine ha esercitato un potere autoritativo di per sé sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7 del codice del processo amministrativo. // La motivazione dell'ordinanza di rimessione in ordine all'eccepito difetto di giurisdizione non supera il vaglio della non implausibilità, al quale si attiene questa Corte in relazione alla verifica della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale, venendo in rilievo, nel giudizio

ciliana, affermando, quanto alla sussistenza della giurisdizione del giudice *a quo*, che «N[on] sussistono dubbi sulla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto nel giudizio a quo è impugnato il provvedimento del Rettore e del Direttore generale dell'università con il quale si subordinava alla somministrazione vaccinale anti COVID-19 la prosecuzione dei tirocini di area medico-sanitaria in presenza all'interno delle strutture sanitarie».

A questo riguardo, occorre porre in evidenza, rispetto alle pronunce n. 15 e n. 16, che il rapporto tra gli studenti tirocinanti e le strutture ove essi prestano la propria attività non è contemplato né tra i rapporti di pubblico impiego contrattualizzato, né tra i rapporti di lavoro autonomo di soggetti appartenenti ad ordini professionali, né tra i rapporti di impiego in regime di diritto pubblico dall'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001, le cui controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e ancora che non risulta che sussista alcuna altra ipotesi di giurisdizione esclusiva al riguardo. Del resto, in questa sentenza, la Corte costituzionale non ha operato riferimento ad alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice *a quo*.

In conclusione, a fronte del medesimo atto (amministrativo?), si configurerebbero, in due casi, diritti “fondamentali”, con giurisdizione per le relative controversie del giudice ordinario, mentre, in un altro caso, si configurerebbero

principale, il diritto soggettivo a continuare a esercitare la professione sanitaria. // Le sezioni unite civili della Corte di cassazione, infatti, con ordinanza 29 settembre 2022, n. 28429, hanno confermato la sussistenza della giurisdizione ordinaria proprio in relazione all'impugnazione, da parte di un fisioterapista libero professionista, del provvedimento con cui l'Ordine professionale territorialmente competente lo ha sospeso dall'esercizio della professione sanitaria, per mancata ottemperanza all'obbligo vaccinale. // In tale pronuncia la Corte di cassazione ha ritenuto che appartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui viene in rilievo un diritto soggettivo – nella specie, quello ad esercitare la professione sanitaria – non intermediato dall'esercizio del potere amministrativo. Lo svolgimento dell'attività libero professionale, infatti, “viene sospeso temporaneamente [...] in forza delle previsioni dettagliatamente recate dalla fonte legislativa, che pone un requisito la vaccinazione contro il SARS-CoV-2 per l'esercizio della stessa”. // È evidente, pertanto, la carenza di giurisdizione del rimettente sulla controversia relativa alla sospensione dall'esercizio della professione sanitaria, che – come sottolineato dalla richiamata ordinanza delle sezioni unite della Corte di cassazione – “discende, in modo automatico” dall'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, configurato come “requisito essenziale” imposto dalla legge a tutela della salute pubblica e della sicurezza delle cure. // Per tale ragione, le questioni vanno dichiarate inammissibili».

interessi legittimi che ben potrebbero definirsi, anch'essi, "fondamentali", con giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo per le relative controversie.

7. Su talune controversie di diritto pubblico, anche concernenti interessi legittimi "fondamentali", devolute alla giurisdizione del giudice ordinario da parte del legislatore

Fermo quanto rilevato ai paragrafi che precedono, occorre notare come vi siano numerose controversie, indubitabilmente di diritto pubblico, e con riferimento alle quali, ancora una volta, ben potrebbero postularsi interessi legittimi "fondamentali", che vengono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario direttamente da parte del legislatore: ne rappresentano un esempio assai significativo quelle in materia di immigrazione (in senso lato)³⁴.

Circoscrivendo l'esame al d.lgs. n. 286 del 1998³⁵, al d.lgs. n. 251 del 2007³⁶, al d.lgs. n. 25 del 2008³⁷ e al d.lgs. n. 142 del 2015³⁸, può osservarsi come, seppure diverse di tali controversie siano devolute alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo³⁹, molte altre, invece, sono devo-

34 Questa materia è stata oggetto di numerosi contributi, anche monografici, da parte della dottrina amministrativistica. Ai fini del presente contributo, appare opportuno rinviare alla Rivista digitale *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, ove tali contributi, in una con copiosi articoli e saggi, vengono puntualmente richiamati.

35 «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero».

36 «Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta».

37 «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato».

38 «Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale».

39 In estrema ed incompleta sintesi, può rilevarsi, con riguardo al d.lgs. n. 286 del 1998, come vengano devolute alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie concernenti i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 4-ter, che disciplina la proroga del visto, dell'art. 5, che disciplina il permesso di soggiorno (con eccezione di quello per motivi familiari: cfr. *infra*), e dell'art. 6, che disciplina le facoltà e gli obblighi inerenti al soggiorno (cfr. lo stesso art. 6, comma 10). Ancora, ai sensi del comma 11 dell'art. 13, sono attribuite alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo le controversie concernenti i provvedimenti di espulsione di cui al comma 1 dello stesso art. 13, cioè quelli che riguardano lo straniero, anche non residente nel territorio dello Stato, per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, nonché quelle concernenti l'articolo 9, comma 10, primo periodo, aventi ad oggetto

lute alla giurisdizione del giudice ordinario (talvolta del giudice di pace, talaltra delle Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea), anche qualora non vengano in considerazione riserve di giurisdizione (sotto il profilo della libertà personale)⁴⁰.

Queste ultime evenienze sembrerebbero dar luogo ad altrettante manifestazioni di così detta “giurisdizione esclusiva” del giudice ordinario. In tali con-

le espulsioni del titolare del permesso di soggiorno UE, per soggiornanti di lungo periodo, per gravi motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, adottate dal Ministro dell'interno. Il giudice amministrativo ha poi giurisdizione, con competenza funzionale del Tar per il Lazio, per le controversie concernenti i provvedimenti di espulsione di cittadini extracomunitari per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 135, comma 1, lett. i), cod. proc. amm.), nonché per le controversie in materia di allontanamento di cittadini comunitari per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi di ordine pubblico di cui all'articolo 20, comma 1, del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, e successive modificazioni (ai sensi dell'art. 113, comma 1, lett. l), cod. proc. amm.). Ancora, è ammesso ricorso innanzi alla giurisdizione amministrativa di legittimità, ai sensi del comma 2-sexies dell'art.13, avverso il provvedimento previsto dal comma 2-ter del medesimo articolo (divieto di reingresso nel territorio dello Stato), nonché avverso l'espulsione, per motivi di terrorismo, ai sensi dell'art 3 del d.lgs. n. 144 del 2005. Infine, l'art. 18, comma 1, lett. c), n. 2), del d.l. n. 69 del 2023 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 103 del 2023), ha inserito il comma 1-bis nell'art. 10 del d.lgs. n. 286 del 1998, il quale – sconfessando un orientamento pacifico delle Sezioni Unite – dispone che «*Contro i provvedimenti di respingimento alla frontiera di applicazione immediata adottati ai sensi del comma 1 è ammesso ricorso al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio di polizia di frontiera che ha disposto il respingimento*». Il giudice amministrativo, da ultimo, pur nel silenzio della legge, è munito di giurisdizione (generale di legittimità) per le controversie concernenti le misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali (art. 20 del d.lgs. n. 286 del 1998), nonché, per espressa previsione normativa, per quelle in materia di riduzione o revoca delle condizioni di accoglienza ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 142 del 2015.

40 Ai sensi del d.lgs. n. 150 del 2001, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, con rito semplificato di cognizione, le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari, di espulsione per gravi motivi di pubblica sicurezza dei cittadini stranieri in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, nonché di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari, di espulsione dei cittadini di Stati che non sono membri dell'Unione europea, di accertamento dello stato di apolidia, di diniego o revoca dei permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario, di opposizione al diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare.

Ai sensi dell'art. 3 del d.l. n. 13 del 2017 sono rimesse alla giurisdizione del giudice ordinario, con cognizione delle Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'unione europea, le seguenti controversie in materia di: a) [...] mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30; b) [...] impugnazione del provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari per

troversie, cioè, la pubblica amministrazione agisce senza dubbio come «amministrazione-autorità», spesso è chiamata a compiere ampie e complesse valutazioni discrezionali (anche tecniche), ma, ciò nondimeno, delle medesime controversie conosce il giudice ordinario. Nonostante la Corte costituzionale abbia più volte affermato che la tutela dell'interesse legittimo è riservata al giudice amministrativo⁴¹.

È vero, peraltro, che, in passato, la stessa Corte costituzionale ha avallato un tale modo di operare del legislatore⁴², ma è altrettanto vero che, come si è

motivi imperativi di pubblica sicurezza e per gli altri motivi di pubblica sicurezza di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, ovvero per i motivi di cui all'articolo 21 del medesimo decreto legislativo, nonché per i procedimenti di convalida dei provvedimenti previsti dall'articolo 20-ter del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30; c) [...] impugnazione dei provvedimenti previsti dall'articolo 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, anche relative al mancato riconoscimento dei presupposti per la protezione speciale a norma dell'articolo 32, comma 3, del medesimo decreto legislativo, per i procedimenti per la convalida del provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento del richiedente protezione internazionale, adottati a norma dell'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, e dell'articolo 10-ter del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, come introdotto dal presente decreto, nonché dell'articolo 28 del regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, nonché per la convalida dei provvedimenti di cui all'articolo 14, comma 6, del predetto decreto legislativo n. 142 del 2015; d) [...] rifiuto di rilascio, diniego di rinnovo e di revoca del permesso di soggiorno per protezione speciale nei casi di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25; d-bis) [...] rifiuto di rilascio, di diniego di rinnovo e di revoca dei permessi di soggiorno di cui agli articoli 18, 18-bis, 19, comma 2, lettere d) e d-bis), 20-bis, 22, comma 12-quater, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286; e) [...] diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché relative agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, di cui all'articolo 30, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286; e-bis) [...] impugnazione dei provvedimenti adottati dall'autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, in applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013; accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana.

41 Corte cost., 12 luglio 1979, n. 100; Id., 10 dicembre 1981, n. 185

42 Il riferimento è a Corte cost., ord. 18 dicembre 2001, n. 414, che ha affermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 6, comma 10, e 13, comma 8, del d.lgs. n. 286 del 1998, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., sollevata da un Tar, nella parte in cui non devolvono ad un unico giudice, segnatamente al giudice amministrativo, le controversie relative al soggiorno degli stranieri in Italia, posto che l'art. 6, comma 10, per le controversie in tema di regolarizzazione, da parte del Questore, del permesso di soggiorno, prevede la giurisdizione amministrativa, mentre l'art. 13, comma 8, per le conseguenti controversie concernenti le espulsioni disposte dal Prefetto, per mancata regolarizzazione del permesso di soggiorno, prevede la giurisdizione del giudice ordinario: «resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – il conferimento al giudice ordinario o al giudice amministrativo del potere di conoscere ed eventualmente annulla-

visto, a muovere dal filone inaugurato dalla successiva sentenza n. 204 del 2004, il criterio sostanziale di riparto di giurisdizione sembra essere mutato (controverse di diritto pubblico /controversie di diritto privato): eppure, è come se le fattispecie richiamate nelle note a piè di pagina che precedono presupponessero che il giudice naturale delle controversie di diritto pubblico, proprio laddove

re un atto della Pubblica Amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti secondo le tipologie degli interventi giurisdizionali (sent. n. 275 del 2001); // che, allo stesso modo, rientra nella discrezionalità del legislatore, ripartire, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto, la giurisdizione tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario, conferendo anche un eventuale potere di annullamento con gli effetti previsti dalla legge (si veda l'ord. n. 165 del 2001); // che il provvedimento prefettizio di espulsione di un cittadino extracomunitario dal territorio nazionale è ben diverso dagli altri provvedimenti in ordine al permesso di soggiorno (art. 5 del D.Lgs. n. 286 del 1998), attribuiti alla giurisdizione del giudice amministrativo (art. 6, comma 10, del D.Lgs. n. 286 del 1998), dal punto di vista dei poteri e della discrezionalità esercitata, dei presupposti oggettivi e soggettivi, della sfera dei diritti soggettivi coinvolti e delle esigenze di garanzie (art. 18, comma 2); // che, pertanto, deve escludersi una palese irragionevolezza nella scelta discrezionale del legislatore di attribuire la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione alla giurisdizione del giudice ordinario, per le implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione dello straniero (si vedano sent. n. 105 del 2001; ord. n. 297 del 2001), che si trovi nel territorio nazionale al di fuori dei limiti di vigilanza della frontiera, per la esigenza di misure coercitive per il trattenimento e l'accompagnamento alla frontiera; // che qualunque sia l'interpretazione da dare all'ampiezza della innovazione processuale dell'ambito dei motivi aggiunti come mezzo per impugnare i provvedimenti sopravvenuti, connessi all'oggetto del ricorso originario, adottati tra le stesse parti in pendenza del ricorso stesso, certamente la norma consente un simultaneo processo, con riunione di azioni ed ampliamento dell'ambito originario, ma presuppone sempre che la domanda e l'oggetto nuovi rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo adito; // che, infatti, non esiste sul piano costituzionale una esigenza inderogabile che, una volta iniziato un giudizio tra due soggetti, tutti i rapporti e le pretese successive debbano subire una concentrazione (non prevista dalla procedura) avanti ad unico giudice, in deroga ad ogni diversa previsione di riparto di giurisdizione ed al principio di precostituzione del giudice; // che non sono isolate le differenziazioni di tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione, secondo le fasi procedurali e la posizione fatta valere dal privato, come ad esempio nella tutela contro il decreto di espropriazione e la liquidazione della indennità di esproprio; // che non si può configurare una violazione dell'art. 24 della Costituzione, quando il sistema giurisdizionale preveda, in termini chiari e conoscibili, una effettiva ed ampia possibilità di tutela per tutti i provvedimenti che possono ledere un soggetto, ripartendola tra distinti procedimenti giurisdizionali, per alcuni atti avanti al giudice ordinario e per altri innanzi al giudice amministrativo, secondo una scelta non palesemente irragionevole o manifestamente arbitraria, come sopra rilevato; // che d'altro canto, dovendosi escludere l'esistenza di pregiudizialità amministrativa nella materia considerata, il soggetto privato avrebbe potuto trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione avanti al giudice ordinario, che avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo di permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena, ovviamente se ritualmente adita». Si tratta, comunque, di una pronuncia anteriore al

più che altrove il potere amministrativo si manifesta in tutta la sua autoritarietà, sia il giudice ordinario⁴³.

Peraltro, il fondamento giuridico-razionale di queste scelte del legislatore si appalesa alquanto oscuro, o – come è stato rilevato – affidato ad «una pluralità di criteri diversi o forse ad esigenze eminentemente pratiche»⁴⁴, che però non si riesce ad individuare.

Ad esempio, è arduo comprendere la ragione per cui, nell'ambito dell'art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998 (rubricato «*Espulsione amministrativa*»), le espulsioni dello straniero, disposte dal prefetto ai sensi del comma 2, sono suscettibili, ai sensi del comma 8, di ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria (giudice di pace), mentre quelle disposte dal Ministro dell'interno, ai sensi del comma 1 (nonché dell'art. 9, comma 10, primo periodo), sono suscettibili, ai sensi del comma 11, di ricorso davanti al giudice amministrativo (in sede di giurisdizione generale di legittimità e con competenza funzionale del Tar per il Lazio): è vero, infatti, che le espulsioni del Ministro dell'interno vengono disposte per «motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato», e che quindi sono caratterizzate da ampia discrezionalità amministrativa; ma è anche vero che pure le espulsioni prefettizie ben possono esserlo: si consideri che il comma 2, lett. c), si riferisce allo straniero che appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

Ancora, se è vero che l'art. 9, comma 10, primo periodo, del d.lgs. n. 286 del 1998 dispone che «Nei confronti del titolare del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, l'espulsione può essere disposta per gravi motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato dal Ministro dell'interno, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro

filone inaugurato con la sentenza n. 204 del 2004, e che lascia assai perplessi quanto al principio di concentrazione delle tutele.

43 Appare, inverosimile, molto più autoritativo un provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato adottato dal Prefetto che non un provvedimento di esclusione da una procedura ad evidenza pubblica, del tutto indipendentemente dalla circostanza per cui, rispetto a quest'ultima, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

44 S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 592.

degli affari esteri e della cooperazione internazionale e si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13, comma 11», esso stesso, al secondo periodo, dispone che «Quando ricorrono gravi motivi di pubblica sicurezza l'espulsione è disposta dal prefetto. Avverso il provvedimento del prefetto può essere presentato ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150. Si applica l'articolo 13, comma 3» (tribunale sede della Sezione specializzata in materia di immigrazione protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea). Le due fattispecie sembrano addirittura sovrapporsi, sia pur in parte, ma con giurisdizioni diverse per le relative controversie⁴⁵.

Dal canto suo, l'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 30 del 2017, prevede la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi di ordine pubblico di cui all'art. 20, comma 1, il quale ultimo, a sua volta, si riferisce a limitazioni per motivi di sicurezza dello Stato, motivi imperativi di pubblica sicurezza e altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

Ma l'art. 8 dello stesso decreto legislativo rimette alla giurisdizione del giudice ordinario (tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea) le controversie avverso il provvedimento di rifiuto e di revoca del diritto di cui agli articoli 6 (diritto di soggiorno fino a tre mesi) e 7 (diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi).

Non risulta affatto chiaro, insomma, quale possa essere – e se vi sia – una *ratio* ispiratrice di queste scelte del legislatore. Al di fuori delle riserve di giurisdizione, infatti, il criterio di riparto impiegato dal legislatore, come è stato osservato, non sembra poter essere rappresentato né dalla dicotomia attività di-

45 Si è parlato, al riguardo, ma con argomentazioni critiche rispetto agli attuali ed incerti confini della giurisdizione amministrativa, di *Maionese impazzita delle giurisdizioni*: così A. LAMORGESE, in *Questione giustizia*, 2021.

screzionale / attività vincolata⁴⁶, perché, così come il giudice ordinario può pronunciarsi su fattispecie ampiamente discrezionali⁴⁷, il giudice amministrativo ben può pronunciarsi su fattispecie asseritamente vincolate⁴⁸; né su una condizione, da parte del legislatore, della teoria dei diritti così detti “indegradabili”, perché vi sono delle controversie, rimesse alla giurisdizione del giudice amministrativo, che attingono in maniera diretta e immediata proprio la posizione sog-

46 Del quale, invece, le Sezioni Unite fanno uso per affermare la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo per le controversie in materia di cittadinanza per naturalizzazione. Nonostante la previsione dell'art. 3 del d.l. n. 13 del 2017, infatti, che per le Sezioni Unite non fonda il riparto di giurisdizione tra le due giurisdizioni, ma semplicemente ripartisce tra i giudici ordinari le relative controversie, secondo le stesse Sezioni Unite le controversie in questione, ai sensi art. 9, co. 1, lett. f), l. 91 del 1992, rientrano nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in quanto atti discrezionali. Cfr., sul punto, sia pur in termini molto critici e che in questa sede non possono condividersi, C. CUDIA, *Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione e questioni di giurisdizione: alla ricerca della legalità sopita*, in *Dir. imm. citt.*, 2022: «Non è un mistero che le due giurisdizioni diano una diversa rappresentazione del rapporto tra autorità e individuo, che nell'ambito della giurisdizione amministrativa “muove sul piano generale ed *ex parte auctoritatis* dalla correttezza del potere autoritativo, conferito all'autorità, e nell'ambito della giurisdizione ordinaria prende le mosse, sul piano particolare, ed *ex parte subiecti* dalla consistenza della posizione giuridica soggettiva riconosciuta al privato». // La radicale diversità di approccio tra i due giudici ha indotto gli interpreti a ritenere preferibile che le controversie in tema di cittadinanza siano affidate al “giudice naturale della legittimità del potere e, cioè, al giudice amministrativo, chiamato a effettuare la ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario in rapporto ad altri interessi, quelli dello straniero, secondi rispetto a tale interesse, ma non per questo necessariamente recessivi o soccombenti nei suoi confronti”. // E questa stessa inclinazione, talora, ha addirittura condotto non solo a criticare la “sopravalutazione dell'inviolabilità” dei diritti o la “retorica dei diritti umani”, ma a enucleare la categoria degli interessi legittimi costituzionali o fondamentali, la cui tutela rimarrebbe affidata al giudice amministrativo anche a prescindere dalla devoluzione alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo. // Tralasciando la circostanza che la critica alla assolutezza dei diritti fondamentali si pone in contrasto con la disciplina costituzionale e sovranazionale, è chiaro che questa ricostruzione finirebbe per negare la possibilità stessa di una coesistenza tra potere (o tra amministrazione) e diritti, anche qui in evidentissima collisione non solo con il criterio di riparto tra le giurisdizioni prefigurato dalla Costituzione ma, ancora più in alto, con i principi costitutivi dello stato di diritto (tra tutti legalità e priorità della persona). // Non può che ribadirsi che il sindacato giurisdizionale deve dipendere solo ed esclusivamente dai contenuti della situazione giuridica azionata nella misura e nei limiti in cui essa trova riconoscimento dalla norma che attribuisce e disciplina il potere dell'amministrazione. // Una impostazione di questo tipo è irrinunciabile in un ambito così sensibile, nel quale si impongono non solo le ragioni (assolute) della legalità e della giustiziabilità, ma anche quelle dell'inclusione e del pluralismo. // Se, dunque, il procedimento per l'attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione non coinvolge un potere connotato da discrezionalità politica-amministrativa ma si appoggia (al più) su concetti elastici o indeterminati, ciò di cui si discuterà in giudizio sarà la sussistenza o meno dei requisiti fissati dalla legge e – in parallelo – la sussistenza o meno della pretesa (del diritto) del richiedente a ottenere il relativo provvedimento: correlativamente, di tali controversie dovrebbe occuparsi, appunto, il giudice dei diritti».

gettiva annoverabile tra quelle indegradabili⁴⁹; né – come è stato proposto in dottrina – su altri assunti, i quali, però, sembrano riferirsi più a questioni di politica del diritto, che non a questioni prettamente giuridiche, giacché, rispetto alle ipotesi nelle quali ricorre la giurisdizione amministrativa, pongono l'accento su «ponderazion[i] comparativ[e]» – effettuate dallo stesso giudice amministrativo – «di un interesse pubblico primario in rapporto ad altri interessi, quelli dello straniero, *secondari* rispetto a tale interesse, ma non per questo necessariamente recessivi o soccombenti nei suoi confronti»⁵⁰.

47 Si pensi alle controversie, in buona parte non concernenti riserve di giurisdizione, rimesse alla cognizione delle Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea: sembra sufficiente, ad esempio, la lettura degli artt. 26 e ss. del d.lgs. n. 25 del 2008 per rendersi conto di come l'attività delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale siano caratterizzate da una amplissima discrezionalità tecnico-valutativa, poi sindacata dal giudice ordinario (lo stesso avviene con riferimento alle previsioni contenute nel d.lgs. n. 251 del 2007).

48 Ad esempio, un diniego di permesso di soggiorno determinato dalla commissione dei reati previsti dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998.

49 Ad esempio, l'espulsione ai sensi dell'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 30 del 2017, nonché, da ultimo, le controversie in materia di respingimento immediato.

50 Cfr., in particolare, M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., 5: «è possibile in via sintetica affermare che, tendenzialmente, al giudice amministrativo sono affidate le controversie nelle quali il giudice, nel valutare il corretto o meno esercizio di un potere pubblico, è chiamato a sindacare, oltre che la legittimità, la ragionevolezza e la proporzionalità del suo esercizio, inteso a regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale per limitati periodi o l'ottenimento di uno *status* a tempo indeterminato (quello di lungosoggiornante UE, ai sensi dell'art. 9 T.U.I., o, addirittura, di cittadino), in presenza di determinati requisiti, predisposti dal legislatore, o nella valutazione di situazioni anche non tipizzate, affidate alla discrezionalità amministrativa, che rivelino la pericolosità della sua presenza per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale. // L'esercizio di tale potere, inteso a regolare i *flussi migratori* ammessi per specifiche ipotesi (i visti di ingresso, i diversi permessi di soggiorno previsti dal TUI) e a prevenire *situazioni di pericolo* per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, può intersecare, e spesso interseca, *indirettamente* situazioni fondamentali dell'individuo, inscindibilmente legate ad esso (si pensi alla situazione familiare del richiedente il permesso di soggiorno per motivi di lavoro), ma nell'ottica del legislatore resta preminente la volontà di affidarne la cognizione al giudice naturale della legittimità del potere e, cioè, al giudice amministrativo, chiamato ad effettuare la ponderazione comparativa di un interesse pubblico *primario* in rapporto ad altri interessi, quelli dello straniero, *secondari* rispetto a tale interesse, ma non per questo necessariamente recessivi o soccombenti nei suoi confronti. // Anche i diritti fondamentali possono essere lesi e conformati dall'esercizio del potere amministrativo [...], perché essi non sono *assoluti*, nel senso di *ab-soluti*, e cioè sciolti dalla doverosa comparazione, secondo le tecniche del bilanciamento, con altri valori assunti nella valutazione dal legislatore, nell'esercizio non irragionevole della propria discrezionalità, a preminente interesse pubblico. Le controversie affidate al giudice ordinario si connotano, invece, perché la valutazione circa la correttezza del potere esercitato, imprescindibile anche in molte di tali controversie, incide *direttamente* su tali situazioni fondamentali i permessi di soggiorno per motivi familiari, le condotte discriminatorie a danno dello straniero di cui all'art. 43 TUI, i respingimenti e le espulsioni e, in generale, tutte

In questo settore, probabilmente, è da condividere chi, preso atto del «groviglio del riparto», per cui «[a]nche solo abbozzare un quadro generale risulta sconsigliato», ritiene preferibile – *de iure condendo* –, anche per ragioni di concentrazione e di effettività della tutela, e a fronte di un armamentario del giudice amministrativo che ormai nulla ha più da invidiare a quello del giudice ordinario, «una unificazione delle tutele del migrante presso un'unica giurisdizione, che allo stato sarebbe preferibile fosse quella del giudice amministrativo»⁵¹.

le misure limitative della libertà dello straniero, la posizione dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale, i permessi per motivi umanitari, la posizione giuridica soggettiva dei cittadini UE), e per questo l'incisione diretta, da parte del provvedimento, radica la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti» (corsivi dell'Autore).

Questa elegante ricostruzione non può essere accolta, perché assegna al giudice amministrativo un ruolo prettamente amministrativo (e non giurisdizionale), e perché – come si è visto – non mancano affatto ipotesi in cui provvedimenti, dei quali conosce il giudice amministrativo, incidano in maniera immediata e diretta sulla posizione soggettiva dell'amministrato, che ben può corrispondere ad un diritto fondamentale: cfr., ancora, l'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1988.

51 Così G. TROPEA, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"*, in *Dir. imm. citt.*, 2022, il quale prosegue in questi termini: «Viceversa, la concentrazione dinanzi al giudice ordinario richiederebbe un incisivo e globale intervento del legislatore anche sui limiti interni di tale giurisdizione, ovvero sulle azioni esperibili e i relativi poteri del giudice. // Dal punto di vista sostanziale non regge più la teoria dei diritti incompressibili o indegradabili, anche alla luce di una più generale consapevolezza della compatibilità – positiva e teorica – tra diritto soggettivo, organizzazione servizi pubblici e attività amministrativa: la controversia di diritto pubblico implica, così, la riconfigurazione di un dinamico interesse legittimo *fondamentale* o *costituzionale*, più in linea con le società pluralistiche e multiculturali e i loro ordinamenti, nei quali il conflitto e il bilanciamento fra diritti e diritti, e fra diritti e interessi, è la regola. Quanto al diritto dell'immigrazione, questa esigenza si traduce in una condivisibile prospettiva di superamento della retorica "universalista" che pervade la letteratura sul tema: l'assolutezza dei diritti umani e il mero approccio antidiscriminatorio, infatti, non tengono in debito conto della multiforme dimensione amministrativa del conflitto, come emerge in questioni nodali anche sul tema della tutela quali la regolazione del confine. // In questo modo si potrebbe pure evitare di invocare *de iure condendo* l'inserimento di una materia di giurisdizione esclusiva in tema di tutela del migrante nell'art. 133 c.p.a., o andare volta a volta a cercare in quella disposizione materie che possano incrociare il contenzioso, come il potere sindacale di ordinanza o il servizio pubblico. // Correlativamente, anche la distinzione fra atto discrezionale e atto vincolato perde forza euristica nella definizione della giurisdizione: il suo fascino, da tempo minoritario in dottrina, a maggior ragione deve attenuarsi in giurisprudenza, presso la quale invece persiste sia pure come argomento di contorno o rafforzamento. Come si è visto, tuttavia, di vero e proprio rafforzamento a favore della giurisdizione del giudice ordinario non si può parlare, nella misura in cui il criterio del potere discrezionale entra in contraddizione con quello della *causa petendi*, e rischia di trasformare quest'ultimo nella "corsa" alle giurisdizioni concorrenti, riesumando l'ormai archiviata – e comunque altrettanto incerta – teoria della prospettazione. Il contenzioso antidiscriminatorio appare emblematico. Dal punto di vista processuale la concentrazione dinanzi al giudice amministrativo sarebbe soprattutto opportuna a causa della persistenza

Ai fini del presente contributo, si può osservare che il settore della immigrazione è uno di quelli in cui più che in altri potrebbero, in astratto, configurarsi interessi legittimi “fondamentali”. Il giudice amministrativo se ne occupa – sì – ma soltanto se e nei limiti in cui le singole disposizioni di legge gli rimettono la giurisdizione per le relative controversie. Per tutto il resto, e al di là delle riserve di giurisdizione, continuano a campeggiare soltanto pretesi “diritti fondamentali” o pretesi diritti soggettivi a fronte di pretesi atti vincolati, ancorché appaia evidente che, al di là delle diverse tecniche di sindacato del giudice ordinario che li riguardino, a fonte di essi si pone pur sempre un potere, e che quindi, nella sostanza, i medesimi sono interessi legittimi⁵².

del giudice ordinario, e soprattutto della Cassazione, a ricostruire la figura della disapplicazione “in negativo” rispetto all’ampiezza della giurisdizione amministrativa. Corsi e ricorsi storici si dirà, solo che in questo caso il *self restraint* è doppiamente esecrabile, in quanto va a danno dei più deboli e meno tutelati. [...] // In base alla più coraggiosa e dirimente prospettiva sostanziale, fondata sull’assunto secondo cui nelle società complesse contemporanee nessun diritto è “tiranno”, è ormai possibile configurare la sussistenza di interessi legittimi *costituzionali* o *fondamentali*, la cui tutela è affidata al giudice amministrativo a prescindere dalla devoluzione alla giurisdizione esclusiva di quest’ultimo. Diversi segnali portano a ritenere che è questa la prospettiva verso la quale ci si sta avviando, anche se forse ciò condurrà alla definitiva sparizione della giurisdizione esclusiva a favore di un più moderno criterio di riparto fondato sulla distinzione fra controversie di diritto pubblico e rapporti di diritto privato. // L’incontro con il potere non è né un privilegio né pericolo, è semplicemente una realtà. La negazione di questa realtà rappresenta, a ben vedere, il pericolo. I diritti fondamentali, se li intendiamo come intangibili e non irrelati con il potere, diventano diritti virtuali non esercitabili, mere enunciazioni programmatiche. // L’indegradabilità è categoria che nasce indubbiamente a fini di maggiore protezione, ma, come spesso avviene, l’eccesso di protezione concretizza il pericolo che si voleva scongiurare. // I diritti c.d. fondamentali, cioè quelli con forti premesse costituzionali, vivono solo nella dialettica del bilanciamento/condizionalità, intesa non in accezione compromissoria e “diminutiva”, ma come irrinunciabile sede di traduzione della norma di principio in dato di realtà, e quindi come sede di inveroamento e concretizzazione. Il pubblico potere non va banalmente inteso come limite ma come presidio di effettività. In questo senso, anche il giudice amministrativo recupera un ruolo fondamentale, non solo e non tanto per la ricchezza dei suoi poteri decisorii e per l’ormai consolidato principio di atipicità delle azioni dinanzi a lui esperibili, ma ancor prima per la peculiare capacità di indagare la razionalità intrinseca delle scelte selettive, che sono quelle in cui, in una società di crescenti bisogni e non infinite risorse economiche, si misura, in concreto e a prescindere dalle opzioni qualificatorie, l’effettività della situazione giuridica considerata. // A me pare che vi sia una persistente centralità dello Stato amministrativo in una materia che si vorrebbe più di altre pervasa di Stato costituzionale e del carattere umanitario del diritto internazionale contemporaneo, specie nel settore dei richiedenti asilo. [...] // Il nomadismo giurisdizionale non si è rivelato un arricchimento ma una fonte di incertezza e di ritardo nella tutela del migrante, e per tale ragione va superato».

52 Cfr., sul punto, il paragrafo 9.

Altre evenienze in cui il legislatore attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione su controversie di diritto pubblico, potenzialmente concernenti interessi legittimi “fondamentali”, possono rinvenirsi scorrendo le disposizioni del d.lgs. n. 150 del 2011. Ad esempio, l’opposizione all’ordinanza ingiunzione, di cui all’articolo 22 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ben può riguardare interessi legittimi “fondamentali”, perché le sanzioni amministrative pecuniarie hanno uno spettro di applicazione vastissimo: dalla prevenzione degli infortuni sul lavoro, all’ambiente e al paesaggio, ecc. Lo stesso può dirsi delle controversie in materia di applicazione delle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali. Oppure della opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio, ovvero, ancora, della impugnazione delle deliberazioni del Consiglio nazionale dell’Ordine dei giornalisti. L’elenco potrebbe continuare⁵³.

8. Superfluità della locuzione interessi legittimi “fondamentali”?

Giunti a questo punto dell’analisi, potrebbe sorgere la domanda se la prospettiva degli interessi legittimi “fondamentali”, pur apparendo giuridicamente suggestiva, non si riveli – forse – superflua o ultronea.

Le ragioni di ciò potrebbero essere affidate ad un “semplice” sillogismo:

- poiché è lo stesso art. 2 Cost. che incarica la Repubblica di riconoscere e di garantire i «diritti inviolabili dell’uomo», e quindi le situazioni giuridiche soggettive fondamentali;
- poiché nella *Parte II* della Costituzione, intitolata all’«Ordinamento della Repubblica», di non minore dignità e rilievo rispetto alla *Parte I*, è ricompresa la *Sezione II* del *Titolo III*, intitolata a «La Pubblica Amministrazione»;
- poiché l’art. 54, comma 2, Cost., impone ai cittadini ai quali «sono affidate funzioni pubbliche» – non «servizi pubblici», previsti dall’art. 43

⁵³ Un corposo elenco di casi di “giurisdizione nominata” del giudice ordinario è offerto da R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti esterni*, in www.treccani.it, 2015.

Cost. – il «dovere di adempierle con disciplina e onore, presentando giuramento nei casi previsti dalla legge»;

potrebbe conseguirne che è la Costituzione medesima, proprio a muovere dai suoi *Principi fondamentali*, a concepire (anche) il potere amministrativo autoritativo alla stregua di presupposto per il riconoscimento e per la garanzia, in termini effettivi e concreti, dei «diritti inviolabili dell'uomo» e, quindi, delle situazioni giuridiche soggettive fondamentali⁵⁴.

54 Cfr., sul punto, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1646 e ss., il quale, a muovere dal pensiero di Thomas Hobbes, scrive: «Il modello acquisisce dunque contorni precisi: il potere ha bisogno del *diritto* per legittimarsi, ma i *diritti* hanno bisogno del potere per affermarsi. Senza una fondazione giuridica (contrattualistica) non c'è potere legittimo, ma senza potere legittimo non c'è sicurezza dei diritti (in particolare, del diritto di proprietà). Nulla di diverso dirà Locke quando vedrà nel patto sociale lo strumento per dare a tutti "comodità, sicurezza e pace, nel sicuro possesso delle proprie proprietà", anche se tutto questo sarà detto sulla base dell'idea che la proprietà non è assegnata dal sovrano, ma costituisce un diritto anteriore all'edificazione della società politica (e questo era un presupposto totalmente diverso da quello immaginato da Hobbes, che non concepiva un "diritto" di proprietà nello stato di natura e prima della creazione dello Stato). // Il quadro, adesso, è completo. Già *statu nascenti*, il costituzionalismo vede nel potere (oltre che l'indirizzatario delle proprie pretese fondative) sia l'oggetto che il soggetto delle proprie pretese garantiste, nel senso che il potere, per un verso, è un nemico dal quale difendersi erigendo garanzie a protezione dei diritti; per l'altro è il soggetto che a quelle garanzie consente di esistere e di funzionare, tanto è vero che dove non vi è potere non vi è rimedio alle "ingiustizie". Nel momento in cui smarrisce il senso di questa molteplicità del rapporto fra diritto, potere e diritti, il costituzionalismo subirebbe una vera e propria mutazione genetica. // [...] Il potere è, oggi più che mai, il *problema* del costituzionalismo. A me sembra evidente che la moltiplicazione dei livelli decisionali, sia entro gli Stati (si pensi al travolgente sviluppo della autorità "indipendenti"), sia a livello dei rapporti sovranazionali e internazionali, non sia soltanto la conseguenza dell'accentuata pluralità e dell'oggettiva complessificazione dei rapporti sociali, ma sia anche una scelta *politica* soggettiva e consapevole, che tende a spostare all'infinito la sede della responsabilità e – conseguentemente – a rendere inafferrabile il potere. Anche la ridislocazione della decisione in sedi politicamente irresponsabili quali sono le Corti (intendo: i giudici, non solo costituzionali), se non retamente operata, potrebbe avere (paradossalmente, perché in origine il rafforzamento della giurisdizione era lo strumento per limitare al massimo il potere sovrano) la stessa funzione. Il potere ha imparato la lezione. Oggi sa che il costituzionalismo può afferrarlo e limitarlo, sicché la migliore strategia a sua disposizione è conformarsi all'imperativo *lathe biasas*. Per questo rovescia la pluralità/molteplicità (che in astratto ne sarebbe una limitazione) in una risorsa.

// In queste condizioni, il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti; di mettere in luce i complessi rapporti fra potere, diritto e diritti; di rivelare il modesto rendimento democratico delle procedure decisionali nei sistemi "a rete" o "multilivello". Occorre rifuggire, insomma, i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere. È davanti a *pólemos*, non ad *eiréne*, che il costituzionalismo deve vincere le proprie sfide. In una parola: rimbocchiamoci le maniche e riprendiamo il nostro antico e duro lavoro, senza illuderci che il costituzionalismo abbia vinto una volta per tutte (Guantanamo, ricordiamolo, non è un incubo del passato, ma è qui ed oggi) e che la storia

Le quali ultime, proprio perché poste in relazione ad un potere amministrativo autoritativo, potrebbero essere assunte, per l'appunto, alla stregua – essenzialmente nominalistica – di interessi legittimi “fondamentali”⁵⁵.

Ma, al tempo stesso, sono proprio queste medesime considerazioni – tutte interne alla lettera e allo spirito della Costituzione – a rivelare che, in realtà, le situazioni giuridiche soggettive fondamentali qui in esame sono non già interessi legittimi “fondamentali”, ma “semplici” interessi legittimi: per tali intendendo quelli, così denominati, senza ulteriori qualificazioni, dall'art. 24 Cost.⁵⁶

abbia una fine, alla quale abbiamo avuto in sorte di essere già arrivati».

55 Cfr., sul punto, N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2020, 178 e ss., ad avviso del quale sussisterebbe, in seno alla Costituzione, una antinomia logica tra la dimensione dei diritti e la dimensione dei poteri, o tra il riconoscimento dei diritti e l'organizzazione dei poteri: «Tale antinomia consiste nella tensione costante tra l'enunciazione linguistica, a forte rilevanza ermeneutica, dell'*inviolabilità* dei diritti dell'uomo, riconosciuta e garantita (art. 2), e il sistema di giustizia amministrativa, che deve presupporre, per essere conforme a Costituzione, l'esistenza attribuita di un *potere pubblico* idoneo ad incidere sui suddetti diritti inviolabili ed ancor prima sulla fonte di essi, ossia sull'art. 2 Cost. ed analogamente sulle altre disposizioni recanti diritti costituzionali, alcune delle quali contengono espressamente l'evocazione della natura *inviolabile* (artt. 13, 14, 15, 24 Cost.). // La natura dei diritti inviolabili, a vocazione resistenziale, introduce certamente una complicazione concettuale, una sorta di terza categoria (almeno apparente), rispetto all'oggetto dell'effettività della tutela giurisdizionale, ossia rispetto agli interessi legittimi e ai diritti soggettivi (art. 24 Cost.); proprio la natura dei diritti inviolabili, ad intensa intangibilità assiologica, genera la problematica della compatibilità concettuale con il potere pubblico, innanzi al quale normalmente stanno gli interessi legittimi (che si oppongono ad esso o che pretendono da esso) e quindi conseguentemente del radicamento della giurisdizione. // In sintesi sembra esservi una scissione tra una dimensione *statica* della Costituzione, che afferma e riconosce l'inviolabilità di alcuni diritti, e una dimensione *dinamica*, che costruendo la sindacabilità giurisdizionale del potere pubblico (art. 24, 103, 113 Cost.), presuppone che l'esercizio del medesimo da parte dell'Amministrazione competente possa conformare o sacrificare (anche legittimamente) tali diritti». La scissione, tuttavia, vi sarebbe anche nell'ipotesi di un sistema monistico di giurisdizione.

56 Che poi, in realtà, come è noto, possono essere immensamente più complesse rispetto ai diritti soggettivi. Di diverso avviso, ma con conclusioni non dissimili a quelle alle quali si perviene in questo contributo, N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, cit., 196 e ss., che ravvisa «l'interesse legittimo fondamentale come elemento costitutivo della forma di Stato»: «Davanti alle richiamate resistenze giurisprudenziali, è necessario ribadire l'esigenza costituzionale della categoria dell'*interesse legittimo fondamentale*, quale elemento costitutivo della forma di Stato, e con essa della giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili. // L'architettura costituzionale, fondata su un equilibrio costante e su un'intima connessione, tra la prima e la seconda parte della Costituzione, impone una *relativizzazione* dell'inviolabilità e con essa dei suoi corollari descrittivi (ossia della assolutezza, della indisponibilità, della irrinunciabilità). In uno Stato costituzionale sociale, complesso e pluriclasse, i diritti costituzionali degli individui non sono assoluti ma nascono intimamente connessi al potere pubblico, strettamente legati all'esercizio del potere quale funzione socio-istituzionale attuativa, conformante e limitativa del contenuto essenziale degli stessi. Il potere pubblico, se attribuito

Sotto questo profilo, sono da condividere, e per nulla suonano provocatorie, le recenti ed autorevoli parole secondo le quali «senza l'ospedale non vi è diritto al ricovero». Nel senso che, senza il potere amministrativo autoritativo, in questo esempio quello di organizzazione del servizio sanitario, con tutti gli altri numerosi poteri amministrativi autoritativi che esso implica (pianificatori, ablatori, *lato sensu* concessori, autorizzatori, ecc.), sarebbe semplicemente impossibile che esistesse e che funzionasse l'ospedale stesso. La «salute», quindi, quand'anche assunta soltanto nella sua primigenia declinazione di «fondamentale diritto dell'individuo», non sarebbe tutelata dalla Repubblica⁵⁷. E lo stesso ordine di idee potrebbe valere, *mutatis mutandis*, e sia pur con le rispettive differenze, per pressoché tutte le altre situazioni giuridiche soggettive riconosciute nei *Principi fondamentali* e nella *Parte I* della Costituzione⁵⁸.

dal legislatore, costituisce la condizione di ancoraggio dei diritti alla forma di Stato, la garanzia di sostenibilità ordinamentale dei diritti costituzionali astrattamente enunciati nella I Parte della Costituzione. // Non esistono diritti inviolabili “senza potere”, posto che i diritti costituzionali non sono nati per essere impenetrabili e indegradabili ma per essere penetrati e permeati dai valori costituzionali della solidarietà, della libertà e dell'uguaglianza, veicolati all'interno di essi dal potere; risolvere, infatti, la tutela degli interessi individuali, anche se appartenenti al novero dei diritti fondamentali, nella dimensione del diritto soggettivo “significherebbe negare tutela a tutti o assicurarla solo al più forte, e quindi o negare la libertà o negare l'uguaglianza”. In altre parole è necessario ipotizzare che “si instauri una qualche azione di bilanciamento o di compromesso, cioè una *relativizzazione*. Una relativizzazione che, come appare evidente, non nega affatto l'assolutezza o la primarietà dei diritti inviolabili”. // Pertanto deve essere riconosciuto che nell'ordinamento costituzionale italiano un diritto inviolabile assume frequentemente la consistenza e la forma di un interesse legittimo, quale dimensione che presuppone l'esistenza dell'attribuzione di un potere pubblico, sorto ed organizzato per bilanciare, temperare l'interesse sotteso ad un bene della vita, pur di rango costituzionale, con gli interessi pubblici e altri interessi privati. L'interesse legittimo, quale sintesi tra interesse pubblico e privato, diviene così la regola della Costituzione dei diritti, ossia la dimensione paradossalmente naturale di un diritto fondamentale nella forma di Stato italiana, posto che soltanto rispetto ai valori della *relatività costituzionale*, di cui il potere si fa portatore, è possibile comprendere il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, al di fuori della solitudine e dell'astrattezza di esso. La teoria dell'indegradabilità, al contrario, finisce per oscurare proprio quella che è “la condizione normale (e costituzionale) di emersione dei diritti cioè il bilanciamento” 100, posto che l'interesse legittimo, “più che una figura degradata, o meglio il risultato di una degradazione o di un affievolimento”, mostra di sé “un'immagine più complessa e forse più aderente alla realtà del bilanciamento costituzionale».

57 G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 121.

58 Proprio questo, invero, sembra il senso di Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85: «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

Voler immaginare che a tutte le situazioni giuridiche soggettive che l'art. 24 Cost. denomina «interessi legittimi» non possa corrispondere alcuno dei «Diritti» ai quali è intitolata la *Parte I* della Costituzione (non a caso insieme ai «doveri dei cittadini») o che siano previsti nei suoi *Principi fondamentali*, per il solo fatto che li denomina, per l'appunto, «Diritti», sembra giuridicamente insostenibile, perché, da un lato, lo stesso art. 24 è collocato al suo interno (cioè, all'interno della *Parte I*), e riferisce la inviolabilità della difesa anche agli «interessi legittimi», e, dall'altro, è difficile ravvisare, nella *Parte II* della Costituzione, una qualche situazione giuridica soggettiva alla quale possa corrispondere un «interesse legittimo» (a parte, ovviamente, quelle che, insieme a varie altre situazioni giuridiche soggettive, si riconnettono all'organizzazione dei poteri del-

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. // Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale. // Lo stesso giudice rimettente ritiene che la norma censurata «annienti completamente il diritto alla salute e ad un ambiente salubre a favore di quello economico e produttivo». Se questa valutazione fosse rispondente alla realtà normativa, ci si troverebbe senza dubbio di fronte ad una violazione dell'art. 32 Cost., in quanto nessuna esigenza, per quanto costituzionalmente fondata, potrebbe giustificare la totale compromissione della salute e dell'ambiente, per le ragioni prima illustrate. Tale conclusione non è tuttavia suffragata da una analisi puntuale della disposizione censurata. // Come si è rilevato nei paragrafi precedenti, l'autorizzazione al proseguimento dell'attività produttiva è subordinata, dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 207 del 2012, all'osservanza delle prescrizioni dell'AIA riesaminata. La natura di tale atto è amministrativa, con la conseguenza che contro lo stesso sono azionabili tutti i rimedi previsti dall'ordinamento per la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi davanti alla giurisdizione ordinaria e amministrativa».

Su questi aspetti, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 114 ss.

lo Stato, all'esercizio della funzione giurisdizionale, ecc.). Più che mai attuale si rivela oggi la celebre domanda: «Ma che cos'è questo interesse legittimo?»⁵⁹.

Sembra meno implausibile, invece, alla luce del “semplice” sillogismo proposto sopra, immaginare che tutti i «*Diritti*», così denominati nei *Principi fondamentali* e nella *Parte I* della Costituzione, a fronte del potere amministrativo autoritativo, siano – non “degradino” a: siano, già di per sé – “semplici” interessi legittimi: fermi, lo si ripete ancora, i limiti esterni delle quattro riserve di giurisdizione, i limiti interni delle singole disposizioni costituzionali e il limite del principio di legalità sostanziale nell'attribuzione del medesimo potere amministrativo autoritativo, nonché i paradigmi della proporzionalità e della ragionevolezza nel suo concreto esercizio⁶⁰.

9. La necessaria e opportuna riscoperta del “semplice” interesse legittimo e del giudice amministrativo come “vero” giudice del potere amministrativo autoritativo

Non sembra, dunque, che – allo stato – la locuzione interessi legittimi “fondamentali” possa esprimere un concetto giuridico diverso da quello del “semplice” interesse legittimo. Al massimo, si può dire che, specialmente a muovere da tempi relativamente recenti, il giudice amministrativo ha avuto più di frequente “occasione” – questo sì – di confrontarsi con la tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche soggettive fondamentali, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità. Ed è proprio l’“occasionale” incontro tra queste situazioni giuridiche fondamentali e questa forma di giurisdizione del giudice

59 M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, 469 ss., e, in particolare, il par. 9, ove lo Studioso ragiona su *L'interesse legittimo e l'assetto dei rapporti tra cittadino-pubblica amministrazione. Le tendenze di fondo delle società contemporanee: la garanzia dei diritti fondamentali e l'immedesimazione della società con l'organizzazione amministrativa. La nuova figura della potestà amministrativa*. Ma cfr. anche il paragrafo conclusivo.

60 Ed in una con il notevole progredire delle tecniche di tutela per essi apprestabili – almeno sulla carta – da parte del giudice amministrativo a seguito dell'introduzione del codice del processo amministrativo. Al riguardo, la dottrina da citare sarebbe sterminata. Si rinvia, per tutti, quanto all'esaurimento della discrezionalità ad esito del processo amministrativo, a M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, nonché, quanto alle azioni esperibili, ad A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012. Entrambe queste opere, peraltro, fanno giustamente salva la più rigorosa applicazione del principio di separazione dei poteri.

amministrativo che sembra aver indotto voci autorevoli della dottrina (per ora soltanto della dottrina) ad avanzare l'idea che possano esistere interessi legittimi "fondamentali"⁶¹.

Sono belle le parole recentemente rivolte da un Presidente emerito del Consiglio di Stato, ora Giudice costituzionale, ad un Professore emerito di diritto amministrativo: «la visione relazionale di tutte le situazioni soggettive e l'ancoraggio ad essa della differente graduazione (non quantitativa, ma) qualita-

61 Interessanti, sul punto, le conclusioni cui perviene L. GALLI, *Gli interessi legittimi "fondamentali". Il giudice amministrativo e le situazioni giuridiche di rilievo costituzionale*, cit., 195 e ss., il quale, nel premettere che «Il quadro tracciato nelle precedenti pagine ci consegna poche certezze e numerosi spunti di riflessione. // Tra le prime ricade sicuramente quella per cui, ad oggi, il giudice amministrativo non è il giudice ordinario dei diritti "fondamentali" incisi dai pubblici poteri. // Secondo l'orientamento tracciato dalla Corte di cassazione, come arbitro del riparto di giurisdizione, il giudice della pubblica amministrazione può conoscere dei diritti "fondamentali" solo qualora ricadano in una materia di giurisdizione esclusiva», e ciò in quanto, storicamente, il giudice ordinario avrebbe sovvenuto – per "emergenza" – alle carenze di tecniche di tutela adeguate da parte del giudice amministrativo, osserva che, allo stato normativo attuale, e cioè superata l'"emergenza" (con il codice del processo amministrativo, ecc.), «Ricondurre a normalità i diritti "fondamentali" è presupposto logico per ammetterne la coesistenza coi pubblici poteri, i quali, in conformità con la Costituzione e con gli elementi strutturali dello stato di diritto, sono chiamati non solo a promuoverne il soddisfacimento, ma anche a bilanciarli tra loro e con gli interessi pubblici, in un contesto sociale in cui tale mediazione fra le differenti esigenze risulta più che mai indispensabile. // Ancora, il superamento dell'emergenza è permesso dal riconoscimento, in dottrina e giurisprudenza, dell'interesse legittimo come situazione sostanziale, che sorge e dialoga con il potere amministrativo in modo da consentire la piena protezione dell'interesse privato nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico. // Infine, le trasformazioni che hanno caratterizzato il giudice e il processo amministrativi, culminate con l'adozione del codice del processo amministrativo, hanno enormemente ridimensionato il senso di emergenza che conseguiva dall'inefficienza della sua tutela, dotandolo di tutti quegli strumenti che il giudice ordinario si era riconosciuto – anche in deroga ai limiti imposti dall'all. E, l. n. 2248/1865 – ai fini della tutela dei diritti "fondamentali" incisi dall'azione amministrativa. // Da ciò, pertanto, più che la civilizzazione del giudice amministrativo, è conseguita la sua costituzionalizzazione, risultando lo stesso dotato degli strumenti necessari e idonei a garantire la protezione effettiva della situazione del privato coinvolta nell'esercizio dei poteri pubblici, sia essa "fondamentale" o meno. // Sembra tramontata, dunque, l'utilità della "incomprimibilità di diritti fondamentali" che, attribuendo tali situazioni alla giurisdizione ordinaria anche quando coinvolte nell'esercizio dei pubblici poteri, comporta ad oggi un'amministrativizzazione del giudice civile, il quale si vede costretto ad arrogarsi gli strumenti che ordinariamente spettano al giudice amministrativo, derogando alle previsioni di legge inerenti i suoi limiti interni, così da fornire ai diritti "fondamentali" la necessaria protezione. // Ammettere come superata l'emergenza, dunque, non solo non escluderebbe la piena salvaguardia delle situazioni giuridiche "fondamentali", ma per di più garantirebbe il rispetto di altre previsioni costituzionali quali quelle che riconoscono nel giudice amministrativo una componente irrinunciabile del nostro equilibrio istituzionale e, conseguentemente, ne garantiscono le specifiche attribuzioni. // [...] In conclusione, l'esito di questa ricerca non è solo quello di ipotizzare il superamento della categoria giuridica dei diritti "fondamentali", quanto meno in relazione al riparto di giurisdizione, ma anche quello di estendere la portata della fundamentalità quale caratteristica valoriale di un bene che può es-

tiva delle tutele possono fondare, *già a Costituzione vigente*, un criterio di riparto che individui il giudice amministrativo come giudice del potere pubblico, cioè il giudice della P.a. che agisca come autorità, a tutela degli interessi che sono alla base del bisogno concreto di tutela, e non di astratte configurazioni di diritti o interessi svincolate dalla correlazione con altre situazioni soggettive. È questo il senso di fondo della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. Ed è anche il senso attuale del giudice amministrativo»⁶².

Ma, affinché ciò possa essere così, occorrerebbe, *de iure condito*, e sulla scia dell'impostazione inaugurata, ormai circa venti anni fa, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, interpretare la locuzione «interessi legittimi», contenuta nell'art. 103, comma 1, Cost., alla stregua di situazioni giuridiche soggettive che si relazionano con un potere amministrativo autoritativo, e – soprattutto – interpretare la parola «atti», contenuta nell'art. 113, commi 1 e 3 Cost., alla stregua di «atti di diritto privato», laddove riferita ai «diritti» e agli «organi di giurisdizione ordinaria», e alla stregua di «atti di diritto pubblico», laddove riferita agli «interessi legittimi» e agli «organi di giurisdizione [...] amministrativa», salve soltanto le fisiologiche eccezioni di cui si è detto sopra (unicamente alle quali, in tale prospettiva, potrebbero trovare applicazione le disposizioni degli artt. 2, 3, 4 e 5 dell'Allegato E alla l. n. 2248 del 1865)⁶³.

sere tutelato sia sotto forma di diritto soggettivo sia di interesse legittimo. // Il carattere “fondamentale” di una situazione soggettiva perde così di rilevanza giuridica, forse perché a essere diritto “fondamentale” è prima di tutto quello alla tutela giurisdizionale, che deve risultare altrettanto piena, inviolabile, incompressibile ed effettiva qualunque sia la situazione giuridica azionata e qualunque sia il giudice innanzi al quale tale diritto viene esercitato».

62 F. PATRONI GRIFFI, *Contributo alla discussione sui Saggi e scritti scelti*, in *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, a cura di F. Grassi e O. Hagi Kassim, Roma, 2021, 97 e ss. (corsivi dell'Autore).

63 Si tratta, a ben vedere, di una proposta non eccessivamente dissimile da quella di M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., 98 e ss., il quale, premettendo che «Questa riserva [degli interessi legittimi al giudice amministrativo] va in realtà tradotta nel senso che sono rimesse alla competenza esclusiva del giudice amministrativo le controversie di diritto pubblico», perché «non vi altro significato dell'interesse legittimo come criterio di riparto», afferma: «Questa disposizione [l'art. 113] sembra [...] lasciare aperta la possibilità che il legislatore, nella sua discrezionalità, possa attribuire la tutela costitutiva e dunque il sindacato sugli atti amministrativi anche al giudice ordinario. Ed in tal senso si è anche infatti pronunciato il giudice delle leggi [Corte cost., n. 32 del 1970]. // Sennonché, è del tutto evidente che questa possibilità si pone in diretta contraddizione con la riserva del giudice

In questa prospettiva, voler distinguere tra “semplici” interessi legittimi e interessi legittimi “fondamentali” perderebbe di senso. Tutte le controversie di diritto pubblico, salvo eccezioni propriamente tali, risulterebbero attratte al «giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica». Da quelle economico-sociali (sia pur potenzialmente importantissime) a quelle che involgano situazioni giuridiche soggettive “fondamentali”, qualora incise dal potere amministrativo autoritativo.

amministrativo in materia di controversie di diritto pubblico [sulla riserva degli interessi legittimi al giudice amministrativo cfr. Corte cost., 12 luglio 1979, n. 100 e Id, 10 dicembre 1981, n. 185]. // Rappresentato con il “lessico” degli equivoci: se l'interesse legittimo è riservato al giudice amministrativo e se di fronte al provvedimento vi può essere soltanto un interesse legittimo, il sindacato sul provvedimento e dunque il suo annullamento non può che spettare allo stesso giudice amministrativo. // E non è non è un caso infatti che proprio il citato art. 113 sia spesso evocato come norma di rottura dell'assetto preesistente, nella prospettiva di recuperare un ruolo del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico. // E qui, per quanto possa apparire paradossale, la Costituzione si presenta, ancora una volta, conservativa, ma in un senso del tutto diverso. // Non si conserva soltanto il diritto vivente del riparto, con tutta la coda dei meri equivoci “lessicali”, ma si conserva (o si recupera) anche l'origine di questi stessi equivoci, si riapre cioè la porta ai principi della legge del 1865. In sostanza, il mai sopito conflitto nella nostra “cultura” giuridica, tra monismo e dualismo, rinnovatosi nelle note vicende dei lavori dei costituenti, ha trovato anche nel dettato costituzionale un suo punto di compromesso. Non a caso la dottrina ha sottolineato che nella costituzione vi sono “due direttive” che “sono in via di principio contraddittorie”. // Si ripete così la storia delle antinomie “normative” di sistema, per quanto non con l'immediatezza pratica del passato, trattandosi di una previsione che rimanda al legislatore. // L'art. 113 occupa in sostanza lo stesso spazio esegetico della clausola di salvaguardia della giurisdizione del giudice ordinario contenuta nella legge del 1889. // Ma così come la “lettera” di quella clausola nulla poté di fronte al dato strutturale della contestuale istituzione della IV Sezione, allo stesso modo, la “lettera” dell'art. 113 nulla potrebbe di fronte all'art. 103, di fronte cioè alla sanzione costituzionale del giudice amministrativo. // L'unica residuale efficacia che con massima prudenza si potrebbe attribuire a questa disposizione, compatibilmente con una lettura sistematica della Costituzione, è quella di consentire, al pari di altri consolidati ordinamenti dualisti, che, in determinate materie, senza dunque concorrenza col giudice amministrativo, si conferiscano in via del tutto eccezionale al giudice ordinario controversie di diritto pubblico. Ed è in effetti quanto avvenuto in questi decenni nel nostro ordinamento, col caso emblematico delle sanzioni amministrative (legge n. 689/1981), insieme a qualche altro caso pur sempre marginale, e che ha indotto parte della nostra dottrina ad evidenziare il carattere appunto eccezionale di tali deroghe alla giurisdizione generale del giudice amministrativo. [...] // Tutto ciò non poteva ovviamente che coinvolgere anche l'art. 113 co. 3 nella misura in cui con il conferimento del potere di annullamento al giudice ordinario si tocca il sindacato sull'interesse legittimo, *id est* sull'atto amministrativo. // Ammettere ipotesi eccezionali di giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico non significa altro che parlare della riserva del giudice amministrativo in termini di riserva “relativa”. Ma, ai nostri fini, di una “riserva” pur sempre si tratta: una riserva cioè che caratterizza inequivocabilmente il nostro sistema nel novero dei sistemi dualistici classici».

Per una prospettiva completamente diversa cfr., invece, A. PROTO PISANI, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2015, V, 184 e ss.; G. VERDE, *Il riparto di giurisdizione*

Ma questa stessa prospettiva si appalesa – almeno allo stato – ancora non (del tutto) realizzata. Da un lato, infatti, come si è visto, sembrano troppo numerose e troppo rilevanti, per rappresentare delle mere eccezioni ad un principio di segno contrario, le controversie di diritto pubblico, anche relative a situazioni soggettive “fondamentali”, che vengono rimesse alla cognizione del giudice ordinario direttamente da parte del legislatore. Dall’altro lato, e soprattutto, nel silenzio di quest’ultimo, la giurisprudenza delle Sezioni Unite, talvolta – come si è visto – seguita da quella della Corte costituzionale, continua a pervenire al medesimo risultato utilizzando la teorica dei diritti così detti “indegradabili” ovvero quella degli atti amministrativi vincolati.

Quanto alle scelte del legislatore, non può che auspicarsi – *de iure condendo* – l’acquisizione, da parte sua, di una maggiore consapevolezza del ruolo istituzionale e costituzionale assegnato al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa⁶⁴.

Quanto alla teorica dei diritti “indegradabili”, si è già rilevato in altra sede che, a parte il pressoché unanime superamento, quantomeno in dottrina, dello stesso presupposto da cui essa muove (cioè, l’interesse legittimo come “degradazione” del diritto soggettivo), e a parte la sua negazione ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale (tra le altre, la sentenza n. 35 del 2018), il punto critico, insuperabile, risiede in ciò: poiché è questa stessa teorica a riconoscere che il potere amministrativo, che incide su diritti così detti indegradabili, sarebbe attribuito dalla legge, ancorché condannato a “degradare” – esso sì – a mero antecedente fattuale innanzi al giudice ordinario, quest’ultimo, proprio per rinvenire giuridico fondamento della teorica medesima, dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale della legge attributiva del potere ammini-

secondo Riccardo Villata, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 696 e ss.; A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, 27 e ss.

64 A meno che non si preferisca la via abolizionistica, rispetto alla quale L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione giustizia*, 2015, 106 e ss., ha rinvenuto una decina di argomentazioni che deporrebbero nel senso della non specialità del giudice amministrativo italiano, e, quindi, della sua non ragion d’essere rispetto al giudice comune.

strativo che incida sul diritto asseritamente indegradabile, anziché... “disapplicarla”. I giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.). Almeno ad essa, per l'appunto, dovrebbero soggiacere.

Rispetto agli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, che non sarebbero espressione di potere amministrativo, perché si risolverebbero, per la pubblica amministrazione, in meri adempimenti di obblighi o in mere esecuzioni di doveri, a seconda che gli stessi siano ad effetti favorevoli (o ampliativi) ovvero ad effetti sfavorevoli (o limitativi) delle sfere giuridiche soggettive dei propri destinatari, le quali ultime sarebbero comunque ascrivibili al diritto soggettivo (e non all'interesse legittimo) può innanzitutto osservarsi, come pure si era già fatto in altra sede, che la giurisprudenza della Corte costituzionale è di segno opposto: si è visto che nell'unica occasione in cui essa ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione, ha affermato che sarebbe un «postulato privo di qualsiasi fondamento» quello per cui «di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi, e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi» (16 aprile 1998, n. 127).

Sul piano della teoria generale, la sensazione è ancora quella per cui la giurisprudenza delle Giurisdizioni superiori e della Corte costituzionale sia sostanzialmente ferma, ma in maniera rapsodica, alle ricostruzioni giuridiche, di segno diametralmente opposto, di un importante esponente della Scuola fiorentina, del 1988⁶⁵, e di un illustre esponente della Scuola romana, del 1995⁶⁶, nonostante i fondamentali ed interessantissimi contributi ed accrescimenti ad esse apportati da successivi studiosi, e sia pur a fronte di taluni recenti dati di diritto positivo, che farebbero propendere, per ora, per la preferenza della ricostruzione offerta del secondo Studioso⁶⁷.

65 A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 e ss.

66 F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 e ss.

67 Li individua lo stesso F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., par. 6, nell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990 e nel combinato disposto dell'art.

Ciò fermo, e come si è già rilevato in altra sede, il punto critico insuperabile è questo, e attiene non già all'attività, bensì all'organizzazione amministrativa.

La legge, infatti, riserva alla pubblica amministrazione, proprio attraverso l'adozione degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, la funzione di cognizione, di accertamento e di restituzione dei presupposti previsti dalla legge medesima ai fini della produzione in concreto degli effetti giuridici: se così non fosse, infatti, gli atti in questione – e con essi, ancor prima, le stesse amministrazioni pubbliche che li adottano – non avrebbero ragione di esistere.

Con riferimento a quelli ampliativi, qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come non sussistenti, gli effetti giuridici non si producono (ad esempio: il rimborso, da parte del servizio sanitario nazionale, delle spese sostenute per talune tipologie di cure). Con riferimento a quelli limitativi, viceversa, gli effetti giuridici si producono (ad esem-

34, comma 1, lett. c), e dell'art. 31, comma 3, cod. proc. amm. (cui potrebbe aggiungersi l'art. 55, comma 2, cod. proc. Amm.).

Quanto agli Studiosi che si sono occupati della materia, cfr., per tutti, il lavoro, ricchissimo di riferimenti bibliografici, di F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in www.federalismi.it, 2017, nel quale, premettendosi che comunque l'atto amministrativo vincolato sarebbe espressione di una decisione («l'ordinamento giuridico accorda all'amministrazione un margine di decisione, anche in caso di poteri vincolati», perché «l'amministrazione deve decidere conformemente alle meta-norme, ma non è detto che lo faccia», e «se l'amministrazione non decide conformemente a quelle norme, il provvedimento produce gli effetti e persegue i fini voluti dall'amministrazione, anche se invalido»), si conclude nel senso per cui «Diverso, invece, è il discorso in relazione alle situazioni giuridiche soggettive del cittadino dinanzi ad un provvedimento vincolato. Esso dipende dall'elemento che la nozione di interesse legittimo (e, correlativamente, di diritto soggettivo) privilegia: se la sussistenza del potere in capo all'amministrazione (l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita oggetto di potere amministrativo) oppure il grado di "certezza" di soddisfazione che l'ordinamento assicura alla pretesa del cittadino (l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita a soddisfazione solo eventuale). Nel primo caso, dinanzi ad un potere vincolato v'è un interesse legittimo, ancorché assistito da una serie di rimedi più "intensi" (come l'azione di adempimento, per gli interessi pretensivi). Nel secondo, dinanzi ad un potere vincolato v'è un diritto soggettivo, dal momento che il cittadino dinanzi ad un potere vincolato vanta una pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita la cui soddisfazione è obbligatoria (ancorché tale obbligo, come ogni altro, possa rimanere inadempito). Tale questione, perciò, non può essere risolta dalla qualificazione dell'atto vincolato come decisione». Nel testo, come si vedrà, si privilegia la prima delle due impostazioni.

pio: l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato), qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come sussistenti.

Ma ciò – e qui può risiedere l'equivoco – prescinde completamente dalla (ampia e intensa) gradazione della tutela giurisdizionale accordabile avverso gli atti in questione.

Piuttosto, preme evidenziare che tale tutela, proprio in forza della riserva della funzione in capo alla pubblica amministrazione, non può, sul piano logico-giuridico, muovere dal lato della esistenza o della inesistenza, in sé e per sé considerate, del diritto. Essa, sempre in forza della riserva, non può che muovere dal lato della corretta (cioè: legittima) cognizione, del corretto (cioè: legittimo) accertamento e della corretta (cioè: legittima) restituzione, da parte degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, della esistenza o della inesistenza dei presupposti previsti dalla legge⁶⁸.

Per il resto, la logica della tecnica di tutela giurisdizionale corrisponde a quella delle disposizioni degli artt. 34, comma 2, e 31, comma 3, cod. proc. amm., con la conseguenza per cui, al di là di qualsivoglia vacua enfasi, gli atti amministrativi vincolati sono, anch'essi, espressione di potere amministrativo e, al loro cospetto, le situazioni giuridiche soggettive, anche fondamentali, sono “semplici” interessi legittimi. Sia pur tutelabili in maniera più ampia e più intensa: nel senso che è astrattamente possibile per il giudice – che, almeno in linea di principio, dovrebbe essere quello amministrativo – «pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio», senza oltrepassare il principio di separazione dei poteri dello Stato (cfr. sia pur in un ordine concettuale in parte differente da quello proposto, CGARS, 13 settembre 2021, n. 802).

Il sistema, salvo eccezioni (che tali dovrebbero rimanere), potrebbe essere questo, già a Costituzione invariata, qualora il legislatore evitasse di assegnare

⁶⁸ Per questo non si possono condividere le pur autorevoli posizioni di A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 65 e ss.

direttamente al giudice ordinario controversie di diritto pubblico, per giunta senza che emerga un fondamento razionale di tali scelte.

Il perché ciò non sia così è difficile da capire, se non rievocando l'osservazione, anch'essa oggi più che mai attuale, per cui quella del riparto di giurisdizione, nel nostro Paese, è – ed è sempre stata – davvero una «commedia degli equivoci»⁶⁹, i cui principali protagonisti sono e sono sempre stati il più sterile dei nominalismi e la più insidiosa delle insincerità.

Più in profondità, forse l'*ubi consistam* della questione ha carattere meta-giuridico. Le Sezioni Unite continuano a vedere ovunque “diritti soggettivi”, sempre più “fondamentali”, che scalzano via i “semplici” interessi legittimi, e con essi il giudice amministrativo, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, è noto che, in termini sociologici, una organizzazione, alla quale viene attribuito un potere, tende – in maniera fisiologica – sempre ad aumentarlo: questo potere, in capo alle Sezioni Unite, è quello rimesso loro dall'art. 111, comma 8, Cost.

In secondo luogo, però, è anche vero che il giudice amministrativo, ancora troppo spesso, si ostina a non voler accedere fino in fondo al fatto e, specialmente in taluni settori, a non sindacare davvero né la discrezionalità amministrativa, né quella tecnica, e neppure l'interpretazione delle norme fornita dalla pubblica amministrazione, talvolta riconducendo surrettiziamente quest'ultima alle prime due: ciò che rappresenta, a ben vedere, la negazione della verace capacità defensionale dell'interesse legittimo.

In conclusione, anziché proporre concetti giuridici “suggestionanti” come gli interessi legittimi “fondamentali”, che forse creano soltanto ulteriore confusione, sarebbe più opportuno riscoprire l'*ubi consistam* dei “semplici” interessi legittimi, i quali, anche storicamente, sono le situazioni giuridiche soggettive (se si vuole: i diritti soggettivi pubblici) riconosciuti e tutelati in maniera piena e diretta dall'ordinamento giuridico a che la pubblica amministrazione eser-

69 A. PIRAS e M.S. GIANNINI, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 293, 294 e ss.

citi in maniera legittima il potere amministrativo autoritativo che l'ordinamento stesso le attribuisce per la cura in concreto degli interessi pubblici, quand'anche siano coinvolte, dal lato dei soggetti amministrati, dal lato della pubblica amministrazioni o da entrambi, situazioni giuridiche soggettive fondamentali.

ANTONIO BARONE
Professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Catania
antoniobarone@baronestudiolegale.com

DIRITTO AMMINISTRATIVO, EMERGENZA “SISTEMICA” E URGENZA PROCESSUALE

ADMINISTRATIVE LAW, “SYSTEMIC” EMERGENCY AND PROCEDURAL URGENCY

SINTESI

Il tema del rapporto tra emergenza, rischio e rispetto delle posizioni giuridiche fondamentali, anche nell'ottica della giurisprudenza del giudice amministrativo, si presta ad una molteplicità di letture, nell'ambito delle quali il saggio sviluppa una breve riflessione sulle odierne dinamiche relazionali tra emergenza sul piano del diritto sostanziale e urgenza sul piano del diritto processuale.

ABSTRACT

The relationship between emergency, risk and respect for fundamental rights, also from the perspective of the case-law of administrative judges, lends itself to a multiplicity of readings, within which the essay develops a brief reflection on today's relational dynamics between emergency and urgency in administrative law and procedural law.

PAROLE CHIAVE: Rischio, diritti fondamentali, emergenza, urgenza, processo

KEYWORDS: risk, emergency, urgency, respect for fundamental rights

INDICE: 1. Emergenza “puntuale” ed emergenza “sistemica”; 2. L'urgenza processuale e il processo amministrativo “nell'emergenza”; 3. La risposta al “cigno nero” ed il paradosso del rito processuale speciale post-emergenziale; 4. Il “genietto alato” e la tutela delle posizioni giuridiche fondamentali

1. Emergenza “puntuale” ed emergenza “sistemica”

L'amministrazione dell'emergenza costituisce una tematica che ormai da tempo è oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina amministrativistica¹. E' stata evidenziata, in particolare, la progressiva dilatazione del con-

¹ Per tutti, AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, *Annuario dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.

petto di “emergenza”², comprensivo sia degli eventi già realizzati che di quelli anticipatamente rappresentati³. Ciò porta, come è stato sostenuto, «ad inserire l'emergenza in un più vasto contesto di amministrazione del rischio»⁴.

Le caratteristiche distintive della odierna «società del rischio» pongono numerosi profili di riflessione anche nell'ottica del giurista. La tradizionale deferenza del diritto verso i portati tecnico-scientifici, infatti, non è più da sola una risposta esaustiva. La certezza del diritto non risulta più legata esclusivamente alla fissazione in via normativa delle soglie massime di inquinamento o dei valori limite di sicurezza per la salute umana e per l'ambiente. In una siffatta prospettiva, la certezza del diritto si sgancia dalla tradizionale stabilità dei provvedimenti amministrativi aprendo la prospettiva della c.d. amministrazione “riflessiva”⁵.

Il tema del rapporto tra emergenza, rischio e rispetto delle posizioni giuridiche fondamentali, anche nell'ottica della giurisprudenza del giudice amministrativo, si presta ad una molteplicità di letture, nell'ambito delle quali intendo sviluppare una breve riflessione sulle odierne dinamiche relazionali tra emergenza sul piano del diritto sostanziale e urgenza sul piano del diritto processuale; ciò nella consapevolezza della necessaria riduzione ad unità dell'ordinamento giuridico come diritto-azione-processo⁶.

Sul piano sostanziale, occorre a mio avviso distinguere tra una emergenza “sistemica” ed una emergenza “puntuale”. Quest'ultima è legata a singoli eventi, a vicende puntuali di rottura dell'ordinamento giuridico che la dottrina amministrativistica ha analizzato in senso critico, segnalandone lucidamente la

2 S. CASSESE, *Conclusioni* al Convegno *Il Diritto Amministrativo dell'emergenza*, cit.

3 C. MARZUOLI, *Il Diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Il Diritto Amministrativo dell'emergenza*, cit. Del resto, come rileva F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, ivi, la legge sulla protezione civile (24 febbraio 1992, n. 255) non riguarda solo gli eventi calamitosi ma anche le “situazioni di pericolo”, comunque determinate (art. 5, 3° comma).

4 C. MARZUOLI, *Il Diritto amministrativo dell'emergenza* cit.

5 Sul punto sia consentito il rinvio al mio lavoro *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006.

6 Secondo il noto insegnamento di S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XIX, p. 220 ss.

vis expansiva al di là di ogni ragionevole e plausibile giustificazione (emblematico resta l'esempio della legislazione sui commissariamenti per i c.d. “grandi eventi”)⁷. L'amministrazione “dell'emergenza”, in particolare, si affianca, coesiste ed opera parallelamente all'amministrazione “ordinaria”.

L'emergenza “sistemica” ha, invece, una valenza globale, legata (ad esempio) alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale ai sensi del codice di protezione civile. In questi casi la rottura ordinamentale non è puntuale ma, appunto, sistemica⁸. Basti pensare alla emergenza da Covid-19 ed allo stravolgimento del sistema delle fonti concretizzatosi in quel periodo: trionfo della normazione tramite DPCM, esplosione delle ordinanze contingibili ed urgenti di sindaci e presidenti delle regioni anche in deroga alle fonti statali, continua revisione delle misure emergenziali in relazione all'evoluzione delle conoscenze scientifiche ed alla stessa evoluzione del contagio⁹.

In contesti di emergenza “sistemica” la coesistenza tra amministrazione dell'emergenza e amministrazione ordinaria tende a scomparire di fronte alla quasi fisiologica trascinamento della prima in tutti i campi della seconda, fino a non consentire talora una reale distinzione tra i due modelli di amministrazione, ordinaria ed emergenziale.

2. L'urgenza processuale e il processo amministrativo “nell'emergenza”

In linea generale, il sistema di giustizia amministrativa è dotato di strumenti di urgenza processuale certamente idonei a rispondere a situazioni emergenziali ordinarie. La tutela cautelare assicurata dal giudice amministrativo è esempio emblematico al riguardo.

L'emergenza “sistemica” rilancia non soltanto il potere pubblico e le sue multiformi manifestazioni di tipo autoritativo, ma anche, conseguentemente, il

⁷ Cfr. sul punto M. ALLENA, M. CAPANTINI (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in «Il diritto dell'economia», vol. 28, n. 87 (2-2015).

⁸ Su queste tematiche è d'obbligo il rinvio a L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021.

⁹ Per tutti, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 10 aprile 2020.

controllo giurisdizionale sul potere pubblico¹⁰, che in contesti emergenziali è soprattutto un controllo in via d'urgenza. Non a caso, durante il periodo della pandemia da Covid-19 il giudice amministrativo, proprio grazie alla sua "accessibilità immediata", ha svolto un delicato ruolo di bilanciamento tra valori ed interessi di rango costituzionale come, ad esempio, il diritto alla salute, la libertà di circolazione, il diritto al lavoro e le libertà economiche¹¹. Sembra quindi plausibile sostenere che, almeno in linea teorica, il cappello dell'urgenza processuale copra indistintamente emergenza, rischio e pericolo nella prospettiva assorbente del *periculum in mora* (art. 55 CPA) o della "estrema gravità e urgenza" (art. 56 CPA)¹².

L'emergenza "sistemica" della pandemia da Covid-19, tuttavia, è stata affrontata dal giudice amministrativo con gli strumenti della urgenza processuale "ordinaria". Il legislatore, infatti, non ha introdotto nel processo amministrativo strumenti di tutela d'urgenza "speciali" ed originali per l'emergenza "sistemica"¹³. Si è quindi affermato un modello di processo amministrativo

10 Cfr. B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Università Mercatorum, 2019.

11 Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, www.giustizia-amministrativa.it, 2021.

12 Sulla tutela cautelare dopo il codice del processo amministrativo: M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, relazione al 56° convegno di studi amministrativi su *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Varenna, 23-25 settembre 2010, consultabile anche in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1130 ss.; ID., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.federalismi.it; A. TRAVI, *Tutela cautelare (dir. amm.)*, Treccani, diritto on-line, 2013; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 4, 2010, 1165; M. ALLENA - F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 191 ss.; A. POLICE, *La tutela cautelare di primo grado*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, G.P. Cirillo (a cura di), Padova, 2017; M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi*, in www.federalismi.it, 2017.

13 Per una riflessione critica sugli interventi legislativi in materia di processo amministrativo durante l'emergenza pandemica cfr. M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 31 marzo 2020; F. SAITTA, *Sulla decisione di prevedere una tutela cautelare monocratica ex officio nell'emergenza epidemiologica da Covid-19: chi? Come? ma soprattutto, perché?*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 6 aprile 2020; C. SALTELLI, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020, n.18*, in www.giustamm.it, 3, 2020; F. FRANCIOSI, *Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid-19*, www.giustiziainsieme.it.

“nell'emergenza” (sistemica), nell'ambito del quale gli strumenti processuali ordinari, ampiamente rodati rispetto alle situazioni di emergenza “puntuale”, sono stati piegati e adattati ad una situazione emergenziale del tutto diversa, nella quale l'urgenza processuale costituiva non di rado l'unico viatico per la tutela giurisdizionale¹⁴.

Si prenda, ad esempio, lo strumento processuale del decreto presidenziale, che in diversi casi ha costituito il solo provvedimento giurisdizionale intervenuto a dirimere la controversia.

In contesti di emergenza “sistemica”, si spezza il carattere ancillare del decreto presidenziale rispetto alla tutela cautelare collegiale, in quanto la temporaneità e continua rivedibilità delle misure emergenziali rischiano di determinare la chiusura anticipata della vicenda processuale per improcedibilità correlata alla sopravvenuta carenza di interesse¹⁵.

Emblematico è il caso del decreto presidenziale di sospensione degli effetti dell'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana di temporaneo sgombero degli hotspot e dei Centri di accoglienza dei migranti, siti nel territorio siciliano, per ragioni legate alla impossibilità di garantire le misure sanitarie di prevenzione dal contagio.

La sentenza che ha definito la controversia ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse da parte della Regione Sicilia-

14 Le riflessioni svolte concernono solo il processo amministrativo. La dottrina processual-civilistica ha lucidamente segnalato l'emersione di un vero e proprio diritto processuale dell'emergenza; per tutti cfr. R. MARTINO, *Situazioni d'urgenza e diritto processuale dell'emergenza*, in R. MARTINO, F. ALICINO, A. BARONE (a cura di), *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 481-514.

15 Per un'analisi statistica e giurisprudenziale dettagliata, specificatamente afferente alla tutela cautelare monocratica erogata nel periodo emergenziale, cfr.: gli approfondimenti tematici, al sito giustamm.it, a cura di: T. COCCHI - B. GARGARI - V. SORDI, *La tutela cautelare di secondo grado ai tempi del COVID-19. Primissime applicazioni del Consiglio di Stato*, 6 aprile 2020; V. SORDI, *Una “prima lettura” dei decreti monocratici “derogatori” assunti dai giudici di primo grado*, 17 aprile 2020; ID., *“Primo monitoraggio” dei decreti cautelari pronunciati dal TAR Lombardia e dal Tar Puglia*, 2 aprile 2020; B. GARGARI, *Effetti concreti dell'art. 84 del decreto Cura-Italia nei decreti monocratici del TAR Lazio, del TAR Piemonte e Tar Veneto*, 2 aprile 2020; nonché il Focus tematico: *Decreti monocratici emessi nel periodo emergenziale Covid-19*, a cura di G. VELTRI, www.giustizia-amministrativa.it.

na in conseguenza dell'intervenuta perdita di efficacia dell'ordinanza presidenziale, nonostante le parti avessero dichiarato il persistente interesse al ricorso¹⁶.

Ne deriva che, soprattutto in contesti di emergenza “sistemica”, il decreto presidenziale rimane l'unico intervento giudiziale sul caso controverso, idoneo addirittura a definire (nei limiti evidenziati) la vicenda, così snaturando del tutto le sue caratteristiche.

Al riguardo, sembra quanto mai opportuno tornare a riflettere sulla rilevanza dell'interesse morale o strumentale alla decisione¹⁷, specie in contesti di emergenza sistemica. Parimenti, v'è da chiedersi se, proprio nei contesti peculiari in esame, i profili di incostituzionalità della limitazione dell'appellabilità dei decreti presidenziali non risultino più evidenti di quanto finora emerso¹⁸.

3. La risposta al “cigno nero” ed il paradosso del rito processuale speciale post-emergenziale

L'emergenza pandemica, fortunatamente, è ormai alle nostre spalle. Nella fase post-pandemica in cui viviamo, tuttavia, si conferma il forte rilancio del potere pubblico, anche nella forma dei poteri di programmazione. In particolare, l'epoca post-pandemica è caratterizzata dal forte rilancio della programmazione economica, che, da ultimo, ha trovato una rinnovata centralità tanto a livello eurounitario quanto sul piano nazionale attraverso il programma *Next Generation EU* (NGEU) ed il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

16 Si tratta dell'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 33/2020, efficace dal 23/8/2020 al 10/9/2020, sospesa con Decreto presidenziale del TAR Palermo n. 842 del 27/8/2020. Ad esito della camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare, svoltasi in data 18/9/2020, il TAR Palermo, sez. III, ha emesso sentenza breve n. 1952 del 25/9/2020, dichiarando l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. Va tuttavia precisato che, nel caso di specie, il Collegio ha comunque proceduto ad una (pur sommaria) delibazione del merito della controversia in sede di regolazione del regime delle spese del giudizio, alla luce del criterio della soccombenza virtuale.

17 La tematica può solo essere accennata; si rinvia sul punto a L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004; R. VILLATA, *Interesse ad agire (Diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

18 In argomento v. R. DAGOSTINO, *Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica)*, Giustiziainsieme.it, 4/12/2020.

Riprendendo il bel saggio del filoso e matematico Nassim Taleb, il PNRR e più in generale il NGEU costituiscono la risposta al “cigno nero” della pandemia¹⁹.

Nella fase post-emergenziale la realizzazione degli obiettivi del PNRR diventa interesse pubblico primario da realizzare, un “risultato” da assicurare per poter ricevere i trasferimenti dei fondi NGEU a parte della Commissione Europea. Di fronte a questo interesse pubblico primario, questa volta, il legislatore ha deciso di introdurre un regime processuale speciale, così determinando il paradosso di un rito processuale per uscir fuori dall'emergenza (sistemica), disciplinato senza che esistessero prima strumenti processuali d'urgenza “speciali” per l'emergenza sistemica.

Questo rito processuale speciale per tutte le controversie riconducibili a finanziamenti PNRR presenta gravi criticità, già segnalate dalla dottrina²⁰.

Mi riferisco, in particolare, alla drastica limitazione della tutela cautelare (emblematici i casi dello snodo ferroviario di Bari e della linea ferroviaria Palermo-Catania)²¹, così come alla estensione dell'art. 125 CPA a tutti gli appalti PNRR, con la conseguente primazia della tutela risarcitoria rispetto a quella in forma specifica.

19 N.N. TALEB, *Il cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, Il Saggiatore, Milano, edizione 2023. I primi due Regolamenti adottati per fronteggiare la pandemia da Covid-19, infatti, trovano fondamento nell'art. 122, par. 2, TFUE, che consente all'Unione di prestare “assistenza finanziaria” a determinate condizioni allo Stato membro che “si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo”. In particolare, trovano fondamento nell'art. 122, par. 2, TFUE, il Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020 e il Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020. Per una riflessione critica sui temi del PNRR, nell'ambito di una ormai vasta letteratura, cfr. M.C. CAVALLARO, *La cultura nel PNRR e la cultura del PNRR: alcune considerazioni*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1/2023, p. 445-465.

20 Cfr. F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in *Giustiziainsieme*, 27/7/2022, www.giustiziainsieme.it; M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e del nuovo schema del codice dei contratti)*, in *Federalismi.it*, 5/4/2023, www.federalismi.it.

21 Con riferimento allo snodo ferroviario di Bari v. l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 25/7/2022, n. 3601. Per la linea ferroviaria (raddoppio) Palermo-Catania v. TAR Sicilia, Catania, sez. II, n. 172 del 17/4/2023.

La dottrina ha efficacemente denunciato la “trappola” dell’abbandono della tutela in forma specifica²², segnalando al contempo il rischio di una stazione appaltante costretta a instaurare e proseguire il rapporto contrattuale nonostante evidenti criticità, col duplice risultato negativo per la collettività della condanna al risarcimento del danno ed altresì dell’inadeguatezza dell’opera o servizio realizzato²³.

Il regime processuale speciale per tutte le controversie riconducibili a finanziamenti PNRR non può essere considerato una conseguenza della limitazione del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, né del resto esso risulta ascrivibile in altro modo al diritto eurounitario. Lo stesso principio del “risultato” non può in alcun modo legittimare una così forte compressione dei poteri del giudice amministrativo, pur finalizzata ad una maggiore efficienza ed alla correlata riduzione dei tempi processuali²⁴.

Invero, come è stato efficacemente evidenziato, le istituzioni europee non ritengono efficace in materia di appalti una tutela di carattere meramente risarcitorio²⁵. Ne deriva la contrarietà al diritto UE della tendenza legislativa italiana a configurare contratti pubblici “ricorso-resistenti” così come a limitare la tutela cautelare anche al di là della sfera degli appalti.

4. Il “genietto alato” e la tutela delle posizioni giuridiche fondamentali

Taleb ci ricorda che, spesso, per fronteggiare le conseguenze di un “cigno nero” si possa generare un nuovo cigno nero: nell’epoca dei diritti presi sul se-

22 Cfr. F. FRANCIOSI, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021, www.questionegiustizia.it. Secondo l’A. si tratta di “un pretesto per fornire un surrogato e, soprattutto, per abbandonare la forma di tutela specifica dell’annullamento, l’erogazione della quale ha rappresentato la ragione primaria per cui si è introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità e si è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo”.

23 Si rinvia sul punto ai lavori di M.A. SANDULLI, tra i quali, *ex multis*, v. *Il rito speciale dei contratti pubblici nel primo decennio del C.P.A.: tra progresso e involuzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 183 ss.

24 Su questi temi, in generale, v. di recente A.G. OROFINO, *Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività*, in V. FANTI (a cura di), *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, vol. I, Esi, Napoli, 2019, pag. 513-556.

25 Cfr. M.A. SANDULLI, *Il rito speciale dei contratti pubblici cit.*

rio v'è quindi il rischio della ineffettività della tutela giurisdizionale. La fine dell'emergenza sistemica non può giustificare in alcun modo la sospensione degli strumenti di urgenza processuale del giudice amministrativo.

La vastità del perimetro applicativo del regime processuale speciale "PNRR" crea tensioni insolubili con gli artt. 24, 11 e 113 Cost., e non può neppure trovare legittimazione in ragioni emergenziali che non esistono più e che sono oggi prive di fondamento giuridico. Sotto questo profilo il tentativo di inquadrare il raggiungimento dei risultati programmati del PNRR in termini di emergenza sistemica non è convincente e, anzi, risulta fallace.

Maria Cristina Cavallaro e Biagio Giliberti hanno magistralmente organizzato i convegni "gemelli" (rispettivamente) di Napoli e Palermo, sotto la sempre attenta direzione di Luca Perfetti ed il coinvolgimento della direzione della rivista PA Persona e Amministrazione. Proprio in occasione del convegno napoletano ho avuto occasione di visitare nuovamente il capolavoro settecentesco della cappella di San Severo di Raimondo di Sangro. Lì è possibile ammirare, insieme al famosissimo "Cristo velato", il meno noto gruppo scultoreo del "disinganno", in cui campeggia la figura di un uomo raffigurato nel gesto di liberazione da una fitta rete simboleggiante il peccato. Accanto all'uomo che si divincola dalla rete è possibile scorgere un genietto alato che aiuta il protagonista a liberarsi.

Mi piace pensare che quella fitta rete rappresenti idealmente l'insieme delle limitazioni ai nostri diritti che abbiamo subito durante e in parte anche dopo l'emergenza pandemica. Mi piace altresì immaginare che quel genietto alato raffiguri idealmente il nostro giudice amministrativo, che deve continuare a mantenere quel ruolo di garanzia delle posizioni giuridiche fondamentali dei cittadini nonostante i tentativi poco meditati di limitare i suoi poteri e nonostante alcune tendenze dello stesso giudice amministrativo di prestare talora attenzione privilegiata alle esigenze del pubblico potere.

Le dinamiche relazioni tra emergenza sostanziale e urgenza processuale superano a mio avviso la questione dell'autonomia del processo amministrativo rispetto al diritto sostanziale, ponendo invece la questione centrale della funzionalità del processo amministrativo allo stesso modo di intendere il diritto amministrativo²⁶.

²⁶ Così I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, ora in ID., *Scritti giuridici*, a cura di A. Barone, vol. II, ESI, Napoli, pag. 988.

LUCA LONGHI
Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università Telematica Pegaso
luca.longhi@unipegaso.it

DIRITTI FONDAMENTALI E GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLE RECENTI LINEE EVOLUTIVE DEL DIRITTO VIVENTE

FUNDAMENTAL RIGHTS AND JURISDICTION OF THE ADMINISTRATIVE JUDGE IN THE RECENT EVOLUTIONARY LINES OF LIVING LAW

SINTESI

Il presente lavoro affronta il tema della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ai diritti fondamentali, con particolare riferimento al diritto alla salute in una recente ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione.

Si avrà modo di riflettere sulle evoluzioni del riparto di giurisdizione nel nostro sistema, a partire dalle tradizionali categorie concettuali (diritto soggettivo, interesse legittimo, servizio pubblico, ecc.) e tenuto conto delle recenti linee evolutive del diritto vivente.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of the jurisdiction of the administrative judge in relation to fundamental rights, with particular reference to the right to health in a recent ordinance of the United Sections of the Supreme Court.

We will observe the evolutions of the division of jurisdiction in our system, starting from the traditional conceptual categories (subjective right, legitimate interest, public service, etc.) and taking into account the recent developments of living law.

PAROLE CHIAVE: riparto di giurisdizione; situazioni giuridiche soggettive; diritto alla salute; servizio pubblico; funzione sociale della giurisdizione amministrativa.

KEYWORDS: division of jurisdiction; subjective legal situations; right to health; public service; social function of administrative jurisdiction.

INDICE: 1. Premessa. Il riparto di giurisdizione nel magma del traffico giuridico-economico. – 2. Il posizionamento ordinamentale della giurisdizione tra unità e pluralismo. – 3. Diritto alla salute e

giurisdizione del giudice amministrativo. — 4. Servizi pubblici e “funzione sociale” della giurisdizione amministrativa. — 5. A mo’ di conclusioni. Verso un sempre maggiore riavvicinamento della giustizia amministrativa ai suoi presupposti costituzionali.

1. Premessa. Il riparto di giurisdizione nel magma del traffico giuridico-economico

Il modello di ordinamento giudiziario delineato nel titolo IV, parte II della Costituzione e l’opzione ivi recepita in favore del c.d. dualismo giurisdizionale (art. 113) non fotografano, evidentemente, uno stato di cose cristallizzato, quanto piuttosto un ambito soggetto a continui mutamenti, di pari passo con l’evolvere del traffico giuridico-economico (ancor più nel contesto dei processi di globalizzazione in corso¹) e delle fattispecie dedotte in giudizio.

Il doppio binario «diritti soggettivi-interessi legittimi», idealmente segnato dall’art. 24, co. 1 Cost. e connaturato al nostro DNA ordinamentale, ha conosciuto nell’arco dei decenni significative deroghe ed eccezioni, costringendo il giurista a modificare la propria *forma mentis* originaria, ancora basata, per ovvi motivi, sulla dogmatica del secolo scorso, e a superare steccati legati alle classiche categorie concettuali: si pensi, ad esempio, alla definizione di materie devolute per legge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cfr. art. 133 c.p.a.) o al progressivo riconoscimento di forme di tutela risarcitoria anche per la violazione degli interessi legittimi.

Gli sviluppi giurisprudenziali ci danno quotidianamente conto di un’*actio finium regundorum* tra le giurisdizioni in costante aggiornamento, che impone all’operatore pratico di rivedere dogmi ed antiche certezze che non troverebbero più, d’altronde, alcun riscontro nel paesaggio giuridico attuale.

Pertanto, la *summa divisio* alla quale risulta tutt’ora informata, perlomeno in parte, la mentalità del giurista si rivela oggi inattuale o, quanto meno, inadatta ad abbracciare da sola l’intero spettro delle situazioni giuridicamente rilevanti, reclamando l’ordinamento sempre nuove posizioni meritevoli di protezione (si pensi, a titolo di esempio, agli interessi collettivi, diffusi, superindivi-

¹ E del conseguente diversificarsi, ad esempio, delle sedi di produzione del diritto (il «frammentismo normativo» di cui parla N. IRTI, in *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, p. 144).

duali, adespoti, ecc.) e, dunque, nuove correlative forme di legittimazione ad agire², a fronte delle quali apprestare effettivi ed efficaci strumenti di tutela.

Ecco, dunque, che emergono situazioni giuridiche soggettive inedite, non direttamente riconducibili alla tassonomia tradizionale, eppure chiaramente meritevoli di attenzione da parte dell'ordinamento, sul terreno logico dell'art. 24 Cost., sul quale si fonda l'intero edificio della giurisdizione nel nostro sistema.

Occorre considerare, difatti, che l'art. 24 Cost. è collocato, non a caso, nella parte I della Carta, quella, cioè, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, a conferma della circostanza che la funzione giurisdizionale dev'essere istituzionalmente rivolta ai cittadini, quale dimensione fondamentale della sovranità in uno Stato di diritto³.

A ciò si aggiunga, da altra prospettiva, che l'attività giurisdizionale – espressione, anche solo in via tendenziale, del monopolio statale del diritto – ha ad oggetto, comunque la si veda, la legge (secondo lo schema dello *iudex sub lege*, recepito dall'art. 101 Cost.⁴), che, a sua volta, rappresenta lo strumento qualificato attraverso il quale viene esercitata la sovranità⁵.

Si tratta di un argomento di tipo sistematico tutt'altro che banale, indispensabile a cogliere la corretta angolazione dalla quale inquadrare il fenomeno giurisdizionale nella sua essenza più autentica, valorizzandone elementi che, come si vedrà, non vengono posti sempre nella giusta luce nel dibattito corrente.

2 Si vedano, sull'argomento, G. PALMA, *Il Consiglio di Stato consolida la vocazione ad accrescere l'efficienza della giustizia amministrativa muovendo decisamente lungo il potenziale indirizzo costituzionale. A proposito della legittimazione al ricorso*, in *Amministrativamente*, 5-6, 2014, ora anche in *Scritti giuridici di Giuseppe Palma*, Napoli, 2014, pp. 935 e B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Milano, 2020, pp. 68 ss.

3 Sul tema del c.d. *Jurisdiktionsstaat* e dell'onnipresenza della giurisdizione nello Stato contemporaneo, si vedano le riflessioni di S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari-Roma, 2022, pp. 76 ss.

4 M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. 166, giustamente evidenzia che l'interpretazione della legge è attività ancillare a quella della sua produzione innanzitutto per una ragione logica e cronologica.

5 Si veda, sul punto, G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Catanzaro, 2021, p. 47.

2. Il posizionamento ordinamentale della giurisdizione tra unità e pluralismo

Ecco, dunque, che, proprio in conseguenza dei mutamenti sociali ed istituzionali sopra descritti, è chiamata ad adeguarsi anche la mentalità del giudice, a seconda, ovviamente, dell'ufficio ricoperto, non potendosi più concepire l'ordinamento come uno spazio composto di compartimenti stagni, incomunicabili tra loro.

Si realizza, pertanto, per certi aspetti, l'antica aspirazione, se non proprio all'unificazione delle giurisdizioni (*unum ius et una iurisdictio*), a suo tempo bocciata in sede costituente⁶, perlomeno all'unità di fondo dell'idea di giustizia (cfr. art. 101, co. 1 Cost.) e dei principi sui quali quest'ultima deve essere amministrata (ovvero, in altri termini, assicurare l'unità dell'ordinamento)⁷.

Non è casuale, del resto, che le sentenze siano pronunciate “in nome del popolo italiano”, «non perché i magistrati siano chiamati a rispondere di fronte ad esso delle decisioni assunte ma perché la giustizia va resa soltanto in base alla legge e al diritto, nazionale, europeo e sovranazionale, risultato delle espressioni di sovranità popolare tramite l'esercizio della funzione legislativa»⁸.

La stessa soggezione del giudice alla legge (art. 101, co. 2 Cost.), costruita sulla premessa logica che l'attività giurisdizionale abbia ad oggetto un prodotto che non le appartiene⁹, costituisce ulteriore conferma dell'«unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente re-

6 Il riferimento è al modello proposto da Calamandrei, imperniato su statualità, unicità e autogoverno della giurisdizione (cfr., in particolare, le sedute della Seconda Sottocommissione del 17, 18, 19 e 20 dicembre 1946 e del 9 gennaio 1947). Sul dibattito in sede costituente sull'unicità della giurisdizione, si veda A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995, pp. 116 ss.

7 Si rinvia, sul punto, a L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021, pp. 67 ss.

8 In questi termini si è espresso il Presidente Mattarella alla cerimonia d'inaugurazione della terza sede della Scuola Superiore della Magistratura e di presentazione dell'anno formativo 2023 (Napoli, 15 maggio 2023). Il testo completo dell'intervento è consultabile al seguente link: <https://www.quirinale.it/elementi/85577>.

9 Su quest'idea, si vedano le osservazioni di G. VERDE, *L'antinomia tra “soggezione” alla legge e “ricerca” del diritto e le ricadute sullo “status” del giudice*, in *Quaderni della Scuola superiore della magistratura*, 26, 2023, pp. 130 ss.

sponsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima»¹⁰.

Il giudice amministrativo, a sua volta, ha abbandonato da tempo ormai le vesti tradizionali e un po' riduttive di "giudice dell'atto" per sviluppare una sempre maggiore sensibilità verso il cittadino, anche in settori delicati dell'ordinamento che attengono a diritti fondamentali costituzionalmente sanciti.

È il caso, ad esempio, dell'unico diritto che i Costituenti ritennero di qualificare esplicitamente come «fondamentale»: il diritto alla salute (art. 32 Cost.), che, non di rado, ha finito – soprattutto negli ultimi anni, per le note vicende – con l'intersecare il campo di attività del giudice amministrativo.

È fin troppo banale sostenere che esso rappresenti il diritto fondamentale per eccellenza, per costituire il presupposto logico al godimento di tutti gli altri diritti riconosciuti dall'ordinamento, ovvero quello in mancanza del quale gli altri diritti perderebbero il proprio significato concreto ed il proprio ambito materiale di applicazione.

Si tratta di un istituto che *prima facie* può configurarsi come diritto soggettivo per definizione e, di conseguenza, dovrebbe farsi rientrare nel dominio giuridico del giudice ordinario: invece, come già osservato, non è affatto privo di punti di contatto con la giustizia amministrativa, in quanto esprime inevitabilmente anche un contenuto di soggezione ai pubblici poteri.

D'altronde, è il suo stesso posizionamento costituzionale nel quadro dell'art. 32 Cost. a disegnarne, in qualche modo, contorni idonei a collocarlo sulla linea di confine tra dimensione individuale e dimensione collettiva (co. 1) (sul medesimo schema dell'art. 2 Cost.) e a richiamare le prestazioni del servizio sanitario, tali da investire, in particolari condizioni, l'ambito operativo del giudice amministrativo.

Si pensi, da ultimo, alla materia dei provvedimenti in ordine al riconoscimento del diritto ad uno specifico e individualizzato trattamento riabilitativo,

10 Cfr. ancora <https://www.quirinale.it/elementi/85577>.

sia nella modalità diretta che per equivalente monetario indennitario (nel caso in questione, il diritto di un minore affetto da autismo infantile/adolescenziale), recentemente oggetto di un regolamento di giurisdizione, deciso dalle Sezioni Unite con ordinanza n. 1781/2022.

3. Diritto alla salute e giurisdizione del giudice amministrativo

La rilevanza di vicende afferenti a situazioni giuridiche delicate come quella appena richiamata autorizza riflessioni ad ampio spettro sulla funzione rivestita dalla giustizia amministrativa nello scenario attuale, certamente più vicina di un tempo alla sfera della persona, assolvendo anch'essa – nel contesto generale dei processi di costituzionalizzazione del diritto amministrativo¹¹ – ad una funzione sociale non tanto dissimile dalle altre giurisdizioni e che, invece, sembrava mancarle nei suoi connotati originari e nell'opinione diffusa di cittadini e addetti ai lavori¹².

D'altronde, nel principio di buona amministrazione, ricavabile dall'art. 97 Cost. e nelle plurime declinazioni scaturite nella sua applicazione in concreto, si può ravvisare un notevole *quid pluris*, esprimendo un'idea di azione amministrativa opportuna, equa e giusta¹³ (oggi si direbbe, facendo eco alla giurisprudenza degli ultimi decenni, economica-efficiente-efficace), rispetto alla mera conformità alla legge, che, non a caso, attiene al diverso principio di legalità.

Peraltro, è lo stesso principio di legalità, nel quadro dello Stato costituzionale di diritto, che acquista ulteriore rilievo e significato proprio in ragione

¹¹ Si veda, sul punto, G. ROEHRSEN, *Giurisdizione amministrativa* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1975, p. 997.

¹² Su questa posizione di complessiva insoddisfazione per il funzionamento della giustizia amministrativa, si veda A. PIZZORUSSO, *Magistrature e nuove domande di giustizia*, in N. ROSSI (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano, 1994, pp. 131 ss., ora anche in *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, 2019, I, p. 1098, ove si affermava, anche in relazione al tema degli incarichi extragiudiziari soprattutto dei consiglieri di Stato, che «la giurisdizione amministrativa, anche nel suo nuovo assetto, è rimasta lontana dai cittadini, rappresentando una garanzia efficace quasi soltanto per i pubblici dipendenti» e anche in ID., art. 102, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 99-103, Bologna-Roma, II, pp. 195 ss.

¹³ In questi termini, G. ROEHRSEN, *Giustizia amministrativa* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, cit., p. 1116.

dei contenuti democratici espressi dalla legge nel nostro sistema (cfr. artt. 1 e 70 Cost.)¹⁴.

Ed ancora, da altro punto di vista, si osserva che il principio di imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.) può essere letto nella prospettiva del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), in quanto sua dimensione essenziale, concorrendo, a sua volta, a cementare anch'esso un'idea di giustizia in senso materiale.

In particolare, l'ordinanza citata nel paragrafo precedente ha affermato che il caso di specie rientrasse nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto controversia in materia di pubblici servizi (...) relativa a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione (cfr. art. 133, co. 1, lett. c) c.p.a.), contrariamente ad un precedente orientamento, che voleva la materia riconnessa alla giurisdizione del giudice ordinario, da cui era scaturito un massiccio contenzioso innanzi al giudice del lavoro¹⁵.

La Suprema Corte, nella circostanza, ha ritenuto che la domanda avesse ad oggetto un pubblico servizio e che l'omissione provvedimento dell'amministrazione sanitaria in relazione alle specifiche pretese azionate nell'interesse del minore integrasse un provvedimento negativo impugnabile innanzi al giudice amministrativo.

Il *petitum* della causa promossa, difatti, non faceva riferimento ad una contestazione dell'esecuzione di un programma individuale di intervento terapeutico in favore del soggetto disabile, bensì ad una richiesta di ampliamento del programma medesimo con una specifica prestazione (diretta ovvero inden-

14 Sul rapporto fiduciario che lega il legislatore alla comunità, destinata a leggere ed applicare i suoi enunciati, si veda, da ultimo, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 167.

15 Cfr. Trib. Teramo, ord. 13 aprile 2017; Trib. Velletri, ord. 11 gennaio 2018; Trib. Cosenza, ord. 22 febbraio 2018; Trib. Roma, ord. 9 ottobre 2018; Trib. Brindisi, ord. 7 novembre 2018; Trib. Reggio Calabria, ord. 18 febbraio 2019, sul presupposto che la situazione giuridica considerata costituisca un diritto soggettivo perfetto, tale da escludere un potere discrezionale dell'amministrazione idoneo ad apportare un affievolimento dello stesso. Sull'argomento, si veda, da ultimo, B. SCIASCIA, *Natura giuridica della metodica Aba nel trattamento dei disturbi dell'apprendimento e regime amministrativo per la sua erogazione e per l'esternalizzazione dei relativi servizi operativi*, in *Riv. Corte conti*, 1, 2023, pp. 98 ss.

nitaria, implicando, dunque, l'attività discrezionale, sia amministrativa che tecnica, dell'azienda sanitaria locale, con conseguente devoluzione della controversia al giudice amministrativo)¹⁶.

4. Servizi pubblici e “funzione sociale” della giurisdizione amministrativa

La presenza dei pubblici servizi nel catalogo delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tanto più se si considera una fattispecie come quella illustrata, contribuisce a mettere in rilievo quella che prima si è definita “funzione sociale” della giustizia amministrativa¹⁷ – ben oltre ormai i confini di un mero controllo di legalità dell'azione amministrativa, che ne farebbe una giurisdizione di puro diritto oggettivo – o certamente ne rafforza l'inserimento nel circuito democratico stabilito dal titolo IV, parte II della Carta sin dal suo incipit («la giustizia è amministrata in nome del popolo»¹⁸).

Sul concetto di *service public*, com'è noto, si era andata a costruire la moderna idea di Stato già nell'elaborazione teorica dei giuristi francesi della Scuola di Duguit.

Uno Stato, cioè, che non si limitasse a detenere la violenza a garanzia dell'ordine pubblico¹⁹ (nell'accezione tradizionale di *ordre dans la rue*²⁰), ma che si preoccupasse di selezionare i bisogni della collettività, organizzando ed offrendo i servizi pubblici ritenuti meritevoli ad essi corrispondenti²¹.

Va da sé che, a maggior ragione all'attuale stadio del progresso giuridico e tecnologico, il concetto di servizio pubblico, al di là della distinzione dottrina-

16 Si vedano le motivazioni dell'ordinanza n. 1781/2022 cit., ove si richiama anche il precedente dell'ordinanza n. 20164/2020 delle Sezioni Unite.

17 Benché si tratti di una dimensione perlopiù trascurata dalla vulgata corrente.

18 Corsivo aggiunto.

19 Che rappresenta, tuttavia, il nucleo primordiale della certezza del diritto, necessariamente richiesta ad un ordinamento statuale. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 54, evidenzia proprio il «raccordo pace-sicurezza-statalità» quale manifestazione giuridica del principio di certezza, nei processi evolutivi dello Stato di diritto.

20 Su quest'idea, si veda M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, IV ed., Paris, 1938, p. 38.

21 Si veda, su questa transizione, A. LUCARELLI, *Costituzione e diritto pubblico dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*, in *Quale Stato*, 1-2, 2008, pp. 227 ss.

le, oggi in parte superata, tra nozione oggettiva e nozione soggettiva²², vada inteso nell'accezione di un catalogo aperto, in costante aggiornamento ed adeguamento ai bisogni della comunità.

Pertanto, avuto riguardo al caso di specie, si può dire che le competenze del giudice amministrativo possano arrivare a toccare le radici più profonde dello Stato sociale, attenendo a prestazioni relative a diritti fondamentali (come il diritto alla salute, appunto) o attingendo, comunque, l'ambito dell'interesse generale²³.

Nella prospettiva descritta, tenuto conto del caso in questione, si osserva che alla giurisdizione del giudice amministrativo non siano estranei profili direttamente inerenti ai presupposti essenziali del nostro stare *insieme*²⁴, ricollegati anche alla vocazione originaria rivestita dai servizi presi in esame ed alla loro appartenenza alla sfera dell'interesse generale. Si può sostenere, addirittura, che la giurisdizione stessa faccia riferimento, prima ancora che ad un potere in senso stretto, ad una funzione²⁵, cui far corrispondere un vero e proprio *munus* da offrire alla collettività (ovvero, se si preferisce, al popolo, nell'accezione di cui agli artt. 1 e 101 Cost.²⁶). Ed anche volendo porre l'accento, invece, sull'accezione di potere, non si possono, a quel punto, ignorare i plurimi livelli di responsabilità che devono necessariamente conseguire all'esercizio di un potere e che pure aiutano ad inquadrare il fenomeno giurisdizionale nei suoi autentici connotati democratici (*là où est la responsabilité, là est le pouvoir*)²⁷.

22 Si vedano, sul punto, *ex multis*, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. MERUSI, *Servizio pubblico* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVII, Torino, 1970, pp. 215 ss.

23 Si parla, non a caso, correntemente di servizi di interesse generale.

24 Sull'idea, approcciata in una prospettiva filosofica, della solidarietà intesa come identificazione collettiva in un insieme di regole e principi condivisi, da realizzare anche attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, si veda N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, *passim*.

25 Sulla dicotomia tra potere e funzione, M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2014, p. 3, parla di «ambiguità voluta» del testo costituzionale, in ragione delle specificità che devono caratterizzare la giurisdizione rispetto agli altri poteri.

26 Sulla giurisdizione come esercizio di sovranità, si veda G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, cit., p. 91.

27 Si veda, sul punto, S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013, p. 4.

In questo senso, la giurisdizione amministrativa, nelle sue molteplici declinazioni, concorre, a suo modo, a consolidare in una dimensione di effettività quei contenuti di solidarietà e coesione sociale connaturati al concetto di pubblico servizio, accrescendo, da un lato, l'esigenza di certezza del diritto avvertita dalla società²⁸ e, dall'altro, quel sentimento di *fiducia* che i cittadini devono necessariamente poter riporre nel suo esercizio, proprio in coerenza con il disegno costituzionale²⁹.

5. A mo' di conclusioni. Verso un sempre maggiore riavvicinamento della giustizia amministrativa ai suoi presupposti costituzionali

Alla luce di quanto osservato, il fenomeno giurisdizionale, anche nelle sue declinazioni apparentemente più settoriali, come nel caso illustrato delle giurisdizioni speciali, emerge in tutta evidenza come momento qualificato nel quale il diritto diviene *vivente*³⁰ o, com'è stato scritto, si fa «sapere incarnato»³¹, evidenziando, in tal modo, la sua intima vicinanza alla sfera dei bisogni vitali dei cittadini. Mai come nel caso osservato, dunque, si può affermare che la fattispecie dedotta in giudizio e devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo rappresenti un «bene della vita» essenziale (il diritto al riconoscimento di un trattamento riabilitativo adeguato alla gravità della patologia sofferta dall'interessato) nel senso più pieno che tale locuzione riveste.

28 Sul valore da attribuire oggi al principio della certezza del diritto in un ordinamento sviluppato come il nostro, si vedano, da ultimo, le considerazioni di M. LUCIANI, *Il ruolo della giurisprudenza: applicazione delle clausole generali e certezza dei rapporti giuridici*, in *Quaderni della Scuola superiore della magistratura*, 26, 2023, pp. 171 ss.

29 Su questo concetto, si veda F. ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Giur. it.*, 1994, IV, col. 268. Nella giurisprudenza costituzionale, si veda la sent. n. 170/2018, ove le garanzie di indipendenza e imparzialità dei magistrati vengono definite «sostanza e apparenza di principi posti alla base della fiducia di cui deve godere l'ordine giudiziario in una società democratica» (punto 4 considerato in diritto).

30 Con riferimento ai casi in cui trascenda il caso originario per strutturarsi come vera e propria regola interpretativa. Si vedano, nel contesto del dibattito sulla distinzione tra disposizione e norma, le posizioni di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., anali*, IX, Milano, 2016, pp. 409 ss. e A. LONGO, *L'immobile freccia. Confutazioni e refutazioni in merito alla distinzione tra disposizione e norma*, in F. MODUGNO, A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, 2021, pp. 36 ss.

31 Così, P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2009, p. 865.

In conclusione di questo breve ragionamento, anche tenuto conto dell'annosa polemica intorno all'unità della giurisdizione³², confido che occasioni di riflessione come quella odierna possano servire ad avvicinare sempre di più la giustizia amministrativa alla società, contribuendo a renderla un fenomeno meno elitario rispetto alla percezione che comunemente riceve, in conformità con i presupposti costituzionali che dovrebbero presiedere all'esercizio di una funzione che rappresenta, invece, per tutti i profili illustrati, un'espressione fondamentale di sovranità (artt. 24, 101, 103, 108, 113, VI disp. trans.) e che, in fin dei conti, deve mirare soprattutto all'effettività della tutela nei confronti dei consociati, senza la quale, del resto, non si potrebbe parlare di efficienza della relativa macchina giudiziaria.

D'altronde, il già evocato doppio binario delle situazioni giuridiche desumibile dall'art. 24, co. 1 Cost., sul quale si fonda l'intero sistema di accesso alla giustizia nel nostro ordinamento, ruota, per definizione, intorno al soggetto, ponendosi quale strumento di piena realizzazione della persona umana (nella duplice dimensione individuale e solidarista), in ossequio alla prospettiva ideale tracciata dagli artt. 2, 3 e 4 Cost. per tutti i casi controversi o di rottura dell'ordine giuridico in cui si richieda l'intervento dell'autorità giurisdizionale³³.

³² Si vedano, sul punto, le considerazioni sul processo amministrativo in G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, cit., pp. 100 ss.

³³ Su quest'idea, ovvero sul complesso rapporto tra interessi personalistici e tutela giurisdizionale, si veda G. PALMA, cit., pp. 951 ss.

VERA FANTI
Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "G. d'Annunzio"
Chieti-Pescara
vera.fanti@unich.it

L'AUTONOMIA SOSTANZIALE E PROCESSUALE DEGLI INTERESSI PROCEDIMENTALI QUALI DIRITTI FONDAMENTALI

THE SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL AUTONOMY OF PROCEDURAL INTERESTS AS FUNDAMENTAL RIGHTS

SINTESI

Si ripercorrono gli orientamenti dottrinali volti ad individuare la natura giuridica della posizione del privato a fronte degli obblighi procedimentali a cui è tenuta la P.A. nell'esercizio del suo potere. Nel saggio si sottolinea come, anche alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali in tema di responsabilità da contatto sociale, gli interessi procedimentali possano configurarsi come una possibile autonoma situazione giuridica soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione che, ormai, assume caratteri suoi propri, non solo sotto il profilo sostanziale, ma anche con riferimento alla tutela. In una tale prospettiva è possibile, altresì, inquadrare gli interessi procedimentali nella categoria dei diritti fondamentali, evidenziando la loro funzione atta a garantire il pieno sviluppo della persona nei suoi rapporti con la P.A., in attuazione degli artt. 2 e 97 della Costituzione.

ABSTRACT

The paper traces the doctrinal orientations aimed to identify the legal nature of the private party's position with respect to the procedural obligations to which the public administration is bound in the exercise of its power. The paper stresses how, also in the light of the recent case law arrests on the subject of accountability for social contact, procedural interests can be configured as a possible autonomous subjective legal situation with respect to the public admi-

nistration that, by now, acquires its own characteristics, not only from a substantive perspective, but also with regard to protection. In this perspective, it is also possible to classify procedural interests in the category of fundamental rights, stressing their function of guaranteeing the full development of the person in his relations with the public administration, in implementation of Articles 2 and 97 of the Constitution.

PAROLE CHIAVE: interessi procedimentali; diritti fondamentali; giusto procedimento; tutela della persona

KEYWORDS: procedural interests; fundamental rights; fair procedure; protection of the person

INDICE: 1. L'emersione degli interessi procedimentali come diritti fondamentali nell'ottica della sovranità popolare. – 2. Verso un'autonomia sostanziale e processuale degli interessi procedimentali: la responsabilità da contatto amministrativo qualificato. – 3. L'altalenante giurisprudenza in tema di valenza autonoma degli interessi procedimentali. – 4. Dimensione sociale e giusto procedimento: un equilibrio ragionevole per una sempre maggiore emersione degli interessi procedimentali a tutela della persona.

1. L'emersione degli interessi procedimentali come diritti fondamentali nell'ottica della sovranità popolare

È nota e risalente la concezione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, in cui centrale diviene il “farsi” del provvedimento amministrativo: in considerazione della profonda compenetrazione tra procedimento e processo nella prospettiva della tutela dei cittadini, si è, infatti, spostata nel tempo l'attenzione dal provvedimento (dal momento della decisione della produzione degli effetti giuridici) alla sua fase preparatoria e istruttoria, in modo da consentire che sull'*iter* procedimentale si possa svolgere più efficacemente anche il successivo sindacato giurisdizionale. Scriveva, già nel 1980, Mario Nigro: «*non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto (nuovo) assetto di tali interessi*»¹.

In questa mutata prospettiva, la legge n. 241 del 1990 è stata considerata come normativa rivolta non solo alla P.A. (alla quale impone limitazioni e ob-

¹ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 261 ss.

blighi nel suo agire), ma anche ai privati destinatari della sua azione (ai quali riconosce una serie di facoltà, ma anche una serie di oneri e doveri di collaborazione): una sorta quindi di «*statuto del cittadino, piuttosto che un codice dell'azione amministrativa*»².

Infatti, nella legge sul procedimento sono state introdotte norme espresse con le quali sono state codificate le diverse facoltà riconosciute ai privati nell'ambito dell'*iter* procedimentale, con la previsione di corrispettivi obblighi a carico dell'amministrazione: ad es., l'obbligo per la P.A. di comunicare l'avvio del procedimento amministrativo, ovvero il diritto dei partecipanti di presentare memorie e osservazioni con l'obbligo per l'amministrazione di tenerne conto laddove pertinenti con il procedimento, oppure l'obbligo per la P.A. di comunicare (e il corrispondente diritto dei partecipanti di essere avvisati) (del)le ragioni ostative all'accoglimento di una istanza.

Si tratta, invero, di facoltà (e relativi obblighi) che erano stati già da tempo individuati dalla dottrina - come si sta per dire - e affermati in via pretoria.

Si ricorda, sul punto, l'elaborazione dottrinale più seguita già prima della legge n. 241 del 1990³, secondo cui tali facoltà, qualificabili come *interessi procedurali*, si identificano come quelle situazioni giuridiche soggettive che non attengono direttamente a beni della vita, ma a procedimenti che a loro volta investono beni della vita. La loro caratteristica precipua risiede nel fatto che non hanno ad oggetto direttamente l'*utilitas* concreta sottesa all'interesse legittimo o al diritto soggettivo, ma attengono al corretto svolgimento del procedimento amministrativo nell'ambito del quale si forma la decisione concernente o, meglio, che si relaziona a beni della vita. Essi, pertanto, trovano la loro fonte nelle norme che regolamentano il procedimento amministrativo a prescindere dalla

2 Così F. PATRONI GRIFFI, *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza, danno da ritardo)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 gennaio 2011.

3 M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1988, vol. II, p. 515; ID., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 34.

situazione soggettiva di cui è titolare il privato, che può essere indifferentemente di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Ragioni legate ad una fase non ancora matura dell'elaborazione del rapporto tra gli interessi procedimentali e interessi legittimi – che prendono corpo anch'essi in ambito procedimentale – hanno lasciato gli interessi procedimentali per molto tempo nell'ombra, privi di una propria autonomia, considerati quali meri strumenti di tutela procedimentale all'interno di una configurazione ampia di interesse legittimo.

Tuttavia, sarà la legge n. 241 del 1990 a costituire un *tournant* significativo, perché è con tale legge che gli interessi procedimentali ricevono la più ampia e articolata consistenza di vere e proprie pretese partecipative.

E in un ordinamento democratico, il punto nodale diventa la qualità di tali pretese individuali che agiscono nei confronti dell'autorità pubblica, al fine di verificare anche una loro possibile autonomia rispetto alla situazione giuridica soggettiva di cui il privato è portatore nel procedimento, intesa come interesse al provvedimento favorevole in vista del conseguimento di uno specifico bene della vita, nonché al fine di stabilirne la qualificazione giuridica e le forme di tutela.

Sono noti, in dottrina, i diversi orientamenti volti ad individuare la natura giuridica della posizione del privato a fronte degli obblighi cui è tenuta la pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere; si tratta di orientamenti che, tuttavia, non sono arrivati a considerare gli interessi procedimentali come situazione giuridica autonoma, per la mancanza di un contenuto di tutela proprio e diverso dal diritto soggettivo o dall'interesse legittimo.

Secondo una prima tesi, gli interessi procedimentali vengono qualificati come diritti soggettivi (procedimentali), strumentali alla soddisfazione dell'interesse al bene tutelato come interesse legittimo, e che determinano, in caso di lesione, un dovere di risarcimento del danno a carico della P.A., a prescindere dalla soddisfazione (irrilevante) dell'interesse al bene. E così vi è stato chi ha

qualificato gli interessi procedimentali come «*diritti del cittadino-persona*», corrispondenti a quelli che si possono definire come «*doveri di protezione a carico della P.A.*», a prescindere da qualsiasi aspettativa del privato di una qualche utilità materiale che possa derivargli dalla loro osservanza⁴. All'interno di questa categoria di interessi, intesi come diritti soggettivi propri di ogni individuo, si sono fatti rientrare proprio il diritto del cittadino di partecipazione al procedimento amministrativo, il diritto di ottenere la conclusione del procedimento in tempi rapidi e senza aggravamenti, il diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi, tutte situazioni, cioè, strumentali alla soddisfazione dell'interesse al bene, tutelate come interesse legittimo, ma anche situazioni giuridiche soggettive autonome che, in caso di lesione, determinano in capo alla P.A. un obbligo di risarcimento. Tali situazioni sono state definite, appunto, «*aspettative*» del privato, che ineriscono al rispetto della persona in quanto tale, a prescindere dalla soddisfazione di un interesse materiale del titolare, «*la cui violazione è affatto priva di conseguenze sul piano dell'invalidità del provvedimento*»⁵.

In base ad altra prospettazione, occorre distinguere all'interno del procedimento amministrativo, una prima fase procedimentale, connotata dall'assenza dell'esercizio del potere autoritativo in capo alla P.A., in cui il rapporto tra l'amministrazione ed i partecipanti al procedimento si articola attraverso situazioni giuridiche soggettive di diritto e di obbligo; ed una seconda fase, caratterizzata dal momento autoritativo del potere che termina con un atto, produttivo di effetti giuridici tipici. In questo caso, la sussistenza di una posizione pari-

4 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *I problemi del problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 74 ss.

5 Così cfr. A. ROMANO TASSONE, *I problemi del problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., p. 75.

In posizione analoga anche M. PASSONI, *Responsabilità per «contatto» e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, nota a Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Urb. e app.*, 2001, p. 1224 e p. 1225 (secondo cui, se si accoglie la struttura del rapporto obbligatorio all'interno dell'iter procedimentale, a fronte della responsabilità contrattuale della P.A. vi è la lesione non di un interesse legittimo, bensì di un vero e proprio diritto soggettivo: «*la categoria dell'interesse legittimo diventa 'neutra' sul terreno della responsabilità, mentre emerge la categoria relazionale obbligo-diritto*») e E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, p. 381.

taria, durante la prima fase, tra privato e amministrazione (non dissimile da quella che l'ordinamento riconosce tra due soggetti privati), consente di ravvisare nelle pretese partecipative «veri e propri diritti soggettivi cui corrispondono obblighi e non semplici doveri dell'amministrazione»⁶.

Come risulta evidente, negli orientamenti richiamati, gli interessi procedurali non rilevano sul piano sostanziale come ulteriore situazione giuridica soggettiva e neppure ne viene prospettata un'autonoma tutela giudiziale. Infatti, tali orientamenti, pur riconoscendo agli interessi procedurali, qualificati come diritti soggettivi, una tutela risarcitoria a prescindere dalla soddisfazione dell'interesse al bene, al momento di stabilire come si debba quantificare il risarcimento del danno, fanno riferimento al bene della vita sacrificato⁷.

Secondo un'altra posizione dottrinale, gli interessi procedurali sono qualificati come facoltà degli interessi legittimi, strumentali alla soddisfazione dell'interesse sociologico, la cui tutela è, però, subordinata alla lesione dell'interesse al bene e non può avvenire in via autonoma⁸. Il loro carattere, infatti, è solo strumentale alla tutela dell'interesse legittimo, nel senso che la violazione della regola formale che attiene al procedimento e nella cui osservanza si concreta l'interesse procedimentale, consente la tutela della situazione giuridica di interesse legittimo.

Invero, per costante giurisprudenza costituzionale⁹ e per espressa attuale disposizione normativa (art. 29, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990)¹⁰, è possibile

⁶ A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, *passim*.

⁷ Così A. ZITO, *op. cit.*, 153 ss.

⁸ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, Il Mulino, 1994, p. 87 ss.; S. SANTORO, *L'esecuzione del giudicato ed il problema del risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 455, secondo cui gli interessi procedurali «a seguito della l. n. 241/90 hanno oramai acquistato indiscutibilmente pieno rango di interessi legittimi, in tutte le occasioni in cui sull'amministrazione gravano doveri e limiti in ordine al rispetto del contraddittorio (art. 7 e ss. l. n. 241), alla sollecitudine dell'esame e della valutazione»; M. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedurali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 728 ss.

⁹ *Ex multis*: Corte cost., 10 giugno 2010, n. 207; 15 gennaio 2010, n. 10; 30 aprile 2009, n. 124; 14 ottobre 2005, n. 384; 26 giugno 2002, n. 284.

¹⁰ Secondo tale disposizione, così modificata dall'art. 12, comma 1, lettera l), legge n. 120 del 2020, «Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m),

ricondere le garanzie procedurali nel novero dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m) Cost. Ne consegue che detti «livelli essenziali» possano partecipare della natura dei diritti fondamentali, poiché la loro protezione viene fondata soprattutto nell'art. 2 della Costituzione, come espressione della dignità umana. Si tratta di diritti fondamentali che hanno un fondamento unitario e si caratterizzano come diritti costituzionali perché, come è stato osservato in dottrina¹¹, la loro struttura di *valore* che li contraddistingue e ne determina la natura giuridica è definita a livello costituzionale. In altri termini, sono considerati diritti fondamentali perché partecipano delle strutture di base che definiscono lo *status* sociale della persona e, quindi, la sua essenza.

E in un ordinamento democratico in cui la sovranità appartiene alle persone, titolari di ben precisi diritti fondamentali, il rapporto giuridico amministrativo permette di evidenziare, da un lato, un'autorità che ha la funzione di garantire il godimento pieno ed uguale dei diritti della persona, dall'altro, delle posizioni soggettive individuali che rivestono senza dubbio il carattere della socialità¹². Consentire, infatti, alle persone di poter partecipare al processo di formazione delle decisioni pubbliche, in un rapporto giuridico dinamico, significa attribuire alla loro posizione la natura di diritti fondamentali, identificabili di volta in volta, o come diritti di difesa, ovvero come diritti di prestazione, oppure come diritti di partecipazione. In altre parole, si tratterebbe di un diritto di

della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti».

11 A. BALDASSARE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 28.

12 L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.

In argomento cfr., altresì, C. VENTIMIGLIA, *I diritti sociali tra garanzia costituzionale e compiti dell'autorità*, Roma, 2013 e della stessa Autrice *I diritti sociali quale espressione della sovranità del popolo e dell'individuo nell'ordinamento giuridico globale. Oltre la crisi dello Stato e dell'economia (Capitolo VII)*, in *Colecao direitos fundamentais e sociedade contemporanea*, Coordenadores E. Bicchí Gomes e L.A. Carta Winter, 2017, Instituto Memoria Editora, 147 ss.

«*percepire parte di un utile sociale*»¹³, che prescinde da una schematica riconduzione ai modelli tradizionali di situazione giuridica soggettiva, siano essi di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Un'impostazione che, nella sostanza, permette un rafforzamento significativo della tutela degli amministrati, sulla base delle indicazioni costituzionali, e che comporta un necessario ridimensionamento della disponibilità, in capo alla P.A., dell'interesse pubblico, assecondando in tal modo l'esigenza di salvaguardare le prerogative dei cittadini che promanano direttamente dalla sovranità popolare.

Infatti, stante la riconduzione della pretesa procedimentale all'interno dell'art. 117, comma secondo, lett. m) della Costituzione, nonché la riconduzione dei «livelli essenziali» nel novero dei diritti fondamentali, il problema che si è posto è di valutare se nella previsione di cui all'art. 24 Cost. non sia contenuta anche la garanzia della tutela giurisdizionale delle posizioni procedimentali considerate come veri e propri diritti fondamentali¹⁴. La questione risulta rilevante, in considerazione del fatto che, per molto e troppo tempo, si è diffusa l'idea che le situazioni procedimentali, considerate nel novero dei diritti sociali, fossero prive di adeguata tutela giurisdizionale autonoma in caso di loro lesione o compromissione.

Invero, qualificando le posizioni procedimentali come diritti fondamentali, sulla base della protezione costituzionale, viene sottratta una parte della discrezionalità al potere pubblico, ed appare, dunque, configurabile un'azione processuale (seppur secondaria, di tipo impugnatorio, con la richiesta di accertamenti costitutivi) alla luce dell'art. 24 Cost. e del conseguente principio della pienezza della tutela.

Pertanto, a fronte di una valutazione discrezionale dell'amministrazione, la sostanza delle pretese (ad es., ad ottenere una decisione espressa entro un termine prefissato, a partecipare in contraddittorio con l'organo nella procedu-

¹³ Così L. R. PERFETTI, *op. cit.*, p. 854 ss.

¹⁴ L. R. PERFETTI, *op. cit.*, *ibidem*.

ra di formazione della decisione, ad ottenere una decisione espressa e motivata dell'amministrazione rispetto alla propria richiesta, etc.) viene rimessa, da un lato, alla determinazione da parte del legislatore e, dall'altro, all'attuazione da parte del potere esecutivo delle scelte discrezionali. Procedere in tal modo, nel senso di qualificare tali pretese procedimentali come diritti fondamentali, permette di attribuire ad esse le stesse garanzie processuali e giurisdizionali *ex art. 24 Cost.* che spetterebbero ai diritti fondamentali *tout court*¹⁵: si tratta di una scelta metodologica di sicuro interesse, perché assecondare, anche con riferimento al processo, le tutele costituzionali proprie dei diritti fondamentali consente di rafforzare il quadro sistematico ed ordinamentale della valorizzazione della persona umana nei suoi rapporti con la P.A., rapporti che assai spesso si concretizzano prima nelle garanzie procedimentali e, quindi, nelle garanzie processuali, entrambe volte a realizzare quella pretesa sostanziale che, in definitiva, costituisce l'oggetto del proprio interesse o del proprio diritto.

2. Verso un'autonomia sostanziale e processuale degli interessi procedimentali: la responsabilità da contatto amministrativo qualificato

Un orientamento del giudice amministrativo, inaugurato nel 2001¹⁶, ha rilevato la c.d. responsabilità da «contatto amministrativo»¹⁷: in pratica, si afferma la

15 In dottrina (L. R. PERFETTI, *op. cit.*, p. 874 e p. 875) è stato acutamente rilevato come le pretese procedimentali siano, a somiglianza di quelle processuali, rivolte all'organo procedente a garanzia che la procedura consegua il risultato sperato in vista del godimento della pretesa sostanziale. La dottrina in questione aggiunge che, così come le pretese delle parti nel processo sono dirette ad ottenere la decisione della materia controversa con la più adeguata considerazione dei fatti e la più corretta applicazione del diritto ad essi e si esprimono, quindi, in pretese che riguardano il progredire del processo ed il contenuto della decisione, anche le pretese procedimentali sembrano tradursi in analoghe facoltà o poteri. In questa direzione, quindi, la loro tutela giurisdizionale sembra potersi esprimere – nel rispetto della protezione costituzionale che deriva dagli artt. 24 e 113 ed al principio di pienezza della tutela – essenzialmente in una domanda di natura impugnatoria, con la quale si chiedono accertamenti costitutivi. Quindi, le pretese procedimentali, una volta identificate come diritto fondamentale, trovano protezione piena ed adeguata e quest'ultima sembra da identificare nella tradizionale domanda impugnatoria che rappresenta l'azione *princeps* proponibile dinanzi al giudice amministrativo.

16 Cfr., Tar Puglia, Bari, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Tar*, 2001, p. 2493; nonché in *Urb. e app.*, 2001, p. 1226, con nota di S. CATTANEO, e in *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 2002, III, p. 152, con nota di V. FANTI.

17 Cfr., per quanto riguarda la dottrina civilistica, A.M. GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, in *Teoria e storia del diritto privato*, n. XI, 2018, dove risultano ampi riferimenti alla dottrina tedesca. Cfr., altresì, *ex plurimis*, F. CIMBALI, *La responsabilità da contatto*, Milano, 2010.

responsabilità della P.A. per violazione di norme relative all'esercizio del potere, a prescindere dalla considerazione della possibile soddisfazione dell'interesse al bene della vita da parte del ricorrente. In tali circostanze, il giudice amministrativo non spinge la sua indagine a saggiare la consistenza dell'interesse al bene, ai fini della sua possibile soddisfazione, ma si ferma alla verifica della illegittimità dell'azione amministrativa¹⁸. Un tale comportamento si spiega per la difficoltà che il giudice amministrativo incontra, in determinate decisioni, a verificare

18 Con la decisione n. 1761 del 2001 i giudici amministrativi pugliesi, delineando a carico della P.A. una responsabilità «*da contatto amministrativo qualificato*», adottano un'impostazione del tutto nuova rispetto alla giurisprudenza precedente: viene tutelato non già l'oggettivo affidamento del privato ad un provvedimento favorevole – come sosteneva la Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999 – ma l'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale, alla legittimità dell'azione amministrativa, che sussiste indipendentemente dalla spettanza al bene della vita e a prescindere dalla natura discrezionale o vincolata dell'attività della P.A. Di conseguenza, il Tar Puglia n. 1761 del 01 concede tutela risarcitoria all'interesse legittimo considerato come pretesa del privato alla legittimità dell'azione amministrativa.

In dottrina, in riferimento alla responsabilità per attività provvedimentale della pubblica amministrazione che introduce nel panorama giuridico la nuova figura di responsabilità da contatto amministrativo (come modello di responsabilità alternativo a quello definito dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999), cfr.: M. PROTTO, *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1005, secondo cui perché si instauri un rapporto (o meglio un contatto) tra la P.A. ed il privato, è necessario che sussista un procedimento. E l'obbligo risarcitorio non scaturisce dalla lesione dell'utilità finale a cui aspira il privato, bensì dalla violazione di quegli obblighi che si generano dal rapporto procedimentale, il cui rispetto è funzionale alla tutela dell'affidamento del privato sulla legittimità dell'azione amministrativa. E tale ricostruzione consente, a detta dell'Autore, di giustificare «la pretermissione dell'elemento soggettivo dai presupposti della responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimentale, attribuendo all'affermazione della giurisprudenza, secondo cui «allorché vi sia un atto amministrativo dichiarato definitivamente illecito o illegittimo, la colpa della pubblica amministrazione è *in re ipsa* e non ha bisogno di ulteriore prova», non il significato di coincidenza tra illegittimità ed imputabilità all'amministrazione del fatto, secondo lo schema della responsabilità extracontrattuale, ma semplicemente l'applicazione della regola generale di cui all'art. 1218 c.c., in forza della quale l'inadempimento è *fondamento unico e unitario della responsabilità*. In altre parole, la sussistenza di un rapporto tra privato e amministrazione rende superfluo qualsiasi criterio di imputazione» (in dottrina, successivamente alla sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, sulla non necessità di un'indagine approfondita volta all'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, cfr. S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi è "in coltivazione"*, in *Rass. Cons. Stato*, 1999, p. 1599; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3206 ss.; L. TORCHIA, commento a Corte Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 848 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Urb. e app.*, 2001, p. 1211, secondo cui «l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del ricorrente può rappresentare l'indice della colpa dell'amministrazione» e spetta a quest'ultima «l'onere di fornire elementi istruttori (od anche meramente assertori) per superare le acquisizioni probatorie del giudizio»); M. PROTTO, *E' crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. e app.*, 1999, p. 1067 ss.; ID., *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, in *Resp. civ.*, 1998, p. 985; S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'Amministrazione nel quadro del superamento del-*

se il ricorrente possa ottenere soddisfazione dell'interesse al bene della vita, difficoltà dovuta a vari motivi: impossibilità di ripetere il procedimento; attribuzione ad altri del vantaggio preteso dal ricorrente, ormai non ripetibile; non valutabilità, dagli atti del procedimento oggetto di sindacato giurisdizionale, della soddisfazione dell'interesse al bene, etc.¹⁹

L'individuazione da parte della giurisprudenza amministrativa di una nuova forma di responsabilità (da contatto), che dà rilievo autonomo agli interessi procedimentali, permette di identificare questi ultimi come interessi meritevoli di tutela diversa sia dai diritti soggettivi che dagli interessi legittimi.

Già prima di tale pronuncia, la dottrina²⁰ aveva evidenziato che gli interessi (procedimentali) che hanno come oggetto il modo di esercizio del potere e garantiscono lo svolgimento della legittima azione amministrativa trovano, nel diritto positivo, una tutela giudiziale propria e differenziata da quella del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo che consente una loro autonoma configurabilità sul piano sostanziale²¹.

la dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi, cit., p. 2027; M. PASSONI, nota a Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, cit., p. 1211, secondo cui a seguito della legge n. 241 del 1990 si instaura tra P.A. e privato un'obbligazione «senza obbligo primario di prestazione» della pubblica amministrazione (è la definizione propria della dottrina civilistica, elaborata con riferimento a fattispecie di danno non facilmente individuabili, in quanto «ai confini tra contratto e torto»: cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, I, p. 148 ss., ora in ID., *La nuova responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1997, p. 177 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446 ss.), in considerazione della posizione di supremazia della stessa P.A., «che al pari della culpa in contraendo riconosce nell'affidamento obiettivo, ingenerato in una parte dal comportamento dell'altra, il fatto da cui l'obbligazione deriva. E al pari delle obbligazioni senza prestazioni la violazione dell'obbligo di protezione, altro rispetto a quello di prestazione, determinerà il sorgere di una responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione». Sull'impossibilità di «costruire sul procedimento un rapporto obbligatorio nel senso pregnante della locuzione», v. F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, III, p. 4060: «vi si oppongono non solo (o non tanto) la unilateralità della decisione, quanto il carattere normalmente discrezionale di quest'ultima, la quale non segue, ma precede, il definitivo assetto degli interessi».

19 Così E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedimentali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in ID. (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 238, secondo cui in queste ipotesi viene accordata una «tutela risarcitoria che interviene, per così dire, in via residuale, quando non si riesce a stabilire la (possibile) conclusione positiva per il ricorrente del procedimento, definito sfavorevolmente dall'amministrazione e giudicato illegittimo».

20 E. FOLLIERI, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 527.

21 E. FOLLIERI, *ibidem*.

Infatti, secondo la teoria in esame²², in caso di violazione da parte della P.A. delle regole stabilite per l'esercizio della funzione amministrativa, l'interesse procedimentale riceve tutela, in forma specifica, come positivamente previsto per il diritto di accesso, o, in caso di impossibilità di tale tutela per essere concluso il procedimento, attraverso quanto previsto dall'art. 20, lett. h) della legge delega n. 59 del 1997, poi divenuto art. 17, comma 1, lett. f) della stessa legge.

Tale norma stabilisce che, nell'attuazione della delega di cui alla lett. c) del comma 1 dell'art. 11, il Governo dovrà attenersi anche al principio di *«previsione, per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, di forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento...»*.

Come risulta evidente, questa disposizione appresta una tutela autonoma alle situazioni procedimentali, prevedendo una sorta di sanzione pecuniaria a carico della pubblica amministrazione (il pagamento di una somma di danaro fissa e predeterminata), la cui entità è determinata soltanto in base all'inadempienza procedimentale dell'amministrazione e indipendentemente dal pregiudizio subito dal cittadino.

È indubbio che tale disposizione avrebbe potuto rappresentare il tassello mancante per la definitiva affermazione dell'autonomia delle situazioni procedimentali. Tuttavia, come è noto, la legge delega non ha avuto attuazione sul punto, in quanto nessun regolamento di delegificazione cui era diretto il principio appena esposto ha recepito la relativa disposizione normativa.

Pertanto, attualmente, a livello normativo l'unica ipotesi per la quale è prevista la tutela indennitaria in caso di violazione di regola procedimentale è

²² Si veda, anche, E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedimentali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in AA.VV., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., p. 237 ss.; ID., *Interessi legittimi e "interessi procedimentali"*, in G. DI GIANDOMENICO (a cura di), *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 251 ss.

quella della inosservanza del termine di conclusione del procedimento (art. 2-*bis*, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990): la disposizione sulla c.d. penalità di mora²³, secondo cui il risarcimento del danno spetta al privato per la semplice violazione della regola procedimentale da parte dell'amministrazione, indipendentemente da ogni valutazione circa la legittimità del provvedimento e la spettanza o meno del c.d. bene della vita che costituisce il sostrato materiale dell'interesse legittimo.

In tal modo, l'interesse procedimentale assume una specifica tutela processuale, pur conservando il carattere strumentale che lo collega alla situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo o diritto soggettivo e che fa sì che, qualora vi sia la lesione dell'interesse al bene materiale della vita, anch'esso riceva tutela giudiziale propria di queste ultime situazioni giuridiche soggettive.

Tale impostazione, secondo la dottrina richiamata²⁴, permette di affermare che l'interesse meramente procedimentale possa configurarsi come un *tertium genus*, una possibile 'terza' situazione giuridica soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione - accanto al diritto soggettivo ed all'interesse legittimo - che, ormai, assume caratteri suoi propri, non solo sotto il profilo sostanziale, ma anche con riferimento alla tutela²⁵.

E come si evince dalla giurisprudenza amministrativa che ha introdotto la nuova forma di responsabilità da "contatto", la qualificazione di situazione giuridica autonoma attribuita agli interessi procedimentali si riflette anche sulla determinazione del danno subito per la mera violazione delle regole sull'azione amministrativa. Infatti, ritenendosi la P.A. responsabile ai sensi degli artt. 1337 e 1338 cod. civ., si ammette il risarcimento nei limiti del c.d. interesse negativo, e cioè relativamente alle spese inutilmente effettuate in funzione della partecipazione al procedimento concorsuale (c.d. "contatto") ed ai mancati guadagni

23 Così sempre E. FOLLIERI, *La penalità di mora nell'azione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 1783 ss.

24 Così E. FOLLIERI, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 536.

25 Così FOLLIERI, *op. cit.*, p. 543.

causati dalla perdite di altre occasioni contrattuali, senza riferimento all'interesse al bene della vita che ha indotto il ricorrente all'azione²⁶.

Si consideri, altresì, che in numerose occasioni anche la Suprema Corte di Cassazione²⁷ ha proposto l'elaborazione della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione di interessi legittimi intesa come «*responsabilità contrattuale da contatto procedimentale*», in cui l'obbligazione risarcitoria viene ricollegata alla violazione degli obblighi di comportamento incombenti sul soggetto

26 Tale prospettazione, nel passato, ha dovuto fare i conti con la sentenza dell'Adunanza del Consiglio di Stato n. 7 del 15 settembre 2005 (in *Guida al diritto*, n. 42 del 29 ottobre 2005, p. 85 ss., con commento di O. FORLENZA, *Il coinvolgimento di interessi legittimi esclude la competenza dei giudici ordinari*, in *Guida al diritto*, n. 10 del novembre 2005, n. 72 ss., con commento di S. MEZZACAPO, *L'Adunanza fissa una regola di diritto: l'inadempienza formale non è un danno*, e in *Urb. e app.*, 2006, p. 61, con commento di M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa* e in *Danno e responsabilità*, n. 8-9, 2006 con commento di D. COVUCCI, *L'Adunanza plenaria boccia il risarcimento del danno da ritardo*. Tale decisione ha escluso la risarcibilità per violazione di regole procedimentali, se non sussista per il ricorrente la lesione anche al bene della vita. In tale decisione il giudice amministrativo ha affermato che «*il sistema degli interessi pretensivi... consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali, e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (suscettibile ad appagare un bene della vita)*». Ciò significa che l'implicita conclusione a cui perviene l'Adunanza Plenaria è che il danno è risarcibile solo nell'ipotesi di esistenza di una fondata posizione sostanziale al conseguimento, per il tramite del provvedimento amministrativo, del bene della vita.

27 *Ex multis*, Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157; Sez. Un., ord. 19 gennaio 2023, n. 1567; sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188; sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188. Ancor più recentemente, Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 1567; Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615; Cass., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236. Cfr. altresì, Cass., Sez. Un., ord. 23 novembre 2022, n. 34555, secondo cui «*La violazione dell'affidamento idonea a giustificare la devoluzione alla giurisdizione del Giudice ordinario della domanda di risarcimento del danno derivante da una condotta della Pubblica Amministrazione asseritamente difforme dai canoni di correttezza e buona fede, sorge da un rapporto tra soggetti (la Pubblica Amministrazione ed il privato che con la stessa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dall'emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione. Essa presuppone quindi la possibilità d'identificare un comportamento della Pubblica Amministrazione, diverso dalla mera inerzia o dalla mera sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo, che abbia cagionato al privato un danno in modo indipendente da eventuali illegittimità di diritto pubblico ovvero che abbia indotto il privato a non esperire gli strumenti previsti per la tutela dello interesse legittimo pretensivo, proprio a causa del ragionevole affidamento riposto nell'emanazione del provvedimento non più adottato*».

pubblico, scaturiti dal rapporto giuridico che si instaura tra amministrazione e privato una volta avviato il procedimento. Con la rilevante conseguenza di poter riconoscere il risarcimento del danno a prescindere dalla spettanza del bene.

Tale teoria, riferibile al «contatto sociale», è stata di recente (riproposta e) condivisa anche dal giudice amministrativo con la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 4 maggio 2018²⁸; come è noto, tale decisione ha ritenuto sussistente la responsabilità da comportamento scorretto della pubblica amministrazione, nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che elimina il provvedimento favorevole, in precedenza ottenuto dal cittadino. La sentenza, sebbene volta a definire i presupposti della responsabilità precontrattuale²⁹, fornisce al contempo diversi elementi per la ricostruzione della responsabilità da contatto sociale. Infatti, vi si stabilisce che la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile non soltanto nella fase posteriore all'aggiudicazione che precede la stipulazione dei contratti pubblici, ma anche nella fase anteriore all'aggiudicazione stessa in quanto, pur non essendoci una vera e propria trattativa, viene in rilievo una relazione giuridicamente qualificata in grado di generare affidamenti e fondate aspettative; ne consegue che il recesso ingiustificato dalle trattative intraprese dalla P.A. con il privato genera una violazione dell'affidamento, da inquadrare nell'ambito della responsabilità da contatto sociale. In tal senso, per contatto sociale si deve intendere un rapporto, privo di base negoziale, che intercorre tra due soggetti dove uno (il privato) pone affidamento in un dovere di diligenza e di protezione gravante sull'altro (la P.A.)³⁰. La «fonte di doveri puntuali di correttezza a tutela dell'altrui affidamento è cer-

28 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno – da affidamento nella sentenza dell'Adunanza Plenaria – n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, pp. 1547 e ss.

29 Cfr., in punto di responsabilità, *ex plurimis*, M. TRIMARCHI, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi "pretensivi" e vizi formali*, in *Foro amm. CDS*, 2009, pp. 146 e ss. e, di recente, ID., *Brevi considerazioni sulla differenza tra responsabilità precontrattuale della p.a. e responsabilità da provvedimento illegittimo (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989)*, in *www.giustiziasieme.it*, 15 novembre 2023.

30 Sul principio del legittimo affidamento cfr., *ex plurimis*, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della P.A.*, Torino, 2005; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2011, pp. 159 e ss.; G.

tamente rappresentato dal particolare status - professionale e, talvolta, pubblicistico – rivestito dai protagonisti della vicenda relazionale»³¹.

Peraltro, prima di questa sentenza e, in qualche modo anticipandone l'orientamento fatto proprio dall'adunanza plenaria nel 2018, la stessa dottrina citata ha di nuovo dimostrato l'autonomia delle situazioni procedimentali e della loro tutela rispetto all'interesse legittimo, in alcune pagine che hanno rivisitato analiticamente la teoria del rapporto giuridico amministrativo³².

Infatti, in riferimento ai principi di buona fede e correttezza, tale indirizzo di pensiero afferma che essi permeano tutto il procedimento, rappresentando «*il principio primo del rapporto giuridico amministrativo dinamico, come lo è per le trattative che precedono il contratto*» ed «*imprimono ai centri attivi e passivi un dovere (...) di osservanza delle norme procedimentali la cui violazione è fonte di responsabilità nelle trattative "pubblicistiche" e può dar luogo ad azione risarcitoria*»³³.

Il carattere generale dei principi di buona fede e correttezza, di cui sono espressione le regole procedimentali, porta, inoltre, a ritenere che la violazione di queste ultime determini il mancato rispetto di tali principi ed esponga l'amministrazione a responsabilità. In questo modo si supera l'ipotesi della responsabilità precontrattuale e si ritiene che la tutela risarcitoria delle situazioni procedimentali, del tutto autonoma dalla tutela di annullamento che riguarda il provvedimento, trovi spazio anche nei procedimenti che si concludono con un provvedimento a cui non necessariamente segue un contratto³⁴.

Infatti, se la violazione delle norme sul comportamento dell'amministrazione è autonomamente risarcibile, allora tale responsabilità si deve ammettere non solo per la violazione del principio di buona fede, ma anche per la violazione di norme che pongono obblighi di comportamento ben più specifici e

TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in www.giustamm.it, maggio 2022.

31 Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 24.

32 E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in www.giustamm.it, dicembre 2017.

33 E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 9 e p. 13.

34 E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 13.

puntuali, come quelle attinenti alla conclusione del procedimento o alle garanzie di partecipazione. In tal modo, la predetta dottrina dimostra ulteriormente, a distanza di circa vent'anni dalla sua prima elaborazione, la validità della teoria circa l'autonomia delle situazioni procedimenti e la loro tutela rispetto all'interesse legittimo.

La più recente indagine, volta alla ricostruzione sistematica del rapporto giuridico amministrativo, approfondisce sotto un diverso profilo la tematica degli interessi procedimentali, che vengono definiti a «soddisfazione garantita poiché non vi è incertezza sul necessario rispetto dei modi e dei tempi del procedimento»³⁵. Ne consegue che il potere che li fronteggia perde il suo carattere autoritativo per divenire doveroso. Si delinea, così, un rapporto giuridico che è diverso e autonomo dal rapporto amministrativo principale intercorrente tra l'interesse al bene della vita e il potere dispositivo dell'amministrazione. Tale rapporto differisce da quello principale «quanto agli interessi in contesa ed alla mancanza di incertezza sulla soddisfazione degli interessi e sull'esercizio del potere» ed è accessorio o secondario poiché «non può intervenire se non si instaura il rapporto principale»³⁶.

Nel rapporto secondario gli atti procedimentali, che nel rapporto primario e fondamentale rivestono il ruolo di atti prodromici rispetto alla adozione del provvedimento, acquistano una valenza esterna «perché avverso di essi in via immediata può essere fatta valere la violazione delle regole procedimentali» con conseguenze che appaiono favorevoli per gli interessi meramente procedimentali, cui possono spettare risarcimenti o indennità, e negative per la posizione di potere-dovere della P.A. Allo stesso tempo, il rapporto secondario è strumentale rispetto al rapporto principale in quanto il rispetto delle regole del procedimento si pone anche in funzione del corretto e tempestivo svolgimento del rapporto principale e quindi della determinazione finale dell'assetto degli interessi ad opera del provvedimento³⁷.

³⁵ E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 13.

³⁶ E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 14; in argomento cfr., altresì, M. TRIMARCHI, *Dalla responsabilità precontrattuale alle regole del rapporto amministrativo accessorio*, in *www.giustamm.it*, n. 7, 2018.

³⁷ E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 14.

La previsione di una tutela autonoma degli interessi procedimentali, volta a consentire di connotare questi ultimi come situazione giuridica soggettiva diversa e distinta dal diritto soggettivo e dall'interesse legittimo, ricompare non solo nelle ipotesi di procedimento amministrativo, ma anche nelle ipotesi relative al processo.

Ad esempio, la legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), all'art. 2 prevede un diritto alla equa riparazione per il caso di violazione del tempo ragionevole del processo, a prescindere dal bene della vita oggetto di tutela nel processo, dal momento che il giudice determina la riparazione in base alla complessità del caso, al comportamento delle parti e del giudice, nonché a quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o, comunque, a contribuire alla definizione del giudizio. Dalla lettura della norma è evidente che, qualora il processo si protragga per un tempo non ragionevole, i ricorrenti ottengono tutela a prescindere dall'esito della lite (quindi sia che abbiano avuto ragione o non l'abbiano avuta), ma per il solo fatto che è stata violata la regola della ragionevole durata del processo³⁸. Il diritto alla equa riparazione si fonda unicamente sull'interesse ad uno svolgimento del processo in tempo ragionevole e, quindi, su un riferimento precipuo ad un interesse procedimentale che viene tutelato non in via strumentale, ma come valore in sé.

3. L'altalenante giurisprudenza in tema di valenza autonoma degli interessi procedimentali

L'interesse della dottrina nei confronti di un orientamento volto ad attribuire una configurazione autonoma agli interessi procedimentali si è scontrato con una parte della giurisprudenza amministrativa che, nel mantenere una assai prudente cautela nei confronti degli interessi procedimentali, ne ha negato una

³⁸ Così E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedimentali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, cit., p. 241. In argomento cfr., altresì, A. MOLITERNI, *Alla ricerca della risarcibilità degli interessi pretenitivi: il nodo dei vizi procedimentali*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2015, pp. 817 e ss. e M. ALLENA, *Interessi procedimentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2015, pp. 67 e ss.

propria autonoma valenza. Indirizzo che non ha voluto tener conto delle pur significative modifiche normative che hanno condotto all'introduzione dell'art. 2-bis l. 241 del 1990, con specifico riferimento al danno da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo.

In tale ipotesi, al fine di poter ravvisare una qualche responsabilità, la giurisprudenza amministrativa ha, infatti, ritenuto che occorrono tutti gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa, vale a dire tanto l'elemento oggettivo dato dalla violazione dei termini procedurali, quanto quello soggettivo (dolo o colpa), nonché il nesso di causalità materiale o strutturale ed il danno ingiusto, configurato quale lesione della posizione di interesse legittimo al rispetto dei termini.

Si è sostenuto, ad esempio³⁹, che «l'entrata in vigore dell'art. 2-bis L. 7 agosto 1990 n. 241 non ha elevato a bene della vita suscettibile di autonoma protezione, mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; inoltre, il riconoscimento della responsabilità della pubblica amministrazione per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza delle scadenze procedurali è imputabile a colpa o dolo dell'amministrazione medesima, che il danno lamentato è conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'amministrazione nonché la prova del danno lamentato»⁴⁰.

Un orientamento estremamente timido che realizza un forte nesso tra interesse procedimentale e bene della vita, contrastato, però, da altre decisioni che, muovendosi in diversa direzione e sempre con riferimento al danno da ritardo, ravvisano responsabilità dell'amministrazione anche qualora la p.a. legittimamente non riconosca al richiedente il bene della vita. Tale diverso indirizzo

³⁹ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 18 gennaio 2018 n. 164.

⁴⁰ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 18 gennaio 2018 n. 164.

argomentativo afferma, infatti, che, «il danno da ritardo tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la p.a., stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività e di iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della stessa»⁴¹.

Tale indirizzo giurisprudenziale merita attenzione, rilevando esattamente che il bene della vita non è il solo interesse rilevante nel procedimento, potendo in questo rinvenirsi altri interessi meritevoli di attenzione, ossia posizioni, anche aventi natura strumentale, che tendono a disciplinare il procedimento secondo canoni di correttezza.

Del resto, sempre secondo una parte della giurisprudenza, «nell'ambito di una configurazione strumentale e procedimentale del diritto al risarcimento del danno, in quanto connesso alla pretesa lesione di un interesse legittimo, si parla di una specifica relazione tra p.a. e cittadino, preventiva rispetto al fatto o atto produttivo di danno e perciò distinta dalla pura e semplice responsabilità extracontrattuale; relazione che ormai nel linguaggio giuridico ha assunto la denominazione di "contatto sociale qualificato" o di "responsabilità da contatto"». La tesi implica «da parte della p.a., il corretto sviluppo dell'iter procedimentale secondo non solo le regole generali di diligenza, prudenza e perizia, ma anche e soprattutto di quelle specifiche del procedimento amministrativo, sulla base delle quali avviene la legittima emanazione del provvedimento finale»⁴².

Pur nella articolazione delle argomentazioni, appare tuttavia possibile rinvenire anche nella giurisprudenza posizioni non meramente strumentali degli interessi procedimentali, affermandosi il principio che questi ultimi, ove lesi, sono fonte di risarcimento del danno in ragione della loro idoneità a costituire essi stessi un bene della vita che l'ordinamento riconosce e tutela come meritevole di autonoma protezione. Appare evidente che in questo caso la giurisprudenza, come spesso accade, si allinea, sebbene con tradizionale lentezza, alle ragionevoli intuizioni della dottrina.

41 Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 novembre 2014 n. 473.

42 Tar Campania, Napoli, sez. IV, 22 maggio 2013, n. 2641.

4. Dimensione sociale e giusto procedimento: un equilibrio ragionevole per una sempre maggiore emersione degli interessi procedimentali a tutela della persona

La tradizionale bipartizione delle situazioni giuridiche soggettive in diritto soggettivo ed interesse legittimo non convince più. Appare necessaria una profonda riconsiderazione di tale schema, sia in ragione del mutamento dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, conseguente alla ormai nota trasformazione di quest'ultima, sia in relazione alla specifica funzione amministrativa: una funzione che si è accresciuta, da un lato, come complessità e, dall'altro, specularmente, come frammentazione.

Il modello organizzativo dell'amministrazione pubblica contemporanea ha ormai perduto quei caratteri di unitarietà, accentramento, gerarchia ed uniformità propri dello Stato liberale. Essa si struttura, ormai, secondo schemi operativi articolati e complessi, ispirati alla multiformità, all'autonomia, al decentramento, e inquadrati in un sistema di relazioni globali che non permettono quella tradizionale scomposizione in una serie di rapporti isolati che privilegiano l'individuo rispetto alla persona. La società plurale prevista e valorizzata nella nostra Costituzione a vantaggio della persona nella sua individualità e nei rapporti con gli altri nelle formazioni sociali scompone e frammenta quella unitarietà (semplificatoria) che è alla base delle teorie sul diritto soggettivo e sull'interesse legittimo, visti come l'esclusivo modo di rapportarsi dell'individuo con gli altri e con il potere pubblico. La complessità del presente rifiuta le semplificazioni del passato e si sottrae ad esse non solo attraverso tutele sostanziali, ma anche attraverso tutele processuali che non sono più ancillari al diritto, ma ne realizzano lo spirito concreto ed attuale.

L'amministrazione opera, ormai, nell'ambito di un sistema complesso, ove il conseguimento degli obiettivi non dipende da un esercizio unilaterale del potere, ma da situazioni nuove, dove le entità soggettive, coinvolte nel problema amministrativo, reclamano un ruolo profondamente attivo e comunque maggiormente partecipato nell'iter procedimentale intrapreso. Proprio in ciò ri-

siede la funzione c.d. ordinatrice del procedimento, quale luogo naturale in cui si confrontano e si compongono i vari valori ed interessi. In questo senso il procedimento ha lo scopo di dare appunto ordine e di razionalizzare il potere amministrativo, garantendo da un lato l'interesse pubblico, ma dall'altro la piena considerazione di tutte le situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, comprese anche le facoltà e le mere aspettative. Si tratta, in altri termini, di un pieno recupero della dimensione sociale dell'individuo e dei suoi interessi, privilegiando una diversa prospettiva di analisi che guarda, quindi, non all'individuo in sé considerato, ma alla persona, sintesi di diritti, interessi, aspettative, facoltà e pretese.

In questa ottica anche gli interessi procedurali assumono una valenza autonoma, contribuendo all'esaltazione di quel profilo sociale e globale di cui la stessa Carta costituzionale si fa promotrice e garante. In definitiva, nulla di diverso da quanto sostenuto dal Consiglio di Stato (come ricordato, nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2018): infatti, il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede – che deve presiedere l'intera procedura ad evidenza pubblica e, quindi, l'intero rapporto giuridico che coinvolge l'amministrazione e il cittadino – rappresenta una manifestazione immanente del più generale dovere di solidarietà sociale, che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 della Costituzione e mira a tutelare la libertà di autodeterminazione negoziale.

Ma il riferimento all'art. 2 Cost., per quanto rilevante, non è il solo. Infatti – a ben vedere – un altro fondamento costituzionale può rinvenirsi nell'art. 97 Cost., in tema di imparzialità amministrativa, che sancisce uno specifico diritto alla considerazione di ogni elemento rilevante all'interno di un procedimento che sia giusto e imparziale. Un diritto che si configura immanente al procedimento amministrativo e che opera come “riserva” del procedimento amministrativo stesso, nel senso di attribuire proprio all'*iter* procedimentale tali funzioni di imparzialità, di completezza, di proporzionalità, di ragionevolezza.

Con l'ulteriore conseguenza che, in tale prospettiva, il riferimento agli art. 2 e 97 Cost. permette di inquadrare gli interessi procedimentali nella categoria dei diritti fondamentali: dunque, situazioni giuridiche soggettive, da un lato, suscettibili di autonoma tutela non solo sostanziale ma anche processuale, dall'altro, rafforzati nella loro funzione di garantire il pieno sviluppo della persona nei suoi rapporti con la P.A.

Non sembri un'evoluzione sistematica di scarso interesse. Al contrario, è un'evoluzione che, oltre ad assecondare diverse linee di tendenza della giurisprudenza amministrativa, giustifica ampiamente non solo l'interesse della dottrina, ma anche l'attenzione che negli ultimi decenni è stata riservata all'evoluzione del processo come luogo in cui si confrontano e si realizzano i diritti e gli interessi delle persone. In altre parole, dove si rappresenta e si realizza la vita stessa.

SILVIA TUCCILLO

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Napoli Federico II
silvia.tuccillo@unina.it

IL TEMPO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA QUALE DIRITTO FONDAMENTALE

TIME OF ADMINISTRATIVE ACTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT

SINTESI

Lo scritto si interroga sulla possibilità di qualificare il tempo dell'azione amministrativa come diritto fondamentale in un contesto ordinamentale che è ancora lontano dall'accedere ad una sua qualificazione in termini di bene della vita autonomamente meritevole di tutela, specifica e risarcitoria. In tale prospettiva, vengono poste in rilievo le criticità che si accompagnano alle disposizioni normative indirizzate a valorizzare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive correlate all'esercizio del potere amministrativo sul piano della tempestività e della certezza del suo esercizio, senza considerare la sostenibilità per l'amministrazione degli strumenti di semplificazione che incidono sulle tempistiche procedurali.

ABSTRACT

The paper questions the possibility of qualifying the time of administrative action as a fundamental right in legal order that is still far from having access to its qualification in terms of legal good, independently deserving of protection. In this perspective, the critical issues that are accompanied by regulatory provisions aimed at enhancing the protection of subjective legal situations related to the exercise of administrative power in terms of timeliness and certainty of its exercise are highlighted. To this end, the author assumes the need to primarily considering sustainability for public administration of simplification tools that affect the timing of procedures.

PAROLE CHIAVE: Tempo – Diritti fondamentali – Azione amministrativa – Silenzio - Danno da ritardo

KEYWORDS: Time – Fundamental rights – Administrative activity – Silence - Damage caused by delay

INDICE: 1. Premessa. – 2. Il tempo e le sue componenti. – 3. Una duplice prospettiva per inquadrare la rilevanza del tempo. – 3.1. Il tempo del privato: rilevanza della dimensione individuale del tempo. – 3.2. La protezione del “valore tempo” nel procedimento e nel processo. – 3.3. Il tempo dell’amministrazione: tempo sprecato? – 4. Conclusioni. Decisione in tempo e decisione nel tempo: la stabilità della decisione.

1. Premessa

Il tema che mi è stato assegnato ha stimolato in me una riflessione tutt’altro che lineare, costringendomi a confrontarmi con diverse scelte di impostazione. D’altronde, l’accostamento di concetti così inafferrabili come quelli di tempo e di diritto fondamentale, che hanno impegnato e impegnano la riflessione giuridica, storica, filosofica dei massimi studiosi, non poteva non condurre ad un percorso tormentato. Quando, poi, al centro della relazione tra tempo e diritto¹ si pone l’azione amministrativa, la traccia argomentativa è costellata principalmente dal dubbio.

Nell’intraprendere un percorso contrassegnato, dunque, da molti interrogativi e pochi punti fermi - e ben consapevole sia dell’insegnamento di Wittgenstein, secondo cui si dovrebbe tacere su tutto ciò di cui non si può parlare con certezza, sia di quello di Franco Pugliese, secondo il quale, invece, le cose «di cui non possiamo parlare con certezza sono le uniche che ci interessano»² - mi sono posta una prima domanda ovvero se il tempo dell’azione amministrativa possa essere inquadrato autonomamente tra i diritti fondamentali³ ovvero

. A mio padre, che mi ha insegnato il valore del tempo e che ha vissuto il proprio come un diritto fondamentale.

1 Indagata in importanti studi, filosofici e giuridici, tra i quali, *ex multis*, G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, tradotto a cura di R. CRISTIN, Giuffrè, Milano, 1998 e AA.VV., *Tempo e diritto. In memoria di P. Vitucci*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2010.

2 Il riferimento è a Franco PUGLIESE, *Nozioni di controinteressato e modelli di processo amministrativo. I: per la tutela cautelare*, Napoli, 1989, riprod. anast., 2018, 9-10, che nell’intraprendere il suo studio sul controinteressato, pur ricordando l’ammonimento di L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logicus-philosophicus*, 1922, secondo cui «si deve tacere su tutto ciò di cui non si può parlare con certezza», osserva che «le cose di cui non possiamo parlare con certezza sono le uniche che ci interessano».

3 La letteratura sul tema è, come noto, copiosissima. Quali riferimenti essenziali nella prospettiva del presente studio, possono vedersi, L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir.pubbl.*, 1-2, 2010, 141 ss.; L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2001, 298 ss.; M. CARTABIA, a cura di, *I diritti in azio-*

vada piuttosto inteso quale strumento di tutela di altri diritti fondamentali. In questo secondo caso, infatti, va detto che, secondo alcune letture, l'affermazione della strumentalità di un diritto rispetto al godimento di altri diritti fondamentali potrebbe condurre, per contaminazione, ad individuarne il carattere fondamentale⁴. È ben nota la lettura che riconduce la certezza dei tempi dell'azione amministrativa direttamente al pieno godimento della libertà di iniziativa economica privata⁵ e dunque, già soltanto da questa premessa, potrebbe trarsi la conclusione che la tempestività dell'esercizio dei poteri amministrativi sia configurabile in termini di diritto fondamentale tutte le volte in cui l'avvio di un'attività economica sia subordinata al rilascio di un atto ampliativo. Come si dirà, proprio su questo terreno l'evoluzione normativa e giurisprudenziale ha compiuto notevoli passi in avanti nel segno del rafforzamento delle garanzie del cittadino. In effetti, il tempo dell'azione amministrativa è al centro della riflessione di dottrina e giurisprudenza da almeno un secolo e la ricerca dei rimedi all'inerzia della p.a., che è anzitutto un problema economico⁶ (d'altronde se ne sono più incisivamente occupate leggi sulla competitività), è stata prima giurisprudenziale⁷ e poi legislativa⁸.

ne. *Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2009; G. PINO, *Diritti fondamentali*, in C. CARUSO, C. VALENTINI, a cura di, *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021.

4 G. PINO, *Diritti fondamentali*, cit., spec. 214-215.

5 Come colto efficacemente da F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss.

6 In generale, cfr. A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, in questa *Rivista*, 1-2017, 313 ss. Copiosi riferimenti sul tema già nello scritto dello stesso Autore, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013. Cfr., anche D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 3, 779 ss.

7 A far data dalla pronuncia Cons. Stato, sez. IV, 22 agosto 1902, si sono meglio definiti i contorni della tutela giurisdizionale avverso il silenzio della p.a. (anche se si registrano decisioni antecedenti della IV sezione volte a sanzionare il comportamento omissivo della p.a., tra cui 16 marzo 1893, n. 109). Sul tema cfr., anche per i riferimenti generali più significativi, A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 273 ss.

8 Cogliendosi in questa inversione la attuale dialettica tra costituzionalismo politico e costituzionalismo giuridico. Sul tema, G. PINO, *o.cit.*, 208-209.

2. Il tempo e le sue componenti

Ma limitarsi a leggere il tempo in termini di “fondamentalità” strumentale o derivata sarebbe sicuramente riduttivo. Il tempo, d'altronde, quando declinato con riguardo all'azione amministrativa è fatto di più componenti: tempestività, certezza, stabilità, durata, ciascuna delle quali deve essere indagata per la precipua funzione che essa assolve, per le sue implicazioni e per i risvolti che può esplicare⁹. E se è vero che un diritto fondamentale è una complessa e potenzialmente mutevole aggregazione di posizioni soggettive, un macro-diritto composto da micro-diritti¹⁰, occorre domandarsi quali di queste componenti rappresenti il nucleo duro del diritto fondamentale collegato al tempo, quali i micro-diritti da esso rilevanti. Ebbene, la tempestività potrebbe senza dubbio essere letta come un diritto autonomo; la certezza dei tempi dell'azione amministrativa è strettamente connessa al principio dell'affidamento e dipende spesso dall'esistenza o meno di altre circostanze (come la perentorietà o meno dei termini previsti per l'esercizio del potere), ma ha sicuramente una accezione strumentale rispetto ad altri diritti fondamentali (libertà); la stabilità degli effetti nel tempo è a sua volta riconducibile ad altre disposizioni di diritto positivo (ad es. l'autotutela); mentre il tempo inteso come durata guarda alla sostenibilità dell'esercizio del potere. Quello che forse è sempre mancato è una riflessione che guardi al tempo come bene unitario che non muta la propria consistenza se posto al centro del rapporto tra amministrazione e cittadino.

L'affermazione che il tempo dell'azione amministrativa, inteso come tempestività, ma anche come certezza della sua definizione in termini di durata, sia un diritto fondamentale autonomo, pare avere trovato ormai conforto nel dato positivo: nelle diverse declinazioni dei principi di solidarietà sociale e buon andamento presenti nella Costituzione¹¹; nell'articolo 41 della Carta di Nizza¹² ove conosce espressa affermazione in quanto diritto al tempo ragionevole della

⁹ Su molti dei quali si sofferma lo scritto di L. GIANI, *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, vol. III, 1461 ss.

¹⁰ G. PINO, *o.cit.*, spec. 213-214

decisione; nell'articolo 6 CEDU, che seppur riferito alla durata del processo è stato dalla Corte di Strasburgo esteso alle logiche del procedimento¹³; negli articoli 2 e 2-bis della legge 241 del 1990¹⁴, cui si aggiunge la "copertura" dell'articolo 29, comma 2-bis, della stessa legge¹⁵ ove è stabilito che «attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al

11 Come esplicitato nella decisione del Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Resp. civ e prev.*, con commento di S. FOÀ e M.R. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, ivi, 5-2018, 1598. Sulla plausibilità della individuazione di nuovi diritti fondamentali per via interpretativa attraverso la disposizione costituzionale di cui all'art. 2, v., G. PINO, *o.cit.* 212, anche per gli ulteriori riferimenti. Importanti riflessioni di ampio respiro in M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa *Rivista*, 2-2020, 523 ss. Sul principio di buon andamento, nell'ambito dell'amplessima bibliografia, M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. A. SANDULLI, a cura di, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 121 ss.

12 Come noto, ai sensi dell'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto ad una buona amministrazione, postula anche che sia riconosciuto ad ogni persona il diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Un'applicazione concreta di tale precetto si ritrova, ad esempio, nella causa recentemente decisa dal Tribunale amministrativo del Vovoidato di Stettino (Poland/Voivodship Administrative Court in Szczecin (Vovoidato di Stettino) / II SAB/Sz 41/22 P.S. (natural person) v. Mayor of the town and municipality M.) con sentenza del 01/06/2022: *The Court indicated that the inactivity of the authority consisting in not using the competence which, due to the existence of legal circumstances, the authority is obliged to use, is a specific manifestation of the illegal behaviour of public administration, constituting a violation of Art. 41 of the Charter. (...). The court found that the Mayor remained inactive in the period from 2-29 April 2021. The court emphasized that such a period of inactivity may be considered as inaction resulting in the violation of Art. 41 of the Charter. Therefore, the court awarded reimbursement of the cost of court proceedings to P.S. in the amount of PLN 597.00 and obliged the Mayor to examine P.S.' request within 30 days from the date of receipt of the final judgment.* Sulla portata della disposizione, con segnato riferimento al tempo ragionevole della decisione, A. BONOMI, *The right to good administration and the administrative inaction: a troubled relationship*, in *Dir. pubbl. eu. Rassegna online*, 2-2015, 179 ss. In tema, più in generale, *ex multis*, R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Bologna, 2001; A. ZITO, *Il diritto «ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 436; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Tomo I, II ed. Milano, 49 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2-2008; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione* (Relazione alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25° anniversario della legge sul «Síndic de Greuges» della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009), in *www.irpa.eu*, 2009; L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2010, 789 ss.

13 Sul tema, anche per i copiosi riferimenti, vedi, M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.

procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato (n.d.r.: tempestività e certezza), di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti (n.d.r.: sostenibilità) e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti». A tale apparato normativo si aggiungono quelle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo che attribuiscono espressa rilevanza alla tempestività dell'azione amministrativa (piuttosto che alla stabilità della decisione) attraverso la previsione di meccanismi acceleratori interni di conclusione alternativa al provvedimento espresso (silenzio assenso)¹⁶. Per conferire certezza e stabilità alla decisione si agisce sulle tempistiche procedurali o attraverso la previsione di conseguenze sanzionatorie sul piano effettuale per la decisione tardiva, come nel caso della disposizione sull'inefficacia di cui all'articolo 2, comma 8-bis¹⁷, della legge n. 241 del 1990, ovvero determinando la de-

14 La disciplina delle disposizioni menzionate è ripercorsa e commentata diffusamente da G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedurali della P.A. (art. 2, 16, 17 bis e 20 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M. A. SANDULLI, a cura di, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 283 ss., al cui studio si rinvia per gli imprescindibili riferimenti.

15 Su cui L. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2012, 850 ss. e, se si vuole, S. TUCCILLO, *La Corte costituzionale e i limiti all'autonomia regionale nella disciplina degli istituti del procedimento amministrativo. Livelli essenziali delle prestazioni e strumenti di semplificazione*, in M. A. SANDULLI, a cura di, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 241 ss.

16 La problematica delle incertezze legate all'istituto del silenzio assenso è ampiamente dibattuta in dottrina. *Ex multis* si vedano gli scritti di M.A. SANDULLI, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (a margine della legge di conversione del D.L. n. 35 del 2005)*, in *Giustamm.it*, 6/2005; ID., *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435 ss.; ID., *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, fasc.1-2022, 11 ss.; e di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10-2020. Per un inquadramento della sistematica sul tema, imprescindibili i riferimenti agli scritti di F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, p. 179 ss.

17 Sulla disposizione, si veda lo scritto di M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co-8 bis della l.n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso. Primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *Ambienteditto.it*, 1-2021

cadenza del potere, come si è scelto di fare individuando un termine massimo per l'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies*¹⁸.

D'altronde, secondo il costituzionalismo contemporaneo, il processo di positivizzazione dei diritti fondamentali non si esaurisce nella loro proclamazione in un testo costituzionale, ma ha proiezioni più articolate. Anzi, si è detto, che la soluzione alla problematica configurazione di un diritto fondamentale non risiede certamente nell'individuare solo da un punto di vista formale¹⁹.

Ciò premesso, per le ragioni che si cercheranno di illustrare, una qualificazione del tempo dell'azione amministrativa come diritto fondamentale è tutt'altro che piana e lineare. Anzitutto, per la difficoltà emersa in giurisprudenza di accedere ad una qualificazione del tempo quale autonomo bene della vita meritevole di tutela risarcitoria²⁰, ma sul punto si tornerà.

18 Sul tema, sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti bibliografici ulteriori, a S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016 e ID., *Autotutela amministrativa 1. Caratteri generali*, in www.treccani.it/diritto-on-line, 2019 nonché a M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

19 Nella ricostruzione di G. PINO, *o. cit.*, 211 ss., «Un diritto fondamentale è un diritto soggettivo attribuito da una norma avente a sua volta carattere fondamentale» laddove norma fondamentale «è quella che sta ai livelli superiori dell'ordinamento e che è in grado di fungere da parametro di validità per le norme ad essa inferiori e/o da guida per la loro interpretazione (...). Tipicamente le norme che rispondono a questo identikit sono le norme costituzionali con caratteristica dei principi e caratterizzate da un alto grado di indeterminatezza». Anzi il catalogo dei diritti fondamentali è per stessa determinazione della nostra Costituzione (articolo 2) in via di potenziale definizione. Soprattutto quando un diritto positivizzato in Costituzione non è realmente esercitabile senza il riconoscimento in capo a chi ne è titolare di un diritto non positivizzato in Costituzione. Così si elevano al rango di diritti fondamentali anche diritti positivizzati in una legge ordinaria. Il catalogo dei diritti fondamentali è destinato ad essere composto non solo dai diritti attribuiti in Costituzione. È un catalogo «soggetto a continui aggiornamenti e i rapporti tra i vari diritti fondamentali potranno richiedere frequenti assestamenti». Se, tuttavia, il diritto fondamentale è attribuito da un principio, caratterizzato da fluidità ed elasticità, per individuare il nucleo di un diritto fondamentale sarà necessario individuare per via interpretativa il valore che esso sottende. Non è facile, tuttavia, individuare il valore sottostante ad un certo diritto fondamentale e per questo può essere necessaria un'opera interpretativa che superi il tecnicismo e si abbandoni a ragionamenti di tipo morale. Inoltre, dietro ad uno stesso diritto fondamentale possono esservi più diritti (nel caso in esame possono configurarsi e coesistere il diritto al tempo, alla tempestività, alla libertà di iniziativa economica). Secondo M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in M. CARTABIA, a cura di, *I diritti in azione*, cit., 512-513, nella definizione dei diritti fondamentali, «possono entrare in gioco morale e diritto, giustizia universale ed etiche particolari, norme e valori».

20 Per un inquadramento del dibattito dalla sua emersione M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e App.*, 2006, 61, che commentano criticamente l'arresto dell'Adunanza Plenaria, Cons. Stato, 15 settembre 2005, n. 7, che di fatto «blocca», divenendo un precedente in sostanza mai superato, l'apertura al ricono-

3. Una duplice prospettiva per inquadrare la rilevanza del tempo

L'analisi, che si è inteso limitare all'ambito del solo esercizio della funzione di amministrazione attiva, parte dal presupposto che il (macro) diritto al tempo, anche in quanto coacervo di micro-diritti, vada osservato da una duplice angolazione, che rimanda al titolo della Rivista che accoglie il presente studio, Persona e Amministrazione: tempo della persona e tempo dell'amministrazione. Nell'ottica dell'indagine, il privato e l'amministrazione sono portatori di due visioni contrapposte: il primo non ha tempo, la seconda chiede tempo. Per entrambi il tempo è un valore, un mezzo, un fine. Per entrambi si pone il problema del "prezzo" del tempo. Il tempo è denaro, non solo nell'accezione che allo slogan dava Benjamin Franklin²¹ e cara alle teorie economiche, ma anche in quella già espressa da Teofrasto²² secondo il quale il tempo è una spesa preziosissima. Il tempo equiparato al denaro è simile a un capitale iniziale che viene acquisito alla nascita, in quantità ignota. Tutto quanto segue temporalmente nella vita di un essere umano è spesa, mai acquisto, perché il tempo della vita è una risorsa scarsa²³.

3.1. Il tempo del privato: rilevanza della dimensione individuale del tempo

In tale prospettiva, dunque, il privato aspira ad una tutela reale per il proprio "diritto al tempo". La tempestività dell'azione amministrativa è il valore,

scimento del danno da ritardo scisso dalla dimostrazione della spettanza del bene della vita finale. Per riferimenti più recenti di dottrina e giurisprudenza si vedano, oltre a quelli presenti nelle note successive, F. LIGUORI, *L'azione amministrativa, Argomenti e questioni*, Napoli, 2023, spec. 190 ss. e G. MARI, *o.cit.* spec. 297 ss.

21 «Remember that time is money. He that can earn ten shillings a day by his labour, and goes abroad, or sits idle one half of that day, though he spends but sixpence during his diversion or idleness, it ought not to be reckoned the only expence; he hath really spent or thrown away five shillings besides». B. FRANKLIN, *Advice to a Young Tradesman*, in G. FISHER, *The American Instructor: or Young Man's Best Companion*, New York, 1748.

22 H. WEINRICH, *Il prezzo del tempo*, in *Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 1/2006, 5. Di interesse le riflessioni di P. PHILIPPSON, *Il concetto greco di tempo nelle parole aion, chronos, kairos, eniantos*, in *Rivista di Storia della Filosofia*, 1949, Vol. 4, 81 ss.

23 Secondo il pensiero di Seneca, riportato sempre da H. WEINRICH, *loc. ult. cit.* Molti i riferimenti agli studi filosofici anche nello scritto di M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *www.federalismi.it*, 18-2014, 4 ss.

l'esigenza è quella di certezza. Il tempo certo dell'azione amministrativa va inteso non solo come preconditione per la realizzazione dello Stato del mercato, ma come diritto bilanciabile con altri di uguale rilievo nella dimensione bilaterale del rapporto amministrazione-cittadino²⁴, circostanza che giustifica e supporta l'introduzione nella legge generale sul procedimento amministrativo, ma anche in numerose discipline settoriali, di istituti conati per risolvere il problema della tempestività e della certezza dell'esercizio del potere²⁵, che investe tanto l'ambito dei procedimenti ad istanza di parte quanto quello dei procedimenti ad iniziativa ufficiosa²⁶.

Sul piano sostanziale, si è previsto l'esercizio del potere "a tempo" e si è sancito che il decorso del tempo possa, in talune ipotesi, tramutare, *quoad effectum*, l'inerzia in atto²⁷. Si è, da ultimo, positivizzata l'idea che il provvedimento tardivo sia privo di effetti.

Il tempo dell'amministrazione deve, tuttavia, essere utilmente speso: per istruire e raccogliere elementi utili, per ponderare, per decidere. Ma quello che emerge osservando il quadro normativo in essere è che le disposizioni poste a

24 In tal senso le considerazioni espresse dal L. GIANI, *o. cit.*, 2465, secondo la quale «è proprio il rapporto tra individualità e certezza del diritto, quel rapporto circolare tra certezza riferita al potere, all'ordinamento e all'individuo, a porsi non solo come limite all'arbitrio individuale, ma anche a quello del legislatore e della stessa amministrazione».

25 S. VERNILE, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, 403 ss.

26 Per una riflessione più ampia sulle principali questioni interpretative che interessano l'inerzia dell'amministrazione nei procedimenti ad iniziativa ufficiosa, si rinvia allo scritto di F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa ufficiosa*, Napoli, 2023.

27 La valorizzazione del tempo è funzionale alla libera espansione della libertà di iniziativa economica: essa sì, diritto fondamentale. Seguendo l'insegnamento di F. MERUSI, *o. cit.*, arriviamo ad affermare che il potere amministrativo non possa disporre di un diritto fondamentale e che «tutti devono avere pari possibilità nell'esercizio dei diritti fondamentali e da questo postulato si è fatto derivare che il potere amministrativo, impeditivo o conformativo dell'esercizio di un diritto fondamentale è sottoposto a decadenza» (come nel caso di d.i.a. e silenzio assenso) e lo stesso Autore, rileva che «il tempo dell'affidamento sugli effetti del provvedimento illegittimo prevale sul presente nel quale si accerta il vizio del provvedimento e si dovrebbe provvedere al ripristino della legalità violata. È il principio di buona fede sub specie di tutela dell'affidamento che legalizza il tempo della illegittimità ed impedisce che il tempo naturale, quello dell'accertamento della illegittimità, possa avere conseguenze. Il tempo dell'affidamento rende certa la conservazione dell'atto ed annulla il tempo naturale che imporrebbe il ripristino della legalità».

presidio della semplificazione, della celerità e della tempestività più che guardare ad una conclusione “certa” del procedimento amministrativo, guardino ad una conclusione rapida dello stesso. Da questa considerazione discendono una serie di conseguenze pregiudizievoli non solo per l'interesse pubblico, ma anche per lo stesso soggetto nel cui interesse le regole “semplificanti” sono poste²⁸. E le criticità non si arrestano a questo.

3.2. La protezione del “valore tempo” nel procedimento e nel processo

Un diritto, vieppiù se lo si vuole qualificare come fondamentale, dovrebbe garantire al suo titolare una sfera di protezione adeguata ed efficace rispetto ad una eventuale lesione dello stesso, protezione che deve essere approntata in ultima analisi in sede giudiziaria, altrimenti siamo al cospetto di un diritto “di carta”²⁹. E tale affermazione è ancora più vera se si pensa alla inadeguatezza dei rimedi processuali³⁰ attualmente attingibili, sia sul piano della tutela specifica che su quello della tutela risarcitoria³¹.

Basta a tal fine riflettere sulle problematiche interpretative sorte con riguardo alla tutela giurisdizionale della tempestività della decisione: l'oggetto del sindacato sul silenzio assenso³², la latitudine del sindacato nel rito avverso il si-

28 Come rilevato da M. A. SANDULLI, da ultimo, in *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit.

29 Come efficacemente può evincersi dalle considerazioni di L. R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2012, 850 ss. La norma costituzionale assegna al legislatore il dovere di fissare il livello essenziale delle prestazioni di cui la persona umana potrà beneficiare... ma null'altro. L'identificazione delle pretese procedurali come diritti fondamentali postula la necessaria conseguenza che la loro tutela giurisdizionale debba essere piena. Ma non solo; all'interno del procedimento, se di diritti fondamentali si tratta, deve esservi garanzia della loro piena attuazione.

30 Sui quali, anche per gli ampi riferimenti, M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 3-2014, 709 ss.

31 Una riflessione di taglio più ampio sul rapporto tra tutela specifica e tutela risarcitoria, anche con segnato riferimento al rito avverso il silenzio, in F. LIGUORI, *L'azione amministrativa. Argomenti e questioni*, Napoli, 2023, 173 ss.

32 Interessanti le riflessioni di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso*, cit., spec. 51 e ss. e di A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? Un'analisi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 4-2021, 735 ss.

lenzio inadempimento, la (ancora) negata tutela risarcitoria del danno da ritardo mero³³, la controversa tutela avverso il provvedimento tardivo, ma inefficace³⁴.

Ad esse si accompagna la considerazione che il giudice è uomo del passato, che enuncia con forza normativa le conseguenze giuridiche connesse ad uno stato di cose che appartengono al “già avvenuto”³⁵. Nella vicenda esaminata dal giudice, il tempo è stato speso: resta da valutare come sia stato speso e, se sia stato inutilmente speso, se abbia creato un danno; in ogni caso il tempo trascorso non può essere restituito, reintegrato. E dunque, anche alla luce della considerazione che il danno da ritardo può essere riparato soltanto con una tutela per equivalente, la violazione del termine procedimentale dovrebbe essere scongiurata in ogni modo possibile. La tutela del tempo si apprezza nel procedimento, non nel processo perché quand’anche si arrivasse ad estendere il sin-

33 Senza alcuna pretesa di esaustività possono vedersi, per ricostruire il dibattito dottrinario, oltre ai contributi già menzionati, M.C. CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2, 489 ss.; S. PELLIZZARI, *Inerzia amministrativa e danno da ritardo: il giudice amministrativo tra concetti tradizionali e tendenze innovative*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3, 865 ss.; D’ANCONA, *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo nell’ordinamento italiano. Riflessioni alla luce delle novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *www.giustamm.it*, 2009; T. DI NITTO, *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *Giornale dir. amm.*, 2009; M. ANGELONE, *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela risarcitoria*, Napoli, 2010; R. CHIEPPA, *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento)*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, 2011; M. D’ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012; R. ROLLI, *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano, 2012; A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013; F. CORTESE, *Il danno da ritardo nel risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 2013, 8-9, 1932 ss.; S. SCREPANTI, *Il risarcimento del danno da ritardo procedimentale*, in *Giorn. Dir.amm.*, 2015, 3, 378 ss.; G. MARI, *La responsabilità della p.A. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 348; M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 174; G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *Gazzetta amministrativa*, 1-2017, 1 ss. N. POSTERARO, *Brevissime riflessioni sul danno da ritardo*, in *Federalismi.it*, 4, 2015, 9 ss.; G. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 371 ss. Sentenza tar lazio, 3 maggio 2023

34 G. MARI, *L’obbligo di provvedere e i rimedi*, cit., spec. 316 s.; M. CALABRÒ, *L’inefficacia*, cit.; A. SQUAZZONI, *o.cit.*; M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti “semplificazioni”*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2022, 38 ss.; C.P. SANTACROCE, *Sull’inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell’art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2022, 53 ss.

35 Come ricordato da M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza dell’azione amministrativa*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO, *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, vol. II, 57 ss. che riprende il pensiero di G. HUSSERL, *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998, 3 ss.

dacato in ogni ambito, fino a renderlo pieno, comunque la soddisfazione della pretesa (che può essere individuata anche nella pretesa ad avere una risposta tempestiva) sarebbe tardiva rispetto a quando spetterebbe (quindi non realmente soddisfattiva, al punto che alcune pronunce hanno riconosciuto in dipendenza del mero ritardo addirittura il danno biologico³⁶). E anche la tutela indennitaria, allo stato, dovrebbe intendersi limitata all'attività di impresa e – in ogni caso – condizionata alla previa attivazione dei poteri sostitutivi³⁷. Di certo non può trascurarsi il rilievo che può assumere il dovere di collaborazione del privato nel contribuire affinché l'amministrazione possa svolgere un'istruttoria completa e nel sollecitare l'esercizio della funzione. A tal proposito è di supporto a fini interpretativi anche la tendenza della giurisprudenza a tenore della quale la condotta del danneggiato ha un ruolo fondamentale per la definizione delle conseguenze risarcitorie³⁸.

Occorre a questo punto interrogarsi su quali siano i passaggi richiesti per contribuire a scongiurare il danno nell'azione di condanna, per come strutturata nel nostro ordinamento. La richiesta di attivazione dei poteri sostitutivi, che è anche presupposto per accedere alla tutela indennitaria³⁹, la presentazione di

36 Si segnala, tra le poche, la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in *Giorn. dir. amm.*, 7-2011, 742 ss., con commento di A. AVERARDI, *Il Consiglio di Stato e la risarcibilità del danno biologico da ritardo*, nella quale il Collegio ha riconosciuto la sussistenza del danno biologico in conseguenza della violazione del termine di provvedere da parte dell'amministrazione.

37 In forza delle disposizioni di cui all'articolo 28 del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, in quanto la preconizzata rimodulazione e/o conferma della disciplina ivi dettata con riguardo ai procedimenti amministrativi esclusi non è mai intervenuta.

38 Emblematica in tal senso la pronuncia del T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 03 maggio 2023, n. 7529, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella quale il Collegio, nel negare la tutela risarcitoria per il lamentato danno da ritardo (stigmatizzando l'adesione alla giurisprudenza maggioritaria che lo collega al previo accertamento della spettanza del bene finale), rileva che, ove in tesi sussistente, «sarebbe comunque conseguenza anche del comportamento inerte del creditore medesimo, nella misura in cui avrebbe dovuto previamente e sollecitamente richiedere all'amministrazione l'attivazione del procedimento di valutazione dell'idoneità costituente il presupposto della riammissione in servizio», riammissione che, nella specie, non era avvenuta. Nella medesima direzione, sempre a voler riprendere gli indirizzi più recenti, Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8299, in *www.giustizia-amministrativa.it*

39 Come ribadito da T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 16 gennaio 2023, n. 128, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «Ai fini del riconoscimento del diritto all'indennizzo da mero ritardo, previsto dall'art. 2-bis della legge n. 241/1990, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento, l'istante, entro la scadenza perentoria dei successivi 20 giorni, deve ricorrere

istanze o diffide, l'azione avverso il silenzio inadempimento tempestivamente proposta⁴⁰. Anzi, per l'affermazione della responsabilità da condotta omissiva della p.a. continuare a ragionare in termini di silenzio può risultare addirittura erroneo⁴¹.

Le resistenze che tenacemente la giurisprudenza mostra di avere, ancora-
te all'antica idea di dover tessere una rete di contenimento alla risarcibilità
dell'interesse legittimo, non appaiono fondate su alcuna plausibile ragione giuri-
dica, anzi sembrano apertamente contravvenire a quanto sancito nell'articolo 2-
bis della legge 241 del 1990. Tale disposizione, nell'affermare la risarcibilità del
danno da ritardo e nell'individuare delle conseguenze sul piano indennitario per
la violazione dell'obbligo di provvedere tempestivamente, ha chiaramente volu-
to svincolare questa voce di danno dall'accertamento della spettanza del bene
della vita finale, avendo riconosciuto come meritevole di tutela un bene della
vita autonomo e diverso da quello correlato all'interesse pretensivo illegittima-
mente leso⁴². Nessun avanzamento in termini di effettività della tutela sarebbe,
infatti, registrabile se ci si dovesse appiattire sulla linea miope della giurispru-
denza maggioritaria. La verità è che nel dare corso alla propria valutazione sugli

all'autorità titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9-bis, della legge n. 241/1990, richiedendo l'emanazione del provvedimento non adottato, con la conseguenza che, in assenza di previo ricorso all'autorità titolare del menzionato potere sostitutivo, non sussistono i presupposti per il riconoscimento del diritto all'indennizzo da mero ritardo». In termini anche T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 23 dicembre 2022, n. 3385; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 03 ottobre 2022, n. 6111; sulla distinzione tra istanza risarcitoria e richiesta di corresponsione dell'indennizzo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 20 aprile 2021, n. 4597 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 16 giugno 2020, n. 2417, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

40 Ancora sul punto T.A.R. Lazio, n. 7529 del 2023, *cit*.

41 Sul punto si rinvia alla ricostruzione e alle osservazioni di L. GIANI, *o.cit.*, spec. 2490 ss., la quale riprende la ben nota affermazione di F.G. SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss., il quale sottolinea che «se l'amministrazione, che legittimamente può assumere un provvedimento sfavorevole (ma che probabilmente può assumere altrettante legittimamente uno favorevole), ingiustificatamente traccheggia, perde tempo, costringe il privato ad affrontare spese o a prolungare i tempi di eventuali esposizioni finanziarie, può creare danni: tali danni vanno considerati ingiusti e in base ai principi di responsabilità civile vanno risarciti» in quanto «causati con violazione dei principi e delle regole riguardanti (lo svolgimento del) l'azione amministrativa (sono cioè non iure) e colpiscono interessi giuridicamente protetti (sono *contra ius*)».

42 Come di recente ribadito, sulla scia di Ad. Plen., 5/2018, *cit.*, da Cons. Stato, sez. III, 16 febbraio 2024, n. 1576, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto, si rinvia alle considerazioni critiche di M. TRIMARCHI e E. ZAMPETTI, di cui alla nota 49.

elementi costitutivi della fattispecie, il giudice è tenuto ad attribuire una specifica rilevanza al fatto sottoposto al suo esame, all'interno del quale deve trovare autonomo spazio la valutazione della situazione individuale del danneggiato⁴³. Quest'ultimo, infatti, non sempre è il cd. *homo economicus* che può rivolgere altrove i propri interessi⁴⁴, ma anche la persona comune con riguardo alla quale viene in gioco l'individualità del fattore tempo: è la tutela della persona in quanto tale e della sua dignità che eleva il tempo a diritto fondamentale⁴⁵ e rende l'attività di determinazione del termine massimo per l'evasione della sua istanza una prestazione essenziale, circostanza di cui raramente il giudice sembra aver preso atto⁴⁶. Se Sant'Agostino non riusciva a spiegare il tempo, ma sapeva esattamente cosa fosse⁴⁷, probabilmente molto più prosaicamente una persona avanti negli anni saprebbe spiegare il significato che il tempo assume per lei, cioè la misura di ciò che gli resta della vita e pertanto, indiscutibilmente, un diritto fondamentale⁴⁸.

Quello che emerge, dunque, dall'attuale assetto normativo è che i rimedi di carattere sostanziale pensati per edificare un impianto di istituti che possano agire su tempestività, durata, certezza e stabilità dell'azione amministrativa si rivelano inadeguati in termini di efficacia, al punto da consegnare al giudice la

43 Sull'individualità del concetto di tempo, di grande interesse lo studio di G. DEMARIA, *Sul concetto di tempo* in *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, 1974, 9/10, 684 ss., spec. 686, ove si legge che «il tempo non crea le cose, i fatti, gli eventi; e nemmeno non è dato con le cose, i fatti e gli eventi, ma è l'accadere stesso di coteste cose, di cotesti fatti e di cotesti eventi: è il cambiamento del mondo esterno, del nostro universo».

44 Nella prospettiva di F. LIGUORI, *o.cit.*, 219

45 Nel senso magistralmente espresso da L. FERRAJOLI, *o.cit.*, spec. 157 ss., che riprende Kant ed evidenzia il collegamento tra la dignità della persona e ciò che non ha prezzo.

46 Come, ad esempio, Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, *cit.*

47 *Confessiones*, XIV, 17.

48 Basta rinviare agli studi di H. BERGSON, *Durata e simultaneità*, 1922, che oppose al concetto di tempo spazializzato per la fisica la concreta esperienza interiore del tempo come durata, e di HUSSERL, *Per la fenomenologia della coscienza interna del tempo*, 1905-1911, che ripropose il problema metafisico del tempo, per cogliere lo stretto collegamento tra tempo individuale ed esperienza. Con M. HEIDEGGER, poi, si valorizza l'idea che il tempo sia condizione dell'esistenza intesa come "progetto" e insieme come "decisione anticipatrice" che riconosce e accoglie l'invalidabile finitudine esistenziale dell'uomo in quanto "essere per la morte". Sul tema il filosofo torna in *Essere e tempo*, 1927, e in *Tempo ed essere*, 1962.

concretizzazione della tutela del diritto al tempo, vanificandone la portata pre-cettiva.

E quand'anche si giunga ad affermare la risarcibilità del danno da ritardo mero invocando la lesione dei principi di correttezza e buona fede⁴⁹, la tenuta degli arresti si rivela instabile⁵⁰.

Al riguardo, va anche dato conto della recente linea interpretativa che collega il danno da ritardo ad una ipotesi di danno esistenziale, seppur non ne-

49 Nel solco della ricostruzione ribadita dall'Adunanza Plenaria, 4 maggio 2018, n. 5, *cit.*, secondo cui il comma 1 dell'art. 2bis «configura un danno da ritardo che prescinde dalla spettanza del bene della vita oggetto del provvedimento adottato in violazione del termine» e che «deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione».

50 Come confermato dal percorso argomentativo poi intrapreso dalla pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen. 23 aprile 2021, n. 7, in *Dir. Proc. Amm.*, 1-2022, 143 ss., con nota di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, che commenta criticamente la resistenza del giudice ad estendere la tutela dell'interesse legittimo ad altre voci di danno osservando che «Ritenere che l'ingiustizia si configuri solo in presenza della lesione del c.d. bene della vita finale significa escludere in radice che un danno ingiusto possa essere arrecato anche ad altri interessi giuridicamente protetti: negare, quindi, la risarcibilità ex art. 2043 c.c. del danno da mero ritardo e, più in generale, di tutti i possibili danni derivanti dal comportamento scorretto della pubblica amministrazione, scorretto in quanto assunto in violazione di una regola procedimentale o di principi come la buona fede o il legittimo affidamento. Non è chiaro come questa posizione possa armonizzarsi con quella che la stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato aveva assunto nella sentenza n. 5 del 2018, la quale, pur senza impegnarsi sulla qualificazione della responsabilità come aquiliana o contrattuale, aveva espressamente riconosciuto, in sintonia con l'orientamento attuale della Cassazione, che l'azione amministrativa procedimentalizzata che si pone in violazione del principio di correttezza e buona fede determina, ove causativa di danno, la responsabilità dell'amministrazione da comportamento illecito, vale a dire una responsabilità affatto autonoma da quella derivante dalla lesione del bene della vita oggetto dell'interesse legittimo e da qualsivoglia valutazione in ordine alla validità del provvedimento». Cfr. anche, sulle conclusioni della Plenaria, le considerazioni di E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *www.giustiziasieme.it*, luglio 2021, il quale, proprio sul profilo di interesse in questa sede, rileva che «quale che sia l'esatta natura giuridica della situazione lesa, non sembra in discussione che i danni causati dal comportamento scorretto dell'amministrazione siano meritevoli di risarcimento, anche ove non sia dimostrata la spettanza del bene della vita, a condizione che sia lesa una situazione giuridicamente rilevante, che un pregiudizio sussista effettivamente e che il danno sia debitamente provato. Sotto questo profilo, condizionare l'ingiustizia del danno all'accertamento della pretesa sostanziale può segnare una regressione nella tutela, in contrasto con l'evoluzione riscontrabile in una parte della giurisprudenza». Si veda anche, E. DELLA CORTE, *La natura giuridica della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione al vaglio della Adunanza plenaria. Una questione ancora aperta? (commento alla sentenza n. 7 del 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato)*, in *Riv. giur. europea*, 1-2022, 11 ss.

gando la necessità che per potervi accedere debba essere accertata la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere⁵¹.

3.3. Il tempo dell'amministrazione: tempo sprecato?

Ma se la dimensione individuale del tempo assume innegabilmente un valore astrattamente incalcolabile, va preso in considerazione anche il significato che oggi acquista il tempo per l'amministrazione, che deve disporre per decidere entro limiti sempre più contingentati. L'amministrazione era originariamente "padrona" del proprio tempo. La mancanza di una definizione delle tempistiche procedurali era il riflesso della sua autorità, ma anche quando alcuni procedimenti (specie programmatori) erano assistiti da limiti temporali, sul fronte dei rimedi si percepiva l'assoluta assenza di strumenti di garanzia. Il "quando" dell'esercizio del potere, salve le ipotesi di alcune disposizioni settoriali, era una componente della discrezionalità amministrativa come tale sindacabile attraverso il solo filtro dell'eccesso di potere e del principio di ragionevolezza⁵². I rimedi a tutela del cittadino a fronte dell'inerzia della p.a.⁵³ si sostanziavano in espedienti processuali che consentivano di adire il giudice sul presupposto della formazione di un provvedimento tacito di rifiuto di provvedere.

Nel 1990 la legge sul procedimento interpreta l'esigenza di certezza del tempo dell'azione amministrativa inserendo, non a caso tra i principi dell'attività amministrativa, all'art. 2, l'obbligo giuridico per la p.a. di concludere il proce-

51 Così T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 5 ottobre 2023, n. 748, con commento di M. BOMBARDELLI, *Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1-2024, 113 ss.

52 Sul tema, si rinvia allo studio di A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, Cacucci, 1988. La questione della discrezionalità nel quando, pur sempre attuale, assume contorni differenti nella nuova dimensione tracciata dalla «rivoluzione economica comunicativa», secondo F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, 2-2023, 215 ss., spec. 220 ss.

53 Per F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1972, spec. 32 ss, l'inerzia è negazione della funzione; G. ABBAMONTE, *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo*; Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione di Varenna, 18-22 settembre 1986, Milano, 1987, parla di riserva illegittima di potere formata al riparo dell'inazione. L'inazione è l'aspetto negativo della funzione: l'omissione di provvedimento dà luogo ad un fatto di disfunzione amministrativa.

dimento entro un termine certo attraverso l'adozione di un provvedimento espresso. Alla individuazione di un termine si accompagna la previsione di ipotesi tipiche di silenzio significativo, che intervenendo sul piano sostanziale, rispondono agli obiettivi di semplificazione dell'attività amministrativa. Le reazioni della dottrina sono state comprensibilmente di grande entusiasmo e si è avviata una proficua riflessione sulla portata della disposizione⁵⁴.

A fronte di prese di posizione normative tese a stigmatizzare l'essenzialità del fattore tempo nell'esercizio del potere amministrativo si poneva il problema dell'effettività di prescrizioni elevate a rango di meri principi in assenza di reazioni apprestate per la loro violazione. D'altronde, poco più di un ventennio fa, Merusi, pur salutando con estremo favore le disposizioni normative introdotte, *in primis* con la legge generale sul procedimento amministrativo, allo scopo di superare le inerzie patologiche della burocrazia, affermava che la certezza dell'azione amministrativa era ormai nei principi, non sempre nei particolari⁵⁵.

E' possibile, ormai, affermare che il tempo dell'amministrazione è stato sottratto al suo dominio, ma quando si guarda ad esso sul piano dell'effettività, diversi sono i problemi ancora irrisolti: il nodo della perentorietà del termine che non è affermata espressamente, ma anzi è sconfessata secondo alcune letture⁵⁶ dalla novella dell'articolo 2 della legge 241 del 1990 avvenuta in forza della legge n. 120 del 2020⁵⁷, secondo la quale devono essere resi pubblici i tempi

⁵⁴ *In primis*, si veda la monografia di M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

⁵⁵ F. MERUSI, *La certezza*, cit.

⁵⁶ M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti "semplificazioni"*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2022, 38 ss., spec. 41, secondo la quale «il raffronto tra i termini previsti in via normativa e i tempi effettivi di conclusione del procedimento pare una resa del legislatore nei confronti della pubblica amministrazione, quasi un invito al mancato rispetto del termine di legge; come se quest'ultimo fosse un termine canzonatorio privo di alcuna serietà; come se il legislatore fosse conscio che le norme introdotte si prestano all'ineffettività; come se i principi generali di doverosità e di certezza dei tempi dell'azione amministrativa fossero meramente degli ottatività».

⁵⁷ Il cui articolo 12, lettera a), ha introdotto nel corpo dell'articolo 2 il comma 4-*bis* a tenore del quale «Le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, nonché le ulte-

effettivi di conclusione dei procedimenti, senza dunque considerare come rilevante la limitazione generale fissata in 30 giorni. Epperò la perentorietà dei termini è affermata nei procedimenti sanzionatori ove è prevista la sanzione della decadenza⁵⁸.

Ancora, i silenzi tra amministrazioni sono gestiti con meccanismi devolutivi o sostitutivi: il tempo interno rileva in termini di tempestività, ma sorge il problema del sacrificio degli interessi sensibili⁵⁹, per la valutazione dei quali, evidentemente, “non c'è tempo”⁶⁰.

E comunque, anche nel rapporto tra amministrazione e privato, non è così scontato che la logica della sostituzione, pur lodevole nelle intenzioni e rafforzata negli ultimi interventi normativi, possa dirsi davvero appagante⁶¹. Il “sostituto decisore”, a tenore dell'articolo 2, comma 9-ter, ha la metà del tempo per decidere. E se nel tempo ordinario l'amministrazione procedente non ha svolto l'istruttoria, è difficile immaginare che la medesima attività possa essere svolta entro un termine dimezzato, sol perché espletata dal titolare dei poteri sostitutivi.

riori modalità di pubblicazione di cui al primo periodo».

58 Icastica sul tema, anche per un inquadramento dei diversi orientamenti giurisprudenziali, la pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584, in www.giustizia-amministrativa.it

59 Cfr. sul tema, R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale tra procedimenti, dissensi e silenzi. Contributo a una riflessione critica sul silenzio assenso nella materia ambientale*, Torino, 2019; G. MARI, “Primarietà” degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi, in *Riv. Giur. Ed.*, 2017, 305 ss.; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 707 ss.; F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2020, 3 ss.

60 M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. App.*, 2016, 760, ritiene «problematico attribuire alla velocità in quanto tale un rilievo assoluto e, ancor di più, considerare il semplice trascorrere del tempo come un evento capace di produrre implicitamente effetti assimilabili a quelli della valutazione di un interesse da parte dell'amministrazione. In questo senso, l'accelerazione procedimentale operata con il silenzio assenso presenta i rischi tipici dell'eccesso di velocità nella guida dei veicoli, che crescono in modo proporzionale alla potenza del mezzo e alla mancanza di prudenza di chi sta al volante».

61 In generale, si può vedere, S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020. Anche con riferimento alle riforme più recenti, cfr., G. MARI, *L'obbligo di provvedere*, cit., 293 ss.; M. RAMAJOLI, *o.ult.cit.*, 42 s.; F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2021, 772 ss.

Ugualmente complessa è la questione del cd. “secondo tempo” dell’amministrazione e cioè il potere di autotutela. Il legislatore si è premurato di assicurarne il contenimento entro un termine massimo (dodici mesi), quando eventualmente incidente su provvedimenti attributivi di vantaggi economici⁶². Tuttavia, anche in questo caso non è detto che garantire il tempo del privato sia la soluzione migliore per l’interesse della collettività⁶³.

Nell’esaminare il valore del tempo per il privato si registra, dunque, la tendenza ad attribuirvi prevalenza e rilevanza nella logica del mercato e delle scelte economiche: così che l’iniziativa economica che si esprime attraverso la domanda di un atto ampliativo è stata tutelata in ogni modo possibile. Si inaugura, così, la “stagione” dell’atto ampliativo al cui regime corrisponde una iperprotezione degli interessi pretensivi⁶⁴. Ma ci si interroga molto sulle risposte giuridiche da dare all’inerzia, molto meno sulle diseconomie che tali risposte, quando non adeguate, possono arrecare⁶⁵.

Anche la decisione amministrativa può, a ben vedere, essere considerata un diritto fondamentale perché assicura l’effettività di altri diritti, anch’essi fondamentali, che sono genericamente individuabili in capo ai consociati e riconosciuti in base ai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e solida-

62 Specifica attenzione a tale profilo è dedicata dallo studio di M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 3-2016, 321 ss.

63 Si vedano, se si vuole, S. TUCCILLO, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e “paura di amministrare”*, in *Nuove autonomie*, 3-2020, 725 ss; ID., *Dialogo*, cit.

64 Per gli ulteriori riferimenti sul tema sia consentito il rinvio a S. TUCCILLO, *Dialogo con le amministrazioni e neutralizzazione del potere*, Napoli, 2023. Con riguardo ai procedimenti ad iniziativa ufficiosa e agli strumenti di tutela azionabili dai privati interessati alla loro conclusione si rinvia sempre allo scritto di F. FOLLIERI, *o. cit.*

65 Significativamente sul punto, A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 31 ss., spec. 34, «È, infatti, del tutto giustificato il fastidio che il ceto politico, ma più in generale la Comunità nazionale, manifesta nei confronti dell’incapacità delle Amministrazioni pubbliche di provvedere tempestivamente e di provvedere con soluzioni dotate di stabilità nel tempo. Nell’inerzia o nella lentezza delle decisioni pubbliche e nella loro costante instabilità si individua non a torto una delle principali ragioni di ostacolo alla crescita economica, allo sviluppo dell’iniziativa privata, all’attrazione degli investimenti anche stranieri [...]. Quello che pare dubbio è che si possa rimediare a tale problema imboccando quella che pare una scorciatoia, ma che è in realtà un vicolo senza uscita: la strada della semplificazione a mezzo della semplice eliminazione o estinzione del potere pubblico».

rietà; così come fondamentale è il diritto ad una buona amministrazione⁶⁶. Una buona amministrazione è un'amministrazione che decide motivatamente, che provvede, che media tra gli interessi per arrivare alla soluzione sì tempestiva, ma ponderata, del problema amministrativo⁶⁷. E il problema amministrativo ha portata multipolare essendo sovente coacervo di diritti ed interessi: diritto alla salute, all'incolumità personale, all'ambiente, sono in molti casi parte della valutazione del soggetto pubblico (o dei soggetti pubblici) in comparazione con le pretese del privato. Sono anzi quei diritti, anche fondamentali, che compongono l'interesse pubblico a presidio dei quali si giustifica l'esistenza stessa del potere autoritativo⁶⁸.

Quando può definirsi buona la decisione amministrativa? Al pari di qualsivoglia decisione, quando essa è pensata ed è maturata. E la conferma di questa affermazione può trarsi dal principio del risultato⁶⁹ posto in apertura del no-

66 S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione* (Relazione alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25° anniversario della legge sul «Sindic de Greuges» della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009), in *www.irpa.eu*, 2009, specifica che la buona amministrazione nell'accezione di principio "ha valore "programmatico", costituisce un obiettivo fissato dalla Costituzione e diretto al legislatore. Ha, quindi, una valenza limitata e interna all'apparato statale". Nell'accezione di diritto "si proietta all'esterno della cerchia dello Stato, nella comunità. Conferisce diritti ai quali fanno riscontro obblighi della pubblica amministrazione". Essa è dunque una nozione "gruccia" "alla quale sono legati contenuti diversi". Sul tema, si veda lo studio di A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" a una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012. La buona amministrazione è interpretata come dovere nello studio di G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953 che la definisce quale sintesi di imparzialità e buon andamento: «quando si sostiene la necessità di una buona amministrazione non si vuole far riferimento ad un criterio medio, né precisare che, nello svolgimento di una funzione di qualsiasi natura essa sia, il relativo titolare deve uniformarsi ad un prototipo di buon amministratore ad agire come questo si comporterebbe normalmente, ma si vuole sostenere che quello deve, attraverso la sua attività perseguire i fini che della funzione formano oggetto ed ancora che ciò deve realizzare in maniera quanto più e quanto è meglio possibile in quanto soltanto mediante una buona amministrazione si può ottenere il soddisfacimento del fine insito nella funzione, la tutela cioè di un particolare interesse».

67 Secondo la ben nota espressione di F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss. e ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 333 ss.

68 E si richiede per le manifestazioni di potere destinate ad incidere su tali interessi l'adozione di un provvedimento espresso. Sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, 9 gennaio 2024, n. 414, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1 - 2014, 25 ss.

69 «Art. 1. (Principio del risultato). 1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, traspa-

vello codice dei contratti, che guarda alla tempestività come ad un mezzo, non come ad un fine. Ma il pensiero meditato richiede tempo. Daniel Kahnemann⁷⁰ ha indagato in maniera specifica il tema dei diversi percorsi logico cognitivi che contraddistinguono i “pensieri lenti” e i “pensieri veloci” delle persone e, pur non menzionando il processo decisionale degli apparati complessi, è di interesse perché fornisce spunti per distinguere le possibili modalità di elaborazione del pensiero e le diverse conseguenze che possono scaturirne. Ne discende una valorizzazione del pensiero “lento”, che reagisce all’impulso esterno con minore prontezza, ma con minor margine di errore. Trasponendo tale esperienza al tema di indagine, anche in un’epoca in cui la macchina amministrativa è immaginata sempre più informatizzata e digitalizzata, essa conserverà, auspicabilmente anche in un futuro meno prossimo, una riserva di umanità⁷¹: dobbiamo dunque proteggere l’idea che a decidere sia l’uomo e che a quell’uomo occorran tempo e fiducia⁷².

renza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 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. Esso è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;

b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva». Per un commento a tale disposizione v. M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in M. CALABRÒ, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, A. CONTIERI, A. DE SIANO, P. FORTE, M. INTERLANDI, LIGUORI, S. PERONGINI, A. RALLO, R. SPAGNUOLO VIGORITA, M. R. SPASIANO, M. TIBERII, *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 11 ss.

⁷⁰ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2011

⁷¹ G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell’automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023.

⁷² Sempre nel d.lgs. 36 del 2023, all’articolo 2, è significativo che si trovi codificato il principio della fiducia a tenore del quale «1. L’attribuzione e l’esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. 3. Nell’ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabili-

Sarebbe allora forse tempo che al “tempo” dell’amministrazione fosse dedicata attenzione specifica non nel tentativo di diminuirne l’incidenza sulle situazioni individuali che fronteggiano in via diretta l’esercizio del potere. O meglio, non solo. Ma anche nell’ottica di rendere possibile l’assunzione di una decisione espressa, utile e ponderata, considerando la rinuncia alla decisione come una vera e propria lesione di un diritto fondamentale⁷³.

Non è superfluo in tale prospettiva interrogarsi sull’utilità della decisione tardiva. Un caso recente ha portato, infatti, all’attenzione, anche mediatica⁷⁴, il possibile conflitto tra valori costituzionali che può determinarsi, in ipotesi particolari, accedendo alle logiche della decadenza del potere in maniera netta: è il caso della decadenza del potere sanzionatorio dell’Antitrust per effetto del superamento del termine di 90 giorni per la conclusione del procedimento di accertamento dell’infrazione di cui all’articolo 14 della legge n. 689 del 1981. In tale vicenda non era in valutazione *sic et simpliciter* la violazione del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio da parte dell’Authority⁷⁵, ma anche la definizione di quale fosse il corretto bilanciamento tra posizioni contrapposte, assumendo quali termini del rapporto non il diritto di difesa di cui

tà amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l’omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell’attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell’agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l’omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. 4. Per promuovere la fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all’articolo 15, comma 7». In tema, per tutti, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell’articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. CALABRÒ, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, A. CONTIERI, A. DE SIANO, P. FORTE, M. INTERLANDI, LIGUORI, S. PERONGINI, A. RALLO, R. SPAGNUOLO VIGORITA, M. R. SPASIANO, M. TIBERII, *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, cit., 43 ss.

⁷³ Secondo G. CAPOZZI, *Temporalità e norma*, Napoli, 2000, 198 e ss., i termini sono la quarta ed ultima nota del tempo giuridico dopo il decorso, la quantità e la misura. Il tempo giuridico è il termine che misura la quantità del decorso necessaria e sufficiente alla produzione di una conseguenza giuridica e ha i termini come nota «determinante».

⁷⁴ Cfr. l’articolo di M. AINIS, *I tempi lunghi dell’Antitrust*, in *Repubblica*, 6 maggio 2023.

⁷⁵ Come invece nel precedente arresto, Cons. Stato, sez. VI, n. 584 del 2021 cit.

all'articolo 24 Cost. e la tempestività della decisione avente contenuto afflittivo, ma il medesimo diritto di difesa in contrapposizione alla tutela della concorrenza. A tal proposito si osserva che «se il diritto di difesa viene declinato in solitudine, s'apre la strada alla tirannia dei valori paventata da Carl Schmitt, quindi a una deriva autoritaria del sistema»⁷⁶. La complessità della vicenda trae conferma dal fatto che mentre l'articolo 14 della Legge 689/1981 impone all'AGCM di avviare il procedimento istruttorio entro un termine decadenziale di 90 giorni, in relazione alle procedure antitrust condotte a livello europeo la Corte di Giustizia ha, invece, statuito l'obbligo per la Commissione di concludere il procedimento entro un termine *ragionevole* dando rilevanza alla sostenibilità effettiva delle tempistiche procedurali che caratterizzano istruttorie complesse⁷⁷. Più di recente, in virtù della riferita discrasia tra ordinamenti, il Tar Lazio⁷⁸ ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione «se l'art. 102 Tfeue, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito». Di rilievo è la considerazione del Collegio remittente secondo cui l'applicazione meccanicistica dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689 «determina che l'eventuale sfioramento (anche solo di un giorno) del termine di contestazione si traduce nell'annullamento in sede giurisdizionale del

⁷⁶ M. AINIS, *loc. ult. cit.*

⁷⁷ Il tema dell'adeguatezza dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi è affrontato in maniera analitica da S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3-2021, 783 ss.

⁷⁸ Sez. I, ord. 1 agosto 2023, n. 12962, in www.giustizia-amministrativa.it. In attesa della decisione del giudice europeo anche in altre questioni in cui è stata eccepita la tardività dell'esercizio del potere sanzionatorio il Tar Lazio ha sospeso il proprio giudizio: si tratta dell'ordinanza del 15 novembre 2023, n. 17065 e del 14 novembre 2023, n. 16971.

provvedimento dell'Autorità. Difatti, sebbene l'art. 15 legge 10 ottobre 1990, n. 287, chiarisca che la principale conseguenza dell'accertamento dell'infrazione sia l'intimazione a rimuovere la stessa (essendo la sanzione pecuniaria comminata solo per i casi più gravi), l'unicità dell'atto e, soprattutto, del procedimento determinano che il tardivo avvio di quest'ultimo infici inevitabilmente il provvedimento finale adottato. Pertanto, la pronuncia del giudice investe sia la sanzione pecuniaria, sia eventuali ulteriori disposizioni (es. ordini di cessazione o obblighi di astensione), ponendo sostanzialmente nel nulla l'operato dell'Agcm». La definizione delle tempistiche procedurali deve dunque essere sostenibile. Bisogna, tuttavia, pur sempre intendersi sul tipo di funzione esercitata nel caso specifico.

4. Conclusioni. Decisione in tempo e decisione nel tempo: la stabilità della decisione

Nel fascio di valori collegati al tempo c'è anche la stabilità della decisione. Ma la domanda che su tale profilo occorrerebbe porsi è se una “non decisione” o una decisione sommariamente assunta⁷⁹ siano idonee a resistere al tempo o, meglio, al “secondo tempo” dell'amministrazione. Tralasciando in questa sede l'approfondimento delle criticità che circondano i provvedimenti succintamente motivati (o immotivati) assunti nella logica del “purché si faccia”, si porrà l'attenzione sulla “tenuta” del provvedimento tacito, che è considerato (non senza perplessità) il vero rimedio all'inerzia.

Come noto, il riferimento alla possibilità di agire in autotutela è espressamente sviluppato nei rinvii presenti sia nell'articolo 20 sia nell'articolo 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990. Nella prima ipotesi, l'amministrazione può riesaminare la decisione in forma tacita, nei termini e alle condizioni di cui agli articoli 21-*quinqies* e 21-*nonies*; nella seconda disposizione menzionata, invece, è richiamato esclusivamente l'articolo 21-*nonies* nella misura in cui la decisione tardiva viene investita dalla sanzione dell'inefficacia e pertanto, evidente-

⁷⁹ Su cui si rinvia, per tutti, allo studio di S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017.

mente, è consentito un intervento successivo alla consumazione del termine per provvedere soltanto in caso di illegittimità del provvedimento formatosi silenziosamente.

Inutile tacere che la soluzione dell'inefficacia, per quanto sia condivisibile la logica sottesa all'intervento normativo che l'ha elaborata - e cioè quella di indurre l'amministrazione al rispetto delle tempistiche prescritte (attraverso la, invero, meno condivisibile tecnica dissuasiva della "minaccia" della neutralizzazione del potere⁸⁰) riconoscendo al contempo la tutela piena dell'affidamento del privato titolare dell'interesse pretensivo - su un piano pratico si pone come un ulteriore fattore di "instabilità" (e di incertezza) e conferma la mancanza di coerenza del legislatore rispetto alla gestione del problema dell'inerzia amministrativa. Anche perché nelle ipotesi richiamate dal comma 8-*bis* rientrano anche fattispecie in cui la decisione tardiva si inserisce nel delicato meccanismo della decisione pluristrutturata in cui non è l'interesse del privato ad essere compromesso in via prioritaria, bensì gli interessi pubblici di cui sono portatrici le altre amministrazioni coinvolte, sui quali si "scaricano" le conseguenze dell'inefficacia.

Affermare che la determinazione tardiva sia inefficace non significa né assumere che sia illegittima, né tantomeno che non esista. Malgrado la linea interpretativa prevalente ricostruisca l'ipotesi in termini di nullità⁸¹, non può negarsi che la diversa categoria dell'inefficacia incida sulla produzione degli effetti⁸², ma non sia idonea a decretare l'inesistenza dell'atto dal mondo giuridico⁸³.

80 S. TUCCILLO, *Dialogo*, cit.

81 M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co-8 bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso. Primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, cit.; M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto-legge "Semplificazione"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, 173 ss.; G. Corso, *Silenzio assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2021, 9 ss.

82 Su cui, in senso specifico, C.P. SANTACROCE, *o.cit.*

83 Diversamente opinando si forzerebbe il significato letterale del termine scelto dal legislatore. Come ricordato da N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, 2020, «Tutto nel diritto è parola; nulla, nel diritto e per il diritto, può uscire fuori della parola: parole, dette o scritte, di leggi, decisioni giudiziarie, accordi fra privati e via seguitando. Il problema del diritto s'identifica appieno con il problema del linguaggio». Per F. MERUSI, *Discrezionalità*, cit., 225, l'utilizzo del riferimento al concetto di inefficacia è «un consapevole tentativo del "nuovo" legislatore di de-

E anche la salvezza del potere di annullamento è una eloquente indicazione in senso contrario.

Sul punto è necessario un chiarimento. Se il legislatore avesse voluto assicurare definitivamente gli effetti prodotti dal decorso del tempo, avrebbe potuto qualificare direttamente l'atto emanato fuori termine come nullo o inesistente e non sarebbe stato necessario ribadire l'applicabilità del potere di cui all'articolo 21-*nonies*, a mo' di clausola di salvezza di una disposizione probabilmente percepita come troppo ardita per gli interessi non direttamente correlati alla pretesa del privato. Ciò in quanto l'articolo 20, comma 3, già facoltizza l'amministrazione all'esercizio del riesame, analogamente a quanto avviene nelle altre fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione del comma 8-*bis* dell'articolo 2. Il riferimento al potere di annullamento d'ufficio nel contesto di tale disposizione può allora essere interpretato in due modi differenti: o come riferito alla stessa determinazione inefficace, al precipuo scopo di eliminarla definitivamente dal mondo giuridico suggellando l'intangibilità degli effetti del tempo, ovvero alla fattispecie cristallizzatasi attraverso il silenzio. Ma, evidentemente, in quest'ultimo caso ci troveremmo al cospetto di una precisazione ultronea perché è la stessa disciplina del silenzio assenso, richiamata nella disposizione generale e nelle altre disposizioni settoriali, a prevedere la possibilità di attingere al riesame. Potrebbe allora essere plausibile l'idea che, invocando nuovamente la permanenza del potere di autotutela, il legislatore abbia voluto richiamare l'attenzione dell'amministrazione sul percorso da seguire per emendare l'errore valutativo commesso attraverso l'inerzia e palesato dalla decisione tardiva. Quest'ultima, seppure sia stata resa inopponibile al destinatario della decisione, a tutela dei valori di tempestività, stabilità e certezza, si traduce, in ogni caso, in un indizio inequivocabile della cattiva gestione del potere di amministrazione

scrivere un fenomeno giuridico usando un non linguaggio "specialistico", ma un linguaggio corrente nella descrizione di fenomeni determinati dalla – o comunque collegati alla – rivoluzione economica comunicativa, nei quali "gli attori" non sono più necessariamente degli "specialisti"».

attiva da parte del decisore e dunque potrà diventare una fonte di responsabilità per il funzionario e per l'amministrazione cui appartiene.

Da quanto argomentato emerge che la stabilità della decisione ha un "prezzo", determinabile attraverso le logiche del giudizio di responsabilità e contenibile preservando la possibilità per l'amministrazione di fruire di un momento di ripensamento. Potrebbe essere allora valorizzabile la dimensione "sospensiva" del tempo, anche in collegamento con il potere di riesame, come modalità per scongiurare gli effetti pregiudizievoli di una decisione illegittima.

Come è stato ricordato⁸⁴, nel diritto romano al decorso del tempo veniva attribuita una finalità sospensiva: serviva ad «allontanare o stemperare le "prove di forza" che possono accompagnare le relazioni tra gli uomini». L'istituto della sospensione, previsto e disciplinato dall'articolo 21-*quater* della legge n. 241 del 1990, assolve proprio allo scopo di evitare che il perdurare dell'efficacia dell'atto illegittimo o inopportuno possa arrecare danno agli interessi su cui esso è destinato a incidere⁸⁵. All'istituto l'amministrazione attinge quando paventi un pregiudizio grave dall'esecuzione di un proprio atto e doverosamente se ne avvale per un periodo di tempo limitato ad appurare quale siano le sorti che detto atto deve seguire.

Le potenzialità applicative della sospensione sarebbero allora da ripensarsi proprio con riguardo a quei provvedimenti assunti all'esito di procedimenti "accelerati" dai percorsi della semplificazione⁸⁶.

D'altronde nella disciplina dei contratti pubblici, per scongiurare i pregiudizi eventualmente scaturenti dall'accertamento giurisdizionale dell'illegittimità dell'aggiudicazione è stato tipizzato l'istituto dello *stand still*, per effetto del qua-

⁸⁴ M. IMMORDINO, *o.cit.*, 58-59.

⁸⁵ Sull'istituto, cfr. S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012; M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento amministrativo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016; G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, *Commento dell'art. 21 quater. L'efficacia e l'esecutività del provvedimento*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2016, 859 ss. e, in generale, F. SAITTA, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, Torino, 2003.

⁸⁶ In questi termini, S. VILLAMENA, *o. ult. cit.*, spec. 283 ss.

le si prevede legislativamente un tempo di sospensione per la stipulazione del contratto⁸⁷.

Sempre con riguardo alla decisione nel tempo e quindi alla stabilità, al di là del profilo del riesame, emerge il legame col principio del legittimo affidamento: basti pensare ai provvedimenti con i quali vengono riconosciuti incentivi economici per un certo periodo di tempo e ritirati per effetto di una nuova decisione perché il risultato è già stato raggiunto. In tali casi la decisione di interrompere il regime incentivante frustra le legittime aspettative correlate alla stabilità del provvedimento nel tempo⁸⁸. Per evitare di “monetizzare” la lesione arrecata al privato potrebbe trovare spazio l’affermazione del diritto alla rinegoziazione delle condizioni preordinate al rilascio dell’incentivo, ma tale riflessione condurrebbe il ragionamento troppo oltre. O ancora, maggiore rilevanza potrebbe riconoscersi al principio di programmazione⁸⁹ che, valorizzato per il perseguimento degli obiettivi di cui al PNRR, assicura la certezza delle scelte e il contenimento dei costi. La calcolabilità del tempo⁹⁰ diviene, pertanto, uno snodo centrale nell’apparato di garanzie poste a sua tutela che guarda tanto alla persona quanto all’amministrazione.

Un’ultima suggestione viene dalle disposizioni settoriali ove è possibile una transazione tra cittadino e pubblica amministrazione sul bene tempo. Il privato può rinunciare al tempo inteso come celerità a fronte di una decisione sta-

87 In generale, si veda, G. SEVERINI, *Tutela cautelare e standstill*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI E R. DE NICTOLIS, vol. V, *Concessioni di lavori e servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2019.

88 Sul punto, con specifico riferimento al regime degli incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, v. M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *Giustiziainsieme*, 2021.

89 Su cui, in generale, R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. e soc.*, 2017.

90 Come notato da M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, in *Federalismi.it*, 18-2022, 151, «Il rilievo del tempo, in questa programmazione per obiettivi, trova la sua chiave costituzionale nel principio di buon andamento: il migliore uso dei mezzi disponibili (efficienza) deve servire al maggior grado di soddisfazione della domanda della società (efficacia). È questa la lettura da dare alla c.d. “logica di risultato”. Non mera questione di organizzazione degli uffici, ma risposta al bisogno di prestazioni essenziali (art. 117, 2° comma, lettera m), Cost.) in una fase socioeconomica in cui assume primaria importanza l’azione propulsiva dei poteri pubblici».

bile nel tempo e, dunque, ad esempio, nella scelta tra s.c.i.a. e permesso di costruire (art. 22, comma 7, DPR n. 380 del 2001), può optare per la presentazione di un'istanza formale per il rilascio di un titolo abilitativo espresso, piuttosto che affidarsi alla soluzione senz'altro più celere, ma probabilmente più aleatoria, che lo strumento di liberalizzazione (semplificazione) pare offrire⁹¹.

Nel quadro su delineato emergono, al netto di tutti i numerosi interrogativi, due considerazioni: la prima è che sul piano della tutela processuale (e parzialmente anche su quello sostanziale) il bene tempo non è ancora adeguatamente tutelato e che dunque la persona è ancora esposta alla variabile tempo senza trovare una tutela piena dello stesso; la seconda è che in questa incessante ricerca di rimedi per far fronte alle esigenze dell'economia si sia dato troppo rilievo al tempo inteso come celerità piuttosto che al tempo declinato in termini di durata e stabilità degli effetti della decisione.

Alla luce di quanto detto, forse, siamo al cospetto di un errato bilanciamento tra i valori – tra decisione giusta e decisione tempestiva – che necessita di un ripensamento, anche senza accedere ad una qualificazione del bene tempo in termini di diritto fondamentale.

91 Sul tema i riferimenti sono copiosissimi. Per il rilievo svolto in questo passaggio specifico, che stigmatizza la paradossale preferibilità di “fuggire” le misure di semplificazione/liberalizzazione, oltre agli Autori già citati, si rinvia a F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.- s.c.i.a.*, in *Dir.proc. amm.*, 4-2015, 1223 ss.; se si vuole, a S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. Giur. edil.*, 1-2/2016, 141 ss. e a M. CALABRÒ, *Silenzio assenso*, cit., spec. 62-63, che rileva, in particolare, che «al cittadino, in definitiva, deve essere riconosciuta la possibilità di far prevalere il valore della certezza, intesa come prevedibilità della stabilità del bene della vita conseguito, su quello della semplificazione. Quanto prospettato, si badi, comporterebbe solo apparentemente un “passo indietro” rispetto alle politiche di liberalizzazione e semplificazione che ormai da tempo caratterizzano l'evoluzione ordinamentale del nostro Paese. Rendere facoltativo il regime del silenzio assenso, infatti, da un lato, non violerebbe in alcun modo i principi e le regole europee che sovrintendono la tutela della libertà dell'iniziativa economica e della concorrenza, nella misura in cui andrebbe ad operare su fattispecie non liberalizzate, bensì comunque ancora assoggettate ad un regime autorizzatorio; dall'altro lato, si porrebbe nella scia della corretta attuazione di politiche di semplificazione “misurate” non in ragione della mera riduzione degli oneri burocratici o dei tempi procedurali, bensì nell'ottica del risultato che esse sono in grado di garantire in termini di efficienza dell'azione amministrativa e tutela degli interessi del privato».

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza,
economia e scienze umane dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

LA TUTELA PROCESSUALE AMMINISTRATIVA COME DIRITTO FONDAMENTALE

ADMINISTRATIVE PROCEDURAL PROTECTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT

SINTESI

Nel saggio, senza troppo dilungarsi su aspetti ormai acquisiti circa gli importanti traguardi della dottrina e della giurisprudenza nella teorica del diritto di azione come diritto fondamentale, si analizzano alcuni elementi di persistente criticità, fuori dalla retorica corrente. In particolare, ci si sofferma sulla tesi della meritevolezza della tutela richiesta, su talune nuove declinazione dell'effettività, sul tema della legittimazione. Si traggono quindi una serie di conclusioni, anche alla luce della vicenda *Randstad*.

ABSTRACT

In the essay, without going into too much detail on aspects now acquired about the important goals of doctrine and jurisprudence in the theory of the right of action as a fundamental right, we analyze some elements of persistent criticality, out of the current rhetoric. In particular, we focus on the thesis of the worthiness of the protection required, on some new declination of effectiveness, on the issue of standing. A number of conclusions are therefore drawn, also in the light of the Randstad affair.

PAROLE CHIAVE: Diritto di azione – diritto fondamentale – meritevolezza della tutela – effettività – legittimazione a ricorrere

KEYWORDS: Right of action - fundamental right - worthiness of the protection – effectiveness - standing

INDICE: 1. Premessa: la tutela come diritto fondamentale e i suoi fronti di attacco. – 2. La tesi della meritevolezza della tutela. – 3. Le nuove declinazioni dell'effettività della tutela. – 4. Il tema della legittimazione. – 5. Conclusioni, alla luce della vicenda *Randstad*

1. Premessa: la tutela come diritto fondamentale e i suoi fronti di attacco

Il tema che mi è stato assegnato dà le vertigini, e mi guarderò bene dall'affrontarlo con l'altezza di speculazione teorica che meriterebbe.

Questo non vuol dire che mi sottrarrò all'impegno: proverò piuttosto a schivarlo, con qualche provocazione che spero susciti un dibattito.

Partirei da quello che mi pare un patrimonio inalienabile.

È ben noto come negli anni '50 del secolo scorso, con le sistemazioni concettuali di Liebman¹ e di Micheli², inizi il processo di svalutazione del ruolo che la teoria dell'azione svolge nello studio della giustizia civile.

È stato autorevolmente dimostrato come le precedenti impostazioni, da Chiovenda ad Orestano, passando per Pekelis e Calamandrei, si fondassero sul mentalismo idealistico che finiva per ridurre ogni posizione soggettiva al concetto di azione (di diritto pubblico), a sua volta sublimata nello Stato³.

Fu principalmente Salvatore Satta a porsi in – quasi solitaria e dileggiata – controtendenza, configurando l'azione concettualmente assieme all'esercizio del diritto soggettivo (quest'ultimo momento essenziale e primario, la prima momento accidentale e secondario), e presentando lo Stato, piuttosto che come protagonista del processo, come “terzo” rispetto al rapporto processuale⁴.

La tesi dell'autonomia dell'azione rispetto al diritto sostanziale, che a sua volta si è espressa nell'evolversi della moderna categoria del procedimento, è stata accantonata, sotto due profili essenziali: a) nel senso di chiarire che entrambe le tradizionali nozioni dell'azione (astratta e concreta) hanno diritto di cittadinanza nell'ordinamento; b) nel senso di fare dell'azione il centro di imputazione di una somma di poteri processuali, nei quali si specifica la domanda di tutela delle parti⁵.

¹ E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950.

² G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1959, II.

³ G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1977, 151 ss.

⁴ S. SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc. cin.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 824.

⁵ V. DENTI, *Azione. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989, 4.

Così l'azione viene costruita come potere in senso proprio, ossia come situazione soggettiva che si realizza attraverso il compimento di atti “normativi”, in quanto idonei a costruire la fattispecie di effetti giuridici ulteriori⁶. La disputa sembra ormai da tempo essersi placata, con la visione dell'azione come diritto “processuale” non ad aver ragione (o torto!), ma al giudizio sul merito della proposta domanda di tutela.

Ancora più di recente, poi, la teoria dell'azione ha assunto un “tono” costituzionale, evocato dal titolo del mio intervento.

Come è ben noto, la Costituzione del 1948 non innova in un primo momento sulla teoria dell'azione: né nel processo civile, i cui studiosi erano avvezzi a mantenere un orientamento dogmatico e concettualistico volto a privilegiare l'esigenza della costruzione sistematica degli istituti rispetto all'indagine sulla loro effettività⁷, né in quello amministrativo.

Su questa scia maturerà l'idea secondo cui l'azionabilità dei diritti e degli interessi legittimi, sotto il profilo costituzionale, non è riconducibile né all'azione in senso astratto, né all'azione in senso concreto, ma va considerata come la proiezione, sul piano della giurisdizione, delle forme di tutela (reale, obbligatoria, risarcitoria, inibitoria, ecc.) che l'ordinamento prevede per le singole situazioni soggettive⁸. L'opera di concretizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale, per essere praticamente efficace, deve passare anche per il sistema dei rimedi: rimedi costruiti in funzione dei diversi tipi di situazioni soggettive e dei bisogni di tutela che essi, concretamente, evocano di fronte alle diverse forme di lesione minacciata o subita. Tale impostazione si sposa con l'idea che dalle disposizioni costituzionali si ricava sulla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo: questa, se è diversa dalla tutela del diritto soggettivo, non è né deve es-

6 F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 211 ss.

7 N. TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 425 ss.

8 V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 816.

sere minore o meno efficace di quest'ultima, idea presente ormai nella migliore dottrina⁹ e nella giurisprudenza¹⁰ più autorevole.

Più di recente, l'importante opera di Luca Perfetti del 2004¹¹ ha ricostruito, in parallelo, l'evoluzione dell'interesse a ricorrere nel processo civile e nel processo amministrativo. In essa si mostra come, mentre il processo civile si è evoluto in una direzione che va dall'emersione dell'interesse processuale – nel momento del distacco dell'azione dalla posizione sostanziale – al suo riassorbimento nella posizione processuale (passando, quindi, dalla coincidenza con l'interesse sostanziale all'assorbimento nel diritto processuale d'azione), nel processo amministrativo si sia sempre dato autonomo rilievo processuale all'interesse a ricorrere, sulla base della costruzione chiovendiana, pur essendovi mossi lungo una parabola opposta, nella quale il diritto sostanziale s'è reso autonomo da quello processuale a ricorrere. Al contrario, secondo la tesi in esame, la Costituzione è chiarissima nell'individuazione dei diritti o interessi legittimi che la parte può agire in giudizio in quanto essi stessi si siano resi incerti o sofferenti nella vicenda sostanziale: si agisce in giudizio solo e soltanto per la tutela dei «propri» diritti o interessi. Una simile configurazione dell'interesse processuale e della legittimazione ad agire sembra assorbire interamente nel concetto di diritto di azione queste due comunemente ritenute condizioni dell'azione.

Tale ricostruzione, pianamente condivisibile nella parte in cui mostra proprio come nella dottrina civilprocessualistica degli anni '50 l'interesse ad agire venga riassorbito nel diritto (strumentale) all'azione, superandosi le precedenti impostazioni di stampo teleologico, ha individuato un riconoscimento costituzionale nel combinato disposto, più che dell'art. 100 c.p.c. e dell'art. 111 Cost. o dell'art. 6 Cedu, degli artt. 24 e 3 Cost., ovvero 24, 1 e 2 Cost., là dove si è sancita la piena funzionalizzazione dell'azione non già ad esigenze «macro-

9 F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017.

10 Corte cost. n. 94/2017.

11 L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

giudiziarie», ma alla tutela delle posizioni soggettive del diritto sostanziale, inserendo peraltro il diritto in questione nel catalogo dei diritti inviolabili esercizio della sovranità. Come ha scritto Giorgio Berti, per valutare la portata della costituzionalizzazione dell'interesse legittimo devono considerarsi pure gli artt. 2 e 3 Cost., nonché quelli sulle libertà, poiché l'interesse legittimo esprime proprio «la libertà del privato o quel che resta di essa a contatto con il potere».

Chioserei in questo modo: oltre alla legge, quale ulteriore espressione di preminenza della sovranità popolare, ex art. 1, comma 2, Cost., può e deve farsi rientrare pure l'azione di cui all'art. 24 Cost., *species* del più ampio *genus* di azione ordinante riconosciuta al popolo mediante l'intestazione ai cittadini di diritti costituzionali, quali espressioni di plessi qualificati di *agere licere*¹².

Vorrei provare a dimostrare che questa affascinante tesi, alla quale ho ritenuto di aderire in passato criticando la tesi della “meritevolezza della tutela richiesta”¹³, continua ad essere sotto attacco a causa di profonde dinamiche di sistema, le quali debbono farci interrogare non già sulla sua attualità, ché specie di questi tempi non deve né può certo essere esclusa (pur a fronte della necessità di ridimensionare la “retorica dei diritti fondamentali”)¹⁴, quanto sulla sua fecondità nel farci cogliere le dinamiche di cui sopra, che spingono verso tendenze affatto contrarie, da un lato per “eccesso di costituzionalizzazione”, dall'altro di intensa sostanzializzazione e procedimentalizzazione della pretesa processuale, oltre che di obiettivizzazione del processo amministrativo.

Le insidie rispetto ai frutti maturi della Costituzione *magis ut valeat* sul terreno della teoria dell'azione a me pare si collochino diversi piani problematici.

Il primo, più radicale, passa il superamento, o comunque un netto ridimensionamento, della tradizionale logica dualistica e della specialità del g.a.

12 M. ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 813 ss.

13 G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

14 R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

Mi riferisco, evidentemente, all'impostazione di Andrea Orsi Battaglini¹⁵, secondo il quale: «la tutela (art. 24 Cost.) connota la giurisdizione, che è quella affidata alla magistratura e che si svolge attraverso il processo; ma il processo (giusto) è a sua volta connotato dalla parità tra le parti e dall'imparzialità del giudice, il che significa di nuovo centralità delle situazioni soggettive. Questo ritorno circolare all'art. 24, dunque, conferma l'idea che esso costituisca il referente essenziale del sistema». In tale ricostruzione, profili strutturali (parità delle parti, contraddittorio, terzietà e imparzialità) sono collegati a profili funzionali di tutela, estendendosi il concetto di imparzialità dal (solo) riferimento al giudice alla struttura del rapporto giuridico controverso. Tale concezione, armonica e rigorosa, contiene dei passaggi argomentativi, che peraltro costituiscono lo snodo essenziale dell'intero ragionamento, piuttosto controvertibili nelle premesse teoriche, e in ogni caso del tutto minoritari nella giurisprudenza pratica. Si pensi alla critica dell'interesse legittimo, discutibile nella misura in cui almeno da Giovanni Miele in poi l'interesse legittimo non è più uno strumento di tutela indiretta dell'interesse pubblico nonché alla riproposizione della teoria del *petitum*, onde ridurre la portata derogatoria dell'art. 103 Cost., impostazione suggestiva ma non in linea col dettato costituzionale.

In questa sede, tuttavia, non riprenderò *funditus* le criticità delle tesi più radicali della Scuola fiorentina, anche perché rischierei di riprendere un dibattito che ormai soffre un'impasse dovuta alla radicalità della contrapposizione, e invece mi occuperò dei seguenti tre momenti di "sofferenza" della tesi del diritto d'azione dinanzi al g.a. come diritto fondamentale.

Mi interessa maggiormente considerare come, pur fuori dal perimetro della logica geometrica fiorentina, l'applicazione (più o meno implicita) della tecnica del bilanciamento¹⁶ sia ormai intrinseca alla logica del diritto fonamen-

15 A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005.

16 Per una recente applicazione in cui prevale il diritto d'azione v. Corte cost., n. 148/2021, in tema di vizi della notificazione: l'art. 44, co. 4, c.p.a. combina la limitazione alla rinnovazione della notifica, subordinata alla ricorrenza di un errore scusabile, e la decadenza dall'impugna-

tale, come sappiamo sin dalla sentenza sull'Ilva di Taranto del 2013 della Consulta, e come ha confermato la giurisprudenza amministrativa del tempo pandemico. Tutto ciò, peraltro, sull'onda lunga della categoria, di sempre maggiore dignità teorica, dell'*interesse legittimo fondamentale*¹⁷. Per non parlare di quelle radicali ricostruzioni, secondo cui 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 fattuale¹⁸.

A mio avviso, così ridisegnato il *link* tra sovranità popolare e diritto costituzionale di difesa, ed entrati questi nel perimetro del bilanciamento, si rischiano inediti smottamenti categoriali verso il processo "politico", in cui si hanno improprie commissioni fra procedimento e processo amministrativo, che snaturano la logica liberale del *judicium* soggettivo e di parti¹⁹.

Testerò questa asserzione considerando tre profili di criticità:

2) Il tema della meritevolezza della tutela e della proporzionalità nel processo;

zione degli atti amministrativi allo spirare del termine perentorio all'uopo previsto, così realizzando una evidente sproporzione tra il mezzo e il fine. «Se, infatti, nel processo amministrativo la sottoposizione del diritto di azione a detto termine assolve all'essenziale funzione di garanzia della stabilità degli effetti giuridici, in conformità con l'interesse pubblico di pervenire in tempi brevi alla definitiva certezza del rapporto giuridico amministrativo (sentenza n. 94 del 2017), tale indefettibile esigenza risulta travalicata dalla norma censurata nella parte in cui essa fa discendere da un vizio esterno all'atto di esercizio dell'azione stessa la definitiva impossibilità di far valere nel giudizio la situazione sostanziale sottostante». Al contrario, per una recente applicazione in cui nel bilanciamento degli interessi in gioco prevale il principio di autonomia dell'ordinamento sportivo, v. Corte cost., n. 160/2019, che ha considerato non illegittima la norma che preclude la possibilità di agire davanti al giudice amministrativo per l'annullamento degli atti con cui vengono comminate le sanzioni disciplinari, ammettendo invece il risarcimento per equivalente.

17 N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 12/2020; M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 gennaio 2020; F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in www.questionegiustizia.it, n. 1/2021, 19 ss.

18 M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. «Per una piena realizzazione dello Stato di diritto»*, Rimini, 2017.

19 A. PANZAROLA, *Considerazioni sul c.d. processo politico*, in www.judicium.it, n. 3/2021.

ii) il nuovo modo di intendere i principi di effettività/proporzionalità da parte del g.a., attestato da tecniche decisorie quali la modulazione degli effetti della sentenza e il *prospective overruling*;

iii) il tema della legittimazione e dell'interesse a ricorrere.

In questi tre casi, peraltro, i corretti rapporti giudice/legge (art. 101 e 111 cost.) mi paiono insidiati da un abuso al richiamo all'applicazione diretta dei principi e da un nuovo "uso alternativo del diritto" in stile neoliberale del giudice amministrativo.

Concluderò il discorso impiegando una prospettiva post-strutturalista e di positivismo moderato, forse oggi non più tanto di moda, proponendo la maggiore utilità metodologica di cambiare lo sguardo e guardare al tema in modo più realistico sotto il profilo del dialogo fra le Corti, che in realtà è divenuto "scontro" proprio su un tema che direttamente ci riguarda, ossia quel "diniego di tutela" evocato dalla Cassazione nel caso *Randstad*, che ha fatto infiammare il dibattito come da tempo non si vedeva.

2. La tesi della meritevolezza della tutela

Un primo ostacolo sul quale la tesi costituzionalmente "forte" della ricostruzione del diritto d'azione nei confronti del pubblico potere oggi si scontra è, nell'ottica del bilanciamento, quello della tesi della meritevolezza della tutela elaborata, fra gli altri, da una studiosa del processo civile, Maria Francesca Ghirga²⁰.

Queste vicende rispecchiano perfettamente il fenomeno contemporaneo della "crisi della fattispecie", descritto da Irti in pagine di limpida chiarezza²¹, 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.

20 M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004.

21 N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.

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.

È a tutti noto come si tocchi qui la secolare questione dell'abuso del diritto e del processo.

Senonché, seguendo la linea metodologica della meritevolezza della tutela, l'abuso diviene 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.

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 proprio 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 proporzionalità²², 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 conserva con l'impianto utilitaristico e la dimensione “quantitativa” dell'interesse generale finiva per fagocitare quella “qualitativa” della tutela giudiziaria individuale²³.

Il neo-costituzionalismo “irenico” di pur autorevole dottrina²⁴, 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

22 R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss.

23 A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022.

24 P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

riduzione delle garanzie, sicché appare ancora attuale – pur nelle nuove coordinate dello Stato costituzionale di diritto – una difesa del suddetto principio.

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.

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 processo²⁵. 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.

Prima di tutto, tornando al tema della teoria dell'azione, si è evidenziato che la ricostruzione in esame, oltre a fare un uso disinvolto ed inaccettabile

25 A. SCHÖNKE, *Das Zivilprozeßrecht des Krieges Insbesondere Vereinfachungsnovelle, Schutznovelle, Zahlungsfristnovelle*, Berlin, 1940. Sul punto, v. M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, e più di recente P.G. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

dell'interpretazione costituzionalmente orientata, radicalizzi ed esasperi la strumentalità del processo rispetto al diritto privato sostanziale, segnando così un'involuzione nello studio dell'azione e dei suoi rapporti con il processo²⁶.

Poi, si è ancora evidenziata la difficile intercambiabilità fra buona fede ed abuso del diritto, spesso fonte di fraintendimenti.

Infine, 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"²⁷.

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 principio di proporzionalità, alla diversa (e temibile) prospettiva "orizzontale" del bilanciamento, fra un diritto fondamentale (diritto d'azione) e un interesse pub-

26 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.

27 A. GARAPON, *La raison du moindre Etat. Le néolibérisme et la justice*, Paris, 2010, trad. it., *Lo Stato minimo. Il neoliberismo e la giustizia*, a cura di R. Sabato, Milano, 2012.

blico (giusto processo nella sua declinazione in termini “economico/efficientistici”)²⁸.

Come ha osservato Michele Taruffo²⁹, 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.

Sicché la configurazione dell'agire in giudizio come aspettativa della decisione di merito, già incrinata da sempre più ricorrenti disposizioni volte a comprimere decadenze, preclusioni e via dicendo che conducono al provvedimento di inammissibilità, viene ulteriormente perturbata ove a intervenire è la creatività giurisprudenziale, allorché si vedono disapplicare disposizioni che non paiono reggere a fronte di una interpretazione “costituzionalmente orientata” tale da consentire una diretta “amputazione” senza bisogno di far ricorso al più complesso iter disegnato dall'ordinamento³⁰.

Per fare solo un esempio recente, e rinviando ad altri lavori l'indicazione di più nutrita casistica³¹, si consideri una pronuncia in cui è ritenuto di riservare a una stazione appaltante il giudizio sulla sussistenza di un illecito professionale ex art. 80, co. 5, lett. c, d.lgs. n. 50/2016 per il pregresso “accanimento giudiziario” dell'impresa contro la stazione appaltante, e per condotte anticoncorrenziali che l'impresa avrebbe perpetrato in occasione dell'avvio della procedura per l'affidamento del servizio, oggetto di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM per abuso di posizione dominante (contestato giudizialmente dall'impresa con un contenzioso non definito all'epoca dell'emissione del prov-

28 G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 247 ss.

29 M. TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contratto e impresa*, n. 4-5/2015, 845.

30 V. COLESANTI, *Brevi «mémoires» (d'outre-tombe) di un processualista deluso*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 646.

31 G. TROPEA, *Buona fede e processo amministrativo*, in *Persona e Amministrazione*, 2022, 151 ss.

vedimento). Allo strisciante argomento moralizzante della “meritevolezza” della pretesa con riguardo ai pregressi contenziosi, contrastante col diritto alla tutela giurisdizionale, si aggiunge qui un sindacato debole nei confronti di quella che certamente non è discrezionalità amministrativa e forse neppure tecnica, ma secondo taluni “giudiziale”, con cui l’amministrazione svolge attività valutative simili a quelle dell’autorità giurisdizionale anticipando attività di ricostruzione del quadro probatorio e di qualificazione di fatti (in termini di liceità o illiceità) che dovranno ancora essere accertati in sede giurisdizionale³².

3. Le nuove declinazioni dell’effettività della tutela

Un secondo fronte di attacco ha a che fare con una rinnovata declinazione del principio di *effettività* della tutela, che travia la declinazione fortemente soggettivistica insista nella lettura costituzionalmente orientata in senso forte della teoria dell’azione.

La questione non è nuova.

Nella casistica di inizio del secolo scorso³³, seppure l’idea comune fosse la sparizione radicale ed *erga omnes* dell’atto come conseguenza dell’annullamento, l’obiettivo primario del ripristino della legalità ha legittimato un approccio flessibile e pragmatico da parte della giurisprudenza (es. teoria del funzionario di fatto, mancata esecuzione del giudicato di annullamento per motivi di opportunità/equitativi, principio *factum infectum fieri nequit*), che invece è venuto meno con la progressiva affermazione del giudizio amministrativo come strumento di tutela costituzionalizzata della posizione giuridica lesa (si pensi alla teoria della caducazione automatica degli atti consequenziali, poi progressivamente limitata a tutela dei terzi).

32 D. CAPOTORTO, *L’espulsione dal mercato per eccesso di livore: le derive giusnaturalistiche della nozione di moralità professionale e l’effettività del sindacato giurisdizionale nella recente giurisprudenza amministrativa*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 378 ss.

33 Sul tema, v. da ultimo M. CONDORELLI, *La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento*, Napoli, 2022.

Più di recente è entrato in gioco il tema dell'atipicità delle azioni, a sua volta strettamente collegato a quello della atipicità dei poteri del giudice amministrativo.

Che quello di *azione* sia un concetto di per sé atipico costituisce un dato ormai pacifico per la dottrina processualistica: ancora pochi anni fa, Andrea Proto Pisani – richiamando il pensiero di maestri come Giuseppe Chiovenda e Virgilio Andrioli – evidenziava come questo sia un precipitato inevitabile dell'idea, affermata negli ordinamenti moderni a partire dell'Ottocento, dell'autonomia del diritto di azione rispetto al diritto sostanziale, e quindi della *strumentalità del processo* rispetto all'affermazione e alla realizzazione delle situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela.

Non stupisce, quindi, la stretta connessione fra norme sull'azione e art. 34 c.p.a., ma piuttosto un certo modo di leggere tale legame, fondato su una singolare interpretazione del principio di effettività della tutela.

Sono gli stessi più autorevoli rappresentanti della magistratura³⁴, che, partecipando al dibattito dottrinale, e anzi ormai spesso trainandolo, come in una sorta di autocoscienza mostrano di voler considerare tali aspetti come due facce della stessa medaglia.

All'indomani della codificazione il dibattito si è concentrato sul tema della tipizzazione delle azioni, con accenti critici³⁵ o al contrario favorevoli ad essa³⁶, ma si è anche giustamente intuito come tale dibattito fosse da superare

34 F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. it.*, 2012, 2181-2182. Contra, nella stessa magistratura amministrativa, G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 24 settembre 2010, secondo il quale: «Ciò che distacca il nuovo processo dal precedente è l'assunzione della effettività delle decisioni come criterio di utilità delle stesse: l'effettività diventa paradigma di una giustizia amministrativa, che deve assecondare la tendenza del cittadino di espandere liberamente la propria attività. Caratteristica di tale profonda trasformazione della concezione della giustizia amministrativa è la "assolutezza" del potere del giudice amministrativo: essa non compone gli interessi delle parti (amministrazione e singolo), ma genera in sé e da sé l'utilità che viene reclamata, e, una volta che questa viene generata, la rende esigibile».

35 M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11 novembre 2010.

36 A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano 2011, 75 ss.

grazie al ricorso ai principi, su tutti quello di effettività della tutela, che avrebbe gioco forza reso ancora il giudice amministrativo protagonista, in continuità col passato, nella individuazione – anche *praeter legem* – di nuovi spazi di tutela³⁷. Basti pensare alla giurisprudenza sull'azione di adempimento prima del secondo decreto correttivo del 2012³⁸ o, dopo la sua introduzione, a quella giurisprudenza che ha superato anche la propedeuticità dell'azione di annullamento di cui all'art. 34, lett. c, ammettendo l'esistenza di un'azione di accertamento atipico ai sensi degli artt. 24, 103, 111, 113 Cost.³⁹

Un vero e proprio moto perpetuo tra dottrina e giurisprudenza e una sorta di progressione di Fibonacci interna a quest'ultima. Ma questo mi pare emerga ad uno sguardo solo superficiale. Penetrando nel discorso giurisprudenziale emergono tante ombre.

Restando al tema dell'azione di adempimento, e guardando al limite sostanziale della discrezionalità, la tendenza che si sta affermando nella giurisprudenza recente ad opporre alla pretesa dell'interessato la sussistenza in concreto di poteri discrezionali fondati su esigenze organizzative o comunque su valori di ordine generalissimo, che travalicano la disciplina del singolo potere da esercitare: si pensi all'efficienza del servizio nel suo complesso o alla corretta modulazione della spesa pubblica. Detto altrimenti, quantunque tacciato spesso di “miopia”, il sindacato focalizzato comportava che il giudice si dovesse muovere entro un campo di indagine ben definito, nel quale non avevano ingresso le esigenze di ordine generale dell'amministrazione; invece, dal momento che l'indagine non è più focalizzata sul singolo atto e si sposta verso l'attività amministrativa complessiva, si schiude un “universo” normativo molto più complesso, nel quale tendono inevitabilmente ad assumere rilievo esigenze di ordine generale

37 L. TORCHIA, *I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1117 ss.

38 Tar Lombardia, n. 1428/2011; Cons. Stato, Ad. plen., n. 3/2011; Cons. Stato, Ad. Plen. n. 15/2011. Sulla rilevanza di tali pronunce nel senso dell'atipicità della tutela, v. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in www.giustamm.it, 2018.

39 Cons. St., sez. V, n. 6002/2012.

dell'amministrazione (non a caso la giurisprudenza fa spesso riferimento a “valori” costituzionali), che implicano sempre un ambito discrezionale di scelta. Il rischio evidente in tale contesto è che l'ammissibilità dell'azione di adempimento possa essere esclusa con il semplice richiamo ad esigenze o a valori (efficienza del servizio, equilibrio finanziario ecc.) suscettibili di rilevare in tutte o quasi le fattispecie di amministrazione pubblica⁴⁰.

Nello stesso tempo l'effettività è stata spesso vista, accanto alla sussidiarietà, come principio che imporrebbe: «di evitare all'amministrazione o ai controinteressati sacrifici non utili e non necessari al fine di garantire una piena tutela dall'interesse del ricorrente»⁴¹. Anche in questo senso dalla “dottrina giurisprudenziale” ci vengono preziose indicazioni sulle “voci di dentro” della giurisprudenza amministrativa.

C'è chi ha osservato, non a caso nell'ambito di una critica relativa ai risvolti di giustizia obiettiva insiti nella tecnica degli annullamenti c.d. “a geometria variabile”: «A sua volta, l'effettività della tutela giurisdizionale, pure ampiamente richiamata quale “funzione primaria ed essenziale del giudizio” anche in forza del “processo di osmosi” esistente tra i principi applicabili dal giudice dell'Unione e quelli desumibili dagli ordinamenti degli Stati membri, ha finito per essere ancora predicata in chiave ambigualmente sistematica ed ordinamentale, ossia per “evitare all'amministrazione o ai controinteressati sacrifici non utili e non necessari”, anziché quale garanzia fondamentale della atipicità e strumentalità delle forme di protezione di interessi individuali concesse al cittadino “come contropartita del divieto di farsi ragione da sé”»⁴².

Si tratta di un rilievo condivisibile, ma fino a un certo punto. Sicuramente lo è nella misura in cui svela gli aspetti di giustizia obiettiva insiti in tale visione; non lo è più, a mio avviso, quando evoca l'atipicità come risvolto di una tutela

40 P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.

41 F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, cit., spec. 2182

42 G.D. COMPORTI, *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, nota a Cons. St., Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, in *Giur. it.*, 2015, 1694-1695.

subiettiva e di parti. Al contrario, a mio avviso proprio l'effettività e atipicità della tutela sin dall'origine si prestavano a tale sviluppo interpretativo. Come è stato ben osservato, bisogna evitare mitizzazioni del principio di effettività che portano a confondere il piano giuridico delle situazioni soggettive col «piano meta-giuridico degli interessi in gioco»⁴³.

Appare paradossale che il fenomeno modulatorio si sia originariamente affermato come corollario del principio di atipicità delle azioni, a sua volta inteso come derivato del principio di effettività della tutela, tesi a loro volta sostenute in una prospettiva di civilizzazione del processo amministrativo. In questo senso, si potrebbe dire che l'invocata civilizzazione del processo, come fase evolutiva della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale sulla tutela giudiziaria, non sia del tutto attecchita nella giurisprudenza amministrativa, che ha riveduto e corretto, aggiornandola, la fase della concezione del processo amministrativo tutore dell'interesse pubblico anziché degli interessi sostanziali delle parti e di un giudice amministrativo profondamente e ideologicamente immerso nell'amministrazione.

Tralasciamo il richiamo più o meno appropriato al principio di sussidiarietà, e concentriamoci sull'accostamento tra effettività, atipicità delle azioni e atipicità dei poteri del giudice. Più preciso piuttosto sembra il riferimento alla proporzionalità, se non addirittura all'equità. Si pensi sul punto all'emblematica ordinanza di rimessione della sez. V, n. 284 del 2015, relevantissima per capire un certo orientamento culturale, seppur bocciata dalla sorvegliata Cons. St., Ad. plen. n. 4/2015.

Qui si parla di: «principio di proporzionalità, da intendere nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale»; di «ragioni di equità e giustizia [che]

43 A. TRAVI, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, a cura di L. Benvenuti, M. Clarich, Pisa, 2010, 51 ss., spec. 52.

inducono a ritenere che – sulla base di una complessiva valutazione del caso di specie – il giudice amministrativo possa in linea di principio modulare la tutela spettante a chi abbia fondatamente impugnato gli atti di un procedimento concorsuale (ad es., perché è risultato illegittimamente escluso, ovvero perché sussistono altri vizi, che non siano imputabili ai vincitori del concorso), decidendo di non annullare la graduatoria finale e di disporre la condanna al risarcimento del danno»; di «il giudice amministrativo – quando si tratti di questioni che riguardino persone fisiche e le loro attività lavorative – [che] non può che farsi carico delle conseguenze delle proprie pronunce, verificando se esse risultino, appunto, conformi ai principi di proporzionalità, di equità e di giustizia».

Nella vicenda il richiamo alla proporzionalità e all'equità risulta funzionale a evitare un grave danno in capo ai controinteressati vincitori di un concorso espletato molti anni prima della sentenza di annullamento del giudice d'appello; dunque, è evidente la sussistenza del convitato di pietra della ragionevole durata del processo e della sua efficienza.

Sviluppo ulteriore di tale tendenza è la sopra menzionata idea di una proporzionalità tutta interna al giudizio: la proporzionalità *nel* processo che comporta un bilanciamento tra pretese individuali e pubblici interessi, relativi al processo, come frammento della più ampia macchina giudiziaria, coi suoi (sempre più elevati, ed ai limiti del collasso) costi. Prospettiva, questa, discutibile anche nel contesto di uno Stato costituzionale di diritto⁴⁴.

Anche la “dottrina accademica” talora è stata affascinata da queste connessioni.

In un interessante saggio di metagiurisprudenza su tali tematiche, esaminandosi la giurisprudenza sulla possibilità del giudice di non procedere all'annullamento del provvedimento impugnato e di disporre unicamente il risarcimento del danno, sulla modulabilità degli effetti costitutivi della pronuncia e sul sindacato sulla discrezionalità tecnica, si è corroborata l'idea di effettività

44 M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 2014, 1 ss.

sopra esposta, fondandola sulla crisi del principio di legalità e sul progressivo ampliamento della normazione per principi, elementi che determinerebbero appunto la prevalenza di una declinazione equitativa del principio di effettività sul principio di legalità⁴⁵.

A volte l'intreccio delle questioni è così stretto e confuso, che c'è chi critica gli spunti volti a ridimensionare l'efficacia costitutiva retroattiva della sentenza di annullamento, salvo poi però elogiare la creatività principialista del giudice pretore⁴⁶.

Ritengo sia invece da condividere l'idea secondo cui l'iperestensione del principio di effettività della tutela aumenti il rischio dello sconfinamento del potere giurisdizionale nell'area propria di quello amministrativo, e la tendenza de-tipicizzante del sistema delle tutele non potrebbe incunearsi nell'ambito dell'antica azione di annullamento, rispetto alla quale alla legge è riservata dall'art. 113, comma 3, Cost. la sua disciplina. Diversamente «la discutibile manipolazione della pronuncia (tipica) di annullamento viene posta in essere a seguito di una chiara ponderazione tra gli interessi presenti nel giudizio, il che pare comportare il superamento del confine tra giudicare e amministrare»⁴⁷.

Emblematica di tali derive è la giurisprudenza relativa alla modulazione degli effetti della sentenza e al *prospective overruling*. A mio avviso si tratta di temi che vanno considerati assieme, sia perché effettivamente provengono dalla stessa *koinè* teorica, sia perché spesso assieme vengono richiamati come argomento retorico-rafforzativo compresente nelle motivazioni delle sentenze, sve-

45 A. ZITO, *La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza*, in *Nuove autonomie*, 2017, 567 ss.

46 M. MAZZAMUTO, *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in *Annuario Aipda* 2104, Napoli, 2015, 295 ss.; ID., *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, in www.dirittoequestionipubbliche.org, n. 2/2022, 171, parlando del diritto amministrativo come una sorta di *tertium genus* tra *civil law* e *common law*. Questo a. anche di recente ha richiamato l'*aequitas* del pretore romano per descrivere il ruolo della giurisprudenza amministrativa francese e – a seguire – italiana: cfr. M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica*, in *Il confronto nel metodo giuridico*, a cura di F. Aperio Bello, A. Carbone, E. Zampetti, Napoli, 2023, 21 ss.

47 A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del g.a. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 81.

lando talora una certa confusione sul piano dei concetti. Ad. plen. n. 13/2017, ad esempio, effettua un richiamo espresso alla giurisprudenza europea e amministrativa sulla modulazione degli effetti nel tempo della sentenza e allo stesso tempo menziona il *prospective overruling*.

Ritengo sia arduo distinguere nettamente i fenomeni, come invece anche di recente si è fatto, criticando la tesi della modulazione degli effetti, ove non declinata nei margini del principio della domanda, e invece approvando il *prospective overruling* nel quadro di una funzione salvifica e katecontica della nomofilachia⁴⁸.

A me sembra invece che, come dimostrano recenti casi come quello delle concessioni marittime nelle Plenarie nn. 17 e 18 del 2021, non sia semplice distinguere al fondo i due strumenti nella misura in cui essi vengono plasmati da una giurisprudenza amministrativa sempre più orientata al bilanciamento degli interessi delle parti in contesa. Bilanciamento che, quando tali tecniche vengono impiegate, è spesso piegato a vantaggio dell'interesse della parte pubblica. Una situazione nella quale il giudice, invece di effettuare – come istituzionalmente dovrebbe – un rinvio alla Consulta o al giudice europeo considerando le conseguenze dell'applicazione della normativa così devastanti sul piano delle ripercussioni socio-economiche da dover essere ripudiate, ribalta questa fisiologica prospettiva: «prima sceglie, in base a valutazioni sfuggenti e solipsistiche, l'interesse da tutelare e solo poi la disciplina da applicare»⁴⁹.

In tal modo, convertendo da tipico ad atipico il suo modo di operare, il giudice amministrativo compie una comparazione di interessi gianniniana nel processo. In esso l'interesse dell'amministrazione non dovrebbe avere una rilevanza autonoma, mentre impiegando tali tecniche di tutela il giudice compie una valutazione basata sulle conseguenze, andando al di là della classica integrazione – alla Capaccioli – tra procedimento e processo, con un vulnus piuttosto

48 F. SAITTA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 473.

49 C. DELLE DONNE, *Giudici e norme di diritto nel cono d'ombra del prospective overruling (a margine di un libro recente...e di una "celebre dottrina")*, in www.judicium.it, 17 aprile 2023, 17.

all'art. 101 Cost. È stato correttamente osservato, sul punto, che il collegamento fra art. 111 e art. 24 Cost. consente di riconoscere che la funzione giurisdizionale è indirizzata alla protezione di situazioni giuridiche soggettive, e non di interessi di altro ordine, e le situazioni giuridiche soggettive hanno la loro misura nelle norme giuridiche e non negli interessi genericamente intesi⁵⁰.

In entrambi i casi, quindi, il giudice effettua indebitamente (richiamando l'effettività della tutela, che rassomiglia più all'equità che all'originario concetto chiovendiano) un'opera di bilanciamento di interessi, cosa che può fare nel nostro ordinamento solo la Corte costituzionale o la Corte di Giustizia dell'UE, in quanto solo l'intermediazione del legislatore può autorizzare l'uso di tali poteri modulatori.

Il richiamo ad altri ordinamenti non deve confondere: in quello francese, ad esempio, il *Conseil d'État* gode di ampia legittimazione politica, che lo rende sovente giudice arbitro degli interessi in gioco. Non è un caso, peraltro, che in Francia lo statuto costituzionale del diritto a ricorrere (considerato un *principe général du droit*) consente, a determinate condizioni, di limitare la possibilità di ottenere l'annullamento di alcuni atti invalidi al fine di tutelare valori considerati particolarmente importanti, come la sicurezza giuridica.

A proposito di Giannini, è vero che nella sua nota costruzione emerge un'irrinunciabile componente politica della discrezionalità, ma è anche vero che sempre da Giannini ha inizio un percorso di netta prevalenza delle ragioni della legalità: una progressiva rimozione della discrezionalità con uno spostamento dell'asse «conclusivo» delle decisioni in favore del potere giurisdizionale (anche sulla base della tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive).

Sembra tornata al centro della scena la storicizzazione del principio di separazione dei poteri e della distinzione tra giurisdizione e amministrazione propria della teoria gradualista scuola di Vienna, che la lezione di Fazzalari, che vedeva una differenza sostanziale tra procedimento e processo nel principio del

50 A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, 169.

contraddittorio, aveva contribuito a superare, con una lezione importante sul piano garantistico, che però va completata con l'assoluta neutralità del giudice⁵¹. La concezione del processo in chiave eminentemente procedimentale (e della azione, per dirla con Denti, solo come “procedimento *a parte subiecti*”) allenta il legame con i soggetti che vi operano e ostacola la pur auspicabile subiettivizzazione in capo alle parti proprio della azione come diritto.

L'adesione alle tesi del giuspositivismo critico mi porta ad essere scettico verso tali fenomeni, e a ritenere sempre necessaria la prevalenza della legalità sull'effettività, pena una serie di giustamente lamentati «rischi dei travisamenti da desiderabilità sociale»⁵².

Il rischio, in particolare, è quello di un nuovo “uso alternativo del diritto”, non più di marxiana memoria, ma dovuto a un riposizionamento al centro della scena dello Stato amministrativo di schmittiana memoria, ove la pratica ricorsiva al principio di effettività svela alcuni profili di aperta criticità, che, come “faglie” sistematiche, misurano gli incerti e delicati processi di assestamento fra poteri (legge/giudice; giudice/amministrazione) e fra giurisprudenza pratica e teorica. Il principio di effettività è ormai divenuto un grimaldello interpretativo capace di fare affermare la prospettiva assiologica dell'interprete, specie se declinato nel contesto valoriale pro-concorrenziale europeo. L'effettività si colora in tale contesto di riflessi più sistematici e incrocia la traiettoria del principio di sicurezza giuridica, che nell'ambito delle democrazie pluraliste del tardo-capitalismo implica, in chiave neolibérale, una risoluzione dei conflitti spesso giudiziale, all'insegna del bilanciamento dei diversi interessi in gioco⁵³.

4. Il tema della legittimazione

Vengo infine al tema della rilevanza costituzionalmente orientata del principio di effettività della tutela e alle possibili derive tutte ad esso interno,

51 A. PANZAROLA, *Considerazioni a margine di una celebre dottrina*, in ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 181.

52 R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 369 ss.

53 G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023, *passim*.

che hanno consentito un'eccessiva creatività della giurisprudenza a danno della riserva di legge processuale di cui agli artt. 101 e 111 Cost.

Qui si tocca il tema della legittimazione, e so di muovermi in un campo minato perché proprio esso è stato oggetto, anche in questa sede, di raffinate e importanti ricostruzioni, nell'ottica dello sviluppo dell'impostazione costituzionalistica "forte", che svaluta il problema della relazione tra condizioni dell'azione e struttura del processo, e tende a superare l'intero problema delle condizioni dell'azione con la costruzione del contenuto del diritto di agire in giudizio contenendosi nel perimetro dell'art. 24 Cost.⁵⁴

Gli sviluppi di tale linea culturale non sono mancati.

Mi riferisco innanzi tutto alla densa e interessante monografia di Biagio Giliberti⁵⁵.

Già nel primo capitolo di essa si riscontra uno stretto collegamento fra ambito organizzativo e tutela. Nell'art. 118, comma 4, Cost. si ritroverebbe un parametro di organizzazione: alle persone ed alle loro formazioni sociali verrebbe «accordata la natura di nuclei organizzativi di base del fenomeno amministrativo pubblico». L'idea dell'«amministrazione diffusa nella società» informerebbe di sé il diritto della persona – di *ogni* persona – ad amministrare, anche agendo in giudizio. Si configura, così, un vero e proprio diritto civico alla legalità amministrativa quale espressione di sussidiarietà orizzontale, e si ritiene frutto di un fraintendimento concepire l'oggettivizzazione del processo amministrativo quale diminuzione di garanzie: in altre parole, l'inviolabilità del diritto di difesa delle posizioni individuali tradizionalmente intese potrebbe essere solo rafforzata dalla dimensione civica della nuova legittimazione così ricostruita, che si vuole più in linea con la centralità in Costituzione della persona nella sua dimensione civica.

⁵⁴ V. supra, nota 11.

⁵⁵ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020.

Si perviene così a teorizzare una maggiore «giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale», dando finalmente dignità teorica ad alcuni spunti giurisprudenziali, per la verità ancora minoritari, che configurano appunto forme di legittimazione *uti civis*, specialmente in tema di interessi collettivi e diffusi, prospettando un definitivo superamento dell'empirico ed aleatorio riferimento giurisprudenziale al concetto di *vicinitas*.

Si tratta di una tendenza comune nelle più recenti monografie sul tema, che sul tema della legittimazione mostrano negli ultimi anni un approccio costituzionalmente orientato al diritto d'azione in senso forte.

Solo che in alcuni casi l'art. 24 sublima un approccio volto a trasfigurare la sovranità popolare di cui all'art. 1, mercé il richiamo al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. In altri vive nella sua purezza soggettivistica e ad essa riconduce pure il fenomeno associazionistico e metaindividuale⁵⁶.

Si pensi alla tesi di Silvia Mirate. Mentre quest'ultima avversa l'idea che si tratti di forme di legittimazione generale e oggettiva, ritenendo che si abbia a che fare con dimostrazioni, a livello sia normativo che giurisprudenziale, del superamento del tradizionale concetto "sostanziale" della legittimazione a ricorrere, Giliberti vi perviene affrontando di petto il problema del carattere oggettivo del giudizio amministrativo che viene fuori da tale configurazione.

Nella ipotesi volta a svincolare la legittimazione dalla dimensione sostanziale, taluni arrivano ad assumere una sequenza quasi geometrica: diritto di azione ex art. 24 Cost./effettività-atipicità/modello soggettivo di tutela/legittimazione come mera affermazione⁵⁷.

Tale prospettiva trascura taluni dati che pervengono soprattutto dalla giurisprudenza europea in materia di appalti pubblici. L'indirizzo europeo non è stato sviluppato secondo i canoni di una ridefinizione della teoria della legitti-

56 S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018.

57 C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *Persona e Amministrazione*, 2019, 99 ss.

mazione nel processo amministrativo, ma piuttosto, tornando alle origini del problema, al fatidico 2008, quando la Plenaria abbandonava la strada della legittimazione per seguire quella, meno precisa in punto di teoria del processo ma più malleabile in punto di argomentazione per valori, dell'interesse strumentale a ricorrere.

Nozione giudicata errata anche da autorevole dottrina⁵⁸, sia pure attraverso un percorso argomentativo diverso dal mio, volto a considerare l'interesse strumentale come interesse di consistenza diversa, ma pur sempre diretto, personale, concreto e attuale, e in questo senso anche a ritenere la giurisprudenza europea in linea con la nostra idea di giurisdizione soggettiva.

E che tale impostazione sia plasmabile e incerta lo dimostra proprio l'ulteriore seguito giurisprudenziale interno che, non a caso dibattendo proprio sull'estensione della nozione di interesse strumentale a ricorrere, ha determinato l'ennesima rimessione alla Plenaria e poi la sentenza *Lombardi* della Corte di Giustizia.

Mi pare, in realtà, che questa idea di legittimazione sottende la definitiva trasformazione del processo amministrativo in processo civile, non già sulla scorta di un generico richiamo all'effettività della tutela o di poco chiare idee su cosa debba intendersi per «bene della vita», ma in base alla mutazione del diritto sostanziale, nel senso che l'ordinamento proteggerebbe l'interesse individuale non già assicurando che sia corretto l'esercizio del potere che dispone del bene/utilità, ma dislocando direttamente questo potere in capo al giudice.

La coraggiosa e stimolante riflessione di Giliberti prende di petto il problema: fa proprie determinate premesse costituzionali in tema di organizzazione e attività amministrativa, secondo il seguente schema: nell'art. 118 Cost. si vede sia un modello di allocazione delle competenze (ultimo stadio di un percorso democratico di oggettivizzazione dell'amministrazione) sia un modello di giurisdizione avverso il potere esecutivo.

⁵⁸ F.G. SCOCA, *Sul c.d. interesse strumentale nelle procedure selettive (il contrasto tra giudice amministrativo e giudice europeo)*, in www.giustamm.it, n. 11/2019.

A me pare che tale impostazione metodologica, pur elegante e densa di afflato valoriale, risenta di un approccio “principialista” molto in voga negli ultimi anni che, lungi dall’apportare maggiori garanzie al privato, rischia di determinarne un ridimensionamento. Come è stato bene osservato: «Che la costituzione sia da interpretare *magis ut valeat* è dunque anzitutto un programma di “politica del diritto” che ha avuto una precisa funzione storica in un momento in cui l’applicazione della costituzione segnava il passo; ma è poi anche una teoria dell’interpretazione costituzionale, che sembra aver mantenuto un certo seguito anche in tempi assai più recenti e corrispondere davvero ad una visione “totalizzante” della costituzione»⁵⁹.

Si considerino, per tutti, due aspetti problematici.

Prima di tutto è opportuno riflettere sul fatto che tali operazioni di estensione della legittimazione, lungi dal configurarsi come sublimazione della sovranità della persona, siano in realtà, e al contrario, una celata forma di compressione del principio democratico: se non adeguatamente circoscritta, l’estensione della legittimazione a ricorrere può mettere in discussione il principio della divisione dei poteri, nella misura in cui la differenziazione non è operata in via eccezionale dal legislatore ma in via maieutica dal singolo giudice. Ciò dimostra l’avvento di una «democrazia impolitica» nella quale i rappresentanti eletti non sono in grado di prendere decisioni giuste, nel contesto di una generalizzata sfiducia verso l’amministrazione.

È questo un aspetto fondamentale della attuale critica alla teoria dei diritti. L’accresciuto ruolo del giudice, sempre più mediatore di conflitti cui la politica non vuole o non può accedere, non toglie, però, che i limiti tra giudice e legislatore dovrebbero essere fatti salvi anche in questo caso, pena la frantumazione sociale e l’esposizione della stessa giurisprudenza a tentativi di delegittimazione da parte della politica.

59 R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.

In secondo luogo l'impostazione in esame finisce per aggirare possibili rilievi rispetto al rischio di sovraccarico del contenzioso, derivante dall'estensione della legittimazione ivi configurata, utilizzando come selettore la teoria della "meritevolezza della pretesa", *sub specie* di abuso del processo, istituito 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.

Sulla medesima scia, e in modo se possibile ancor più radicale, si pone la trattazione di Portaluri⁶⁰, molto convincente nella *pars destruens* meno in quella *construens*.

Pier Luigi Portaluri invita il giudice amministrativo a un controllo sulla meritevolezza della tutela *in bonam partem*, diversamente da quanto è stato sinora fatto in base a uno spregiudicato utilizzo dell'argomento dell'abuso del processo.

Nel libro si mostra fra l'altro quello che può essere un sinistro esito della teoria del processo e delle condizioni di accesso: l'accesso alla tutela giurisdizionale diviene soggetto a un filtro che porta a negare tutela tutte le volte che l'azione collida con «valori emergenti dal basso, che finiscono per costituire le regole ordinarie "inventate" dalla comunità interpretativa». Ovviamente si allude alla sinistra tesi del bisogno di tutela giurisdizionale (*Rechtsschutzbedürfnis*) coniata in una nota opera di Adolf Schönke del periodo nazionalsocialista. Secondo questa impostazione l'ammissibilità della domanda è rimessa alla prudente percezione del giudice circa la meritevolezza della stessa ove idealmente portata al cospetto del sentire popolare.

L'A. ha gioco facile a chiosare nel senso che «attraverso il controllo negativo di meritevolezza, e la conseguente negazione del giudice, il regime può as-

60 V. supra, nota 25.

sicurare il piano controllo economico e politico del processo civile, al più torcendolo per farne anche “luogo” di ingegneria sociale». Come Portaluri ricorda, avendo la benevolenza di chiamarmi in causa, la questione è tornata d'attualità nel recente confronto fra me e la Ghirga sul tema connesso dell'abuso del processo, inteso come abuso del diritto d'azione.

Portaluri, nel fare propri sostanzialmente tali rilievi, propone nel fulcro argomentativo del lavoro un suggestivo ribaltamento di prospettiva, o, per dirla con le sue parole, una “lettura rovesciata”: il controllo di meritevolezza della tutela come strumento per ampliare le vie della tutela processuale. Peraltro, per non cadere nella medesima critica di “occasionalismo” giurisprudenziale che ha rivolto agli autori oggetto di precedente considerazione, conferisce un certo rilievo stabilizzante alla funzione nomofilattica esercitata ex art. 99 c.p.a. dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Si propone, quindi, pur all'interno di un quadro di fondo aderente ai valori di un positivismo “ben temperato”, un'esegesi che favorisca la massima estensione delle posizioni legittimanti. Si criticano, così, quelle impostazioni – definite “iperpositivistiche” – secondo le quali il diritto al ricorso può derivare solo da una norma che, concedendo il bene della vita, indichi il destinatario della protezione da essa assicurata; esse sarebbero viziate da un pregiudizio ideologico, identificato nelle «incrostazioni oggettivistiche» della giurisprudenza sul tema della *vicinitas* che tale tesi intende combattere. L'A. ribalta tale obiezione rilevando che nella sua visione la legittimazione è uno strumento di contropotere a disposizione del privato, che in tal modo si erge a fronteggiare l'antagonista soggettivamente pubblico. Il carattere normativo dell'interesse del terzo, in quest'ottica, viene declinato non già con riferimento a un singolo bene fisico di proprietà, bensì come “interesse organico” risultante da una pluralità di fattori ordinati a un assetto finale ritenuto meritevole di tutela: si pensi al mantenimento della qualità della vita nella maglia urbana dove la persona vive.

Si tirano così le fila del percorso decostruttivo e (poi) ricostruttivo tracciato, legittimando la “scoperta” giurisprudenziale di nuove frontiere mobili di tutela negli artt. 2 e 118 Cost., specie la sussidiarietà orizzontale di cui al comma 4.

Si arriva, per questa via, alle ineluttabili coraggiose conclusioni in cui si prospetta la necessità di superare la determinatezza soggettiva della pretesa, sviluppando le implicazioni processuali della teoria del bene comune: i conflitti politici multiculturali, infatti, non potranno in futuro essere risolti attraverso lo schema della tradizionale “binarizzazione” giuridica. Il vetusto schema del diritto soggettivo dovrebbe lasciare spazio ai diritti trans-soggettivi, diritti senza padrone.

L'approccio di Portaluri risulta molto avvincente e accattivante, anche convincente nella sua parte decostruttiva, critica nei confronti della nozione di meritevolezza della tutela, se intesa in senso restrittivo e fondante la nozione di abuso del diritto d'azione.

Inoltre, l'A. coglie un altro tema di profondo interesse. L'evocazione del Carl Schmitt de *La situazione della scienza giuridica europea* è oggi, infatti, di grande rilievo. Mi riferisco al dibattito sul ruolo del diritto in Europa, che vede tra i suoi interlocutori autori come Aldo Sandulli in Italia⁶¹ e Armin von Bogdandy in Germania⁶². Al netto della questione sull'attualità del diritto romano, l'idea di fondo è quella di rivitalizzare lo *jus publicum europaeum*, di cui Schmitt traccia la parabola e vede il tramonto nella seconda metà del XIX secolo con l'affermarsi del positivismo legalista e statocentrico, attraverso un *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 fondamentali, dei

61 A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2017.

62 A. VON BOGDANDY, *La condizione attuale della scienza giuridica europea alla luce del saggio di Carl Schmitt*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 996 ss.

principi costituzionali e delle conoscenze di altre materie in modo da promuovere l'integrazione sociale.

E tuttavia, proprio a proposito di tale aspetto, mi pare che la tesi in esame finisca proprio per legittimare quella giurisprudenza “funzionalista” della Corte di giustizia, che, proprio in tema di accesso alla tutela e di interesse strumentale, rappresenta un ulteriore capitolo di quel progressivo occultamento dei conflitti costituzionali, onda lunga del concetto della natura autoapplicativa della norma comunitaria invocata a parametro, a discapito del sindacato accentrato della Corte costituzionale. L'ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598 delle Sezioni unite, che poi ha portato alla sentenza *Randstad* della Corte di Giustizia, ha fatto e continua a far discutere anche perché si pone al crocevia di tali delicatissime questioni, valorizzando in modo esponenziale il suddetto approccio funzionalista proprio nel contesto dell'accesso di tutela⁶³.

Sennonché 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 già segnalate criticità dell'approccio “principalista”, 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.

Richiamerei sul punto le belle pagine sulle lezioni messicane di Calamandrei, nelle quali si parla della regola processuale come forza frenante (*katéchon*)

⁶³ Come spesso accade, il nostro ordinamento si mostra “più realista del re” quando si tratta di dare attuazione al funzionalismo pro-concorrenziale di marca europea. Sul tema dell'interesse strumentale, infatti, di recente la Corte di Giustizia sembra aver posto nuovamente un freno. Cfr. Corte Giust., Sez. X, 9 febbraio 2023, C- 53/22, secondo cui: «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfa una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi, e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara sia stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico».

contro l'arbitrio, del giudice prima che delle parti⁶⁴. Del resto, come noto per l'insigne giurista fiorentino «per arrivare alla giustizia bisogna passare attraverso la libertà».

5. Conclusioni, alla luce della vicenda Randstad

Contro la prospettiva sinora descritta, e in consonanza con la lezione di Calamandrei, Riccardo Villata ha stigmatizzato l'ossessivo ricorso all'effettività come «distorsione da desiderabilità sociale» e come «cavalieri dell'apocalisse» le nozioni di «Servizio giustizia, ragionevole durata, abuso del processo», che contribuiscono da svariati anni all'invasione di campo delle Sezioni unite nei confronti della giurisprudenza del giudice amministrativo⁶⁵. Sezioni unite che, non a caso, hanno tentato di chiamare in soccorso proprio la Corte di Giustizia (finora con un successo “a metà”, come il caso *Randstad* ha dimostrato), principale vettore di politiche neoliberali che penetrano negli Stati attraverso l'indebolimento del principio di autonomia procedurale.

Sembra, in conclusione, che la tutela giurisdizione di stampo soggettivo sia tuttora tarata sulle esigenze liberali del *bourgeois*, mentre la tutela del *citoyen* debba essere affidata ad altri canali (non giurisdizionali), a meno che non vi siano diverse scelte da parte del legislatore, e non quelle praticate attraverso l'intermediazione del giudice attraverso un nuovo, e inedito, neoliberale *uso alternativo del diritto*⁶⁶.

Contrariamente ad un'opinione diffusa nel dibattito scientifico italiano (e non solo) che vorrebbe il neoliberalismo globale come un mero ritorno in auge del “guardiano notturno” e del laissez-faire ottocentesco, nel neoliberalismo contemporaneo non vi è affatto un “ritiro dello Stato” dall'economia. Il neoliberalismo attuale produce infatti le proprie regole giuridiche e crea le proprie istitu-

64 A. PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Pietro Calamandrei*, in ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 152.

65 R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.

66 L. DE LUCIA, *La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Pol. dir.*, 2022, 85 ss.

zioni, ovvero modella quelle esistenti a proprio uso e consumo: nella logica neoliberista, pertanto, il giuridico è sin da subito parte dei rapporti di produzione economica. Il diritto, in breve, plasma “dall’interno” l’economia e, in questo modo, “produce” il mercato come istituzione artificiale, perdendo però al contempo il proprio ruolo tradizionale di scienza autonoma, in quanto si funzionalizza allo status dell’efficacia e delle logiche del mercato, ossia alla logica del profitto e dell’efficienza. In questo senso condivido l’idea secondo cui proprio nell’era della globalizzazione e del dominio dei mercati il diritto amministrativo sostanziale sia interessato da una vasta trasfigurazione in senso pubblicistico, scaricandosi ciò anche sul giudizio, caratterizzato da contrazione della tutela attraverso un uso diffuso della clausola di interesse pubblico, a sua volta indice della prudente amministrazione del ruolo di supplenza cui il giudice è costretto⁶⁷.

D’altra parte, mi pare che anche le più raffinate ultime difese dell’interesse strumentale⁶⁸, critiche verso la teoria delle norme di protezione, non colgano questo aspetto.

Con riferimento al caso dell’esclusione di chi non può conseguire il “bene della vita” nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, chiosano: *Homo sine pecunia est imago mortis*. Si trascura qui l’effetto spiccatamente neoliberale dell’impostazione funzionalista, legato al tema della concorrenza, e ci si concentra solo sulla critica di una visione in quanto eccessivamente geometrica e collegata al diritto soggettivo. E tuttavia, tale critica non considera che proprio nel caso di specie il tormento di Nigro, che poneva la tesi della qualificazione per immediatamente dopo problematizzarla in quanto di difficile individuazione nella norma, si acquieta poiché vi è una norma come l’art. 2-bis, par. 2, della

67 Idea espressa in vari contributi da Luca Perfetti. Cfr. da ultimo L.R. PERFETTI, *Diàfora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell’economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 227 ss.

68 Cfr. da ultimo M. MAGRI, *Individuazione dell’interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il “caso Randstad”*, in www.giustiziainsieme.it, 21 aprile 2022.

Direttiva ricorsi 89/665, la quale prevede che sono considerati interessati coloro che non siano definitivamente esclusi dalla procedura⁶⁹.

A cinquant'anni dal noto convegno catanese, che segnò una svolta culturale nei rapporti tra scienza giuridica e giurisprudenza all'insegna di una rilettura in chiave marxista del processo applicativo del diritto, la prospettiva odierna si mostra radicalmente mutata, tanto che – come si è tentato di dimostrare – torna d'attualità la difesa di un giuspositivismo (seppure) temperato che, lungi dal rappresentare strumento di consolidamento dei rapporti di potere esistente, agisce da freno contro gli eccessi di un creazionismo giurisprudenziale che spesso si rivela funzionale alle esigenze del neoliberalismo funzionale, tuttora imperante.

Ecco perché è forse arrivato il tempo di guardare al problema della tutela e dell'azione osservando maggiormente le dinamiche strutturali e istituzionali che si agitano alle “porte di Stalingrado”. Come è stato ben osservato⁷⁰, il rapporto fra poteri e le sue conseguenze sul piano dell'accesso al giudice e delle modalità di sindacato oggi si gioca, sul piano ordinamentale, sul piano della competizione tra riferimenti teleologici diversi e non sempre facilmente componibili.

Sul tema dell'accesso al giudice mi è già in passato parso utile considerare tre prospettive⁷¹: *i)* della tipologia di atto, che tende a predominare soprattutto prima dell'affermarsi del dato costituzionale, che sancisce i principi di giustiziabilità ed effettività della tutela; *ii)* del destinatario dell'atto e della configurazione della tutela delle sue situazioni giuridiche soggettive, tendenzialmente non discriminabile al variare della loro consistenza, e imposta anche a fronte di atti non amministrativi ma legislativi, a fronte della mancanza di una riserva di am-

⁶⁹ L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 543.

⁷⁰ F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *Persona e Amministrazione*, 2/2018, 99 ss

⁷¹ G. TROPEA, *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. cost.*, 2018, 133.

ministrazione, evidentemente meglio collocabile in un contesto post Costituzionale; *iii*) quella che impone la necessità di rivedere le questioni sopra considerate alla luce del sempre più reticolare “dialogo delle corti”.

Come ancora emerge dall'evoluzione della figura dell'atto politico, in ciò emblematica, la prospettiva del giudice, chiamato a dire l'ultima parola sul punto, gioca un ruolo chiave, specie alla luce della conclamata crisi del tradizionale sistema delle fonti, che vede il giudice supplire sempre più al previo “disporre”, col rischio di «occasionalismo», cui si vorrebbe rimediare con un accrescimento della sua funzione nomofilattica. Ciò avviene in un contesto di ormai endemico dialogo fra corti, non sempre irenico e all'insegna del costante accrescimento dei diritti fondamentali e del loro *maximum standard*, anche con riguardo alle aree di persistente immunità del potere.

La vicenda *Ranstad* ha ben mostrato come dietro a un discorso di tutela e di effettività dell'azione si celasse, come in un gioco di specchi, sia il problema di fondo del valore della legge rispetto alla giurisdizione, sia il problema istituzionale dello scontro fra le Corti, dove la posta in gioco è spesso più che la massima tutela, quella più orientata all'attuale regime ordoliberal.

In questo senso la sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, da alcuni bollata come conservatrice e di retroguardia, costituisce a mio avviso un importante e condivisibile punto d'arresto rispetto a una lettura della Cassazione “sui motivi inerenti alla giurisdizione”, di cui all'art. 111, comma 8, Cost., di fatto abrogatrice dell'art. 103 Cost., nonché un'opportuna presa di posizione rispetto a fenomeni di eccessiva prevalenza delle sfere sovranazionali sui principi di autonomia procedurale e sul margine di apprezzamento in materia processuale dei singoli Stati.

A mio avviso è da qui che bisogna ripartire, dopo aver preso contezza dell'assedio che cinge oggi la fortezza del diritto fondamentale d'azione.

Ad esso si può adeguatamente resistere rimettendo al centro la legge e l'amministrazione. Senza con ciò svalutare l'opera preziosa del giudice amministrativo.

A proposito dei “motivi inerenti alla giurisdizione”, si ritiene che i richiami a parametri di equità sostitutiva o di giustizia del caso concreto conducano al superamento dei limiti dell'attività integrativa del giudice. Un'attività integrativa, si badi, che ormai deve tenere in debito conto il principio di legalità sostanziale e il passaggio dalla separazione dei poteri giudice/amministrazione all'integrazione, ma che deve tuttavia rispettare alcuni persistenti limiti. È stato osservato che «l'attività integrativa del giudice potrà ritenersi compatibile con la natura parametrica del sindacato unicamente se essa non si risolva nella creazione di una norma ad hoc, ma nella ricognizione di norme già presenti nel sistema, ancorché prive di un'enunciazione espressa dalle singole fonti positive»⁷². Quelle sentenze che, nell'ambito del sindacato di legittimità, fanno applicazione dei criteri di equità, meritevolezza della tutela, giustizia del caso concreto, sconfinano questi limiti, fanno sì che il giudice sostituisca la propria scienza privata a quella dell'amministrazione, finiscono, in ultima istanza, per violare il principio del giusto processo di cui sono attuazione norme come l'art. 111, comma 8, Cost. e l'art. 110 c.p.a., nella misura in cui implicano una violazione della terzietà e imparzialità del giudice.

Seppure con talune persistenti battute d'arresto e perplesse sistemazioni, la linea d'azione del giudice amministrativo da oltre un secolo, grazie alla fondamentale lezione orlandiana e romaniana, ha costituito un modello forse ineguagliato, anche per il nostro giudice delle leggi, che si auspica confermi le “ragioni” della specialità, non già a scatola chiusa, ma ogni volta che siano sostenute dalla generosa ricerca di più ampi margini di accesso alla tutela e di riduzione delle aree di non sindacabilità del potere, senza con ciò indulgere ad ec-

⁷² A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 635 ss.

cessi di creazionismo giudiziario o a eccessive forme di procedimentalizzazione e neo-obiettivizzazione del giudizio.

Diversamente l'uso eccessivamente creativo dei principi, con le annesse trasformazioni pretorie di istituti quali la teoria dell'azione e i suoi corollari, dalla effettività alla proporzionalità, rischia di fare del giudice amministrativo un improprio giudice delle leggi, che può spiegarsi sul fatto che i due organi giudiziari condividono la competenza a giudicare atti generali e assumere decisioni con effetti altrettanto generali, ma che tocca pure il tema – meno tecnico – della vicinanza alla politica, nella misura in cui il giudice amministrativo è indotto ad appropriarsi degli strumenti più politici di cui la Corte si è dotata⁷³.

Operazione molto discutibile, in una democrazia costituzionale e in uno Stato di diritto.

⁷³ E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza Plenaria... le gemelle di Shining*, in *Dir. soc.*, 2021, 473 ss.

NICOLA PIGNATELLI

Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

nicola.pignatelli@uniba.it

DIRITTI FONDAMENTALI E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

FUNDAMENTAL RIGHTS AND DISTRIBUTION OF JURISDICTION

SINTESI

Il presente contributo rappresenta la versione scritta dell'intervento dell'Autore al Convegno tenutosi a Palermo il 20.10.2023 sul tema "*Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*". Il lavoro, in particolare, affronta il tema del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali a partire dalle categorie costituzionali, attraverso una analisi del diritto vivente.

ABSTRACT

This paper represents the written version of the author's speech at the Conference held in Palermo on 20th October 2023 on the topic of "*Administrative Judge and the Protection of Fundamental Rights*". In particular, the paper addresses the issue of the distribution of jurisdiction in fundamental rights from constitutional categories, through an analysis of the living law.

PAROLE CHIAVE: Giudice Amministrativo – Giudice ordinario – Riparto di Giurisdizione – Diritti fondamentali.

KEY WORDS: Administrative judge – Ordinary judge – Distribution of jurisdiction – Fundamental rights

INDICE: 1. Le categorie costituzionali. – 2. Alcune osservazioni preliminari. – 3. La giurisdizione ordinaria esclusiva dei diritti inviolabili. – 4. Il fondamento della giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili. – 5. La giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili nella giurisprudenza costituzionale. – 6. Il seguito "forte" della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. – 7. Il seguito "debole" della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza della Corte di cassazione. – 8. Una notazione finale.

1. Le categorie costituzionali

Può essere rilevata in seno alla Costituzione un'antinomia logica tra la dimensione dei *diritti* e la dimensione dei *poteri*, *rectius*, tra il riconoscimento dei diritti e l'organizzazione dei poteri, in altre parole tra gli stessi elementi defini-

tori di una Costituzione in senso liberale¹. Tale antinomia consiste nella tensione costante tra l'enunciazione linguistica, a forte rilevanza ermeneutica, dell'*inviolabilità* dei diritti dell'uomo, riconosciuta e garantita (art. 2)², e il sistema di giustizia amministrativa³, che deve presupporre, per essere conforme a Costituzione, l'esistenza attribuita di un *potere pubblico*⁴ idoneo ad incidere sui suddetti diritti inviolabili ed ancor prima sulla fonte di essi, ossia sull'art. 2 Cost. ed analogamente sulle altre disposizioni recanti diritti costituzionali, alcune delle quali contengono espressamente l'evocazione della natura *inviolabile* (artt. 13, 14, 15, 24 Cost.)⁵.

La natura dei diritti inviolabili, a vocazione resistenziale, introduce certamente una complicazione concettuale, una sorta di terza categoria (almeno apparente), rispetto all'oggetto dell'effettività della tutela giurisdizionale, ossia rispetto agli interessi legittimi e ai diritti soggettivi (art. 24 Cost.); proprio la natura dei diritti inviolabili, ad intensa intangibilità assiologica, genera la problematica della compatibilità concettuale con il potere pubblico, innanzi al quale

1 L'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 affermava, definendo *a contrario* il contenuto essenziale di una Costituzione, che "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione".

2 A tal proposito E. PICOZZA, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva dall'avvento della Costituzione ad oggi*, in AA.VV., *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2004, 64, evidenzia come l'attenzione del costituente si sia focalizzata sui diritti fondamentali della persona e non sulla qualificazione del rapporto con l'Amministrazione.

3 Per un'analisi della giustizia amministrativa nel quadro costituzionale cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; L. PALADIN, *Problemi e prospettive dei rapporti tra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Funzione amministrativa e funzione giurisdizionale: rapporti interferenze conflitti*, Venezia, 1979, 13 ss.; G. ROHERSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988; E. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 177 ss.; V. ONIDA, *Profili costituzionali della giustizia amministrativa e della sua riforma*, in *Amministrare*, 1986, 421 ss.; G. BERTI, *art. 113 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1987, 85 ss.; G. AZZARITI, *Alle origini della giustizia amministrativa*, Roma, 1988; A. PIZZORUSSO, *art. 102 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 195 ss.; G. CARBONE, *art. 100 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 64 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 68 ss.

4 Cfr. A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 203.

5 Deve comunque precisarsi da subito come alcune disposizioni costituzionali della I parte della Costituzione presuppongano espressamente l'incidenza del potere pubblico sui diritti inviolabili (cfr. artt. 13, 3° comma, 14, 3° comma, 16, 17, 21, 6° comma). Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 8.

normalmente stanno gli interessi legittimi (che si oppongono ad esso o che pretendono da esso) e quindi conseguentemente del radicamento della giurisdizione.

In sintesi sembra esservi una scissione tra una dimensione *statica* della Costituzione, che afferma e riconosce l'inviolabilità di alcuni diritti, e una dimensione *dinamica*, che costruendo la sindacabilità giurisdizionale del potere pubblico (art. 24, 103, 113 Cost.)⁶, presuppone che l'esercizio del medesimo da parte dell'Amministrazione competente possa conformare o sacrificare (anche legittimamente) tali diritti. Proprio tale scissione tra Costituzione statica e Costituzione dinamica, ha generato una strutturale criticità costituzionale nella definizione della giurisdizione dei diritti inviolabili, la quale deve misurarsi con la dinamica funzionale del *potere* e con le resistenze culturali legate ad un'ideologia dei diritti fondamentali che “per loro natura, resistono, resistono, resistono come su una irrinunciabile linea del Piave”⁷.

Tuttavia non può negarsi come i diritti fondamentali abbiano bisogno del potere e con esso della funzione sottesa, posto che un diritto costituzionale non soltanto necessita dell'astensione dall'esercizio del potere ma anche dell'esercizio del potere quale condizione di soddisfacimento di una pretesa ampliativa di una sfera di interesse, spesso intimamente connessa all'effettività del modello di Stato sociale, che scarica sul provvedimento amministrativo una funzione distributiva e redistributiva⁸. In sintesi, “non ha senso proclamare diritti se non vi è un potere che li protegga e consenta di farli valere”⁹.

6 Deve tenersi presente come la genesi della giustizia amministrativa sia intimamente connessa ad una esigenza di garanzia delle libertà individuali. Tale anima originaria trova una particolare valorizzazione in V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, 565 ss.

7 F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, cit., 3.

8 In questo senso la ricostruzione di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 236 ss., il quale ha sviluppato le tesi più risalenti di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 54 ss. Sulla valorizzazione della dimensione del potere come strumento di attuazione dei principi dello Stato sociale, le parole di V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., 577. In questo senso cfr. anche A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 27 ss.

9 Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1646.

La nozione di potere pubblico, evocata nel suddetto binomio, la quale deve tenersi distinta da quella di potere privato¹⁰, presuppone la esistenza di una norma legislativa *attributiva* di esso, pertanto la legittimazione riconosciuta in capo ad un'Amministrazione a produrre effetti giuridicamente rilevanti nell'ordinamento attraverso l'adozione di provvedimenti¹¹.

Tuttavia ciò che rileva ai nostri fini è la costante connessione tra l'esercizio del potere ed un singolo bene della vita coperto dalla fonte costituzionale che riconosce un diritto inviolabile, in altre parole la potenziale incidenza su un diritto costituzionale, per quanto tali diritti siano qualificati non soltanto dalla Costituzione come inviolabili (artt. 2, 13, 14, 15, 24 Cost.) e fondamentali (art. 32 Cost.) ma anche dalla giurisprudenza e della dottrina come *indegradabili, inaffievolibili, irresistibili*.

Proprio tale ossimoro tra inviolabilità enunciata ed impatto dinamico del potere sui diritti costituzionali genera forti problematiche connesse alla definizione della giurisdizione, posto che il discrimine tra diritti soggettivi e interessi legittimi (art. 24, 103 Cost.) esce fortemente confuso dall'evocazione in giudizio di diritti inviolabili.

2. Alcune osservazioni preliminari

Al fine di ricercare il punto di equilibrio tra le suddette dimensioni è necessario formulare alcune osservazioni preliminari, utili a leggere il funzionamento delle categorie costituzionali richiamate:

¹⁰ Per un recente studio sulla dimensione privatistica del potere e sulla dimensione processuale di esso cfr. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012. Quanto alla distinzione tra la categoria di potere pubblico e potere privato cfr. F. CARINGELLA, *Riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it. Da ultimo sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale: un modello costituzionale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2019, *passim*.

¹¹ Alla luce della teoria generale del diritto può dirsi che il potere giuridico designa la possibilità accordata dall'ordinamento giuridico di operare nella realtà giuridica, producendo effetti giuridici rilevanti. Cfr. *ex plurimis* SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 238 ss.; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 610 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 175 ss.; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 139 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 114 ss.; A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, 2 ss.

i) Una notazione di *metodo*. Pare necessario uscire dal costituzionalismo irenico, dalla retorica dei diritti costituzionali “in solitudine”, attraverso un ritorno allo studio dei diritti costituzionali come situazioni giuridiche soggettive¹², così da evitare distorsioni dei criteri di riparto di giurisdizione; una lettura solida dell’art. 2 Cost. alla luce dell’art. 24 Cost.

ii) Una notazione di *complementarietà*. Il ruolo del giudice amministrativo nella tutela dei diritti fondamentali deve essere letto in intima connessione con il ruolo del giudice amministrativo in sede di attivazione del giudizio costituzionale in via incidentale, non solo sotto il profilo quantitativo (visto il poderoso aumento delle questioni sollevate dalla giurisdizione amministrativa) ma anche sotto il profilo qualitativo (visto il progressivo intensificarsi dell’utilizzo dei parametri sui diritti in luogo di quelli sulla organizzazione)¹³; un parallelismo tra la radice del controllo giurisdizionale sull’esercizio del potere amministrativo (in violazione dei diritti costituzionali) e quella del controllo sul potere legislativo (in violazione dei diritti costituzionali).

iii) Una notazione *culturale*. Assistiamo ad una serena rivendicazione da parte del giudice amministrativo di un ruolo nella tutela dei diritti fondamentali. È certamente sintomatico il *climax* linguistico contenuto nelle relazioni annuali sulla giustizia amministrativa da parte dei Presidenti; siamo partiti dalla evocazione delle “*situazioni giuridiche fondamentali*” (richiamate dal Pres. Pajno nel 2017) alla rivendicazione (del Pres. Patroni Griffi nel 2020) della giurisdizione amministrativa sui “*diritti fondamentali*”, al di là di un timore qualificatorio, sino alla affermazione della problematica categoria degli “*interessi legittimi fondamentali*” (contenuta nella relazione del Pres. Maruotti del 2023). In questa prospettiva lo stesso Ufficio studi della Giustizia amministrativa ha organizzato nel 2021 un seminario di formazione proprio sul tema “*Diritti fondamentali e giudice amministrativo*” (16 aprile 2021), per quanto si possano citare altre iniziative scientifi-

12 Nella prospettiva di P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.

13 Sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *federalismi.it*, 2021; ID., *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008.

che emblematiche, come il dibattito aperto dalla Rivista “*Questione giustizid*” (G. Montedoro, E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Quest. Giust.*, 1/2021, 11 ss.).

iv) Una notazione di *semantica costituzionale*. Nella giurisprudenza costituzionale è pacifica la corrispondenza tra la “inviolabilità” dell’art. 2 Cost. e la “fondamentalità” dell’art. 32 Cost; *diritti fondamentali* è un sinonimo di *diritti inviolabili*. Un significato non solo identitario, inteso come patrimonio valoriale e assiologico descrittivo della forma di Stato, ma anche a stretta valenza di diritto positivo, quale *limite* di irriducibilità per il legislatore costituzionale (quindi come garanzia di esistenza e di contenuto dei diritti), quale limite parametrico per il legislatore ordinario, quale limite, attraverso l’istituto della riserva di legge, per il Governo, quale limite per l’Amministrazione, il cui esercizio del potere in violazione dei diritti inviolabili è sindacato dalla giurisdizione amministrativa.

Ciò premesso si tratta di verificare se la problematica relativa all’individuazione della giurisdizione dei diritti inviolabili sia oggi risolta e sopita, secondo i generali criteri sul riparto di giurisdizione, dando quindi per acquisito che un diritto inviolabile possa assumere la consistenza giuridica anche di un interesse legittimo, con conseguente radicamento, in via alternativa, della giurisdizione ordinaria o amministrativa¹⁴; oppure se, al contrario, continui a sopravvivere l’ideologia della rigida corrispondenza tra diritti inviolabili e diritti soggettivi, che nega in radice la conciliabilità della dimensione dei diritti inviolabili con la forma dell’interesse legittimo e con essa la giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili. Soltanto dal superamento di tali resistenze passa il pieno riconoscimento della giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili¹⁵; in sin-

14 Per un inquadramento della problematica, tra i contributi più recenti, si vedano gli autorevoli lavori di F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; M. NOCCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *www.sipotra.it*, 2018. Sia consentito rinviare anche a N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell’inviolabilità*, Pisa, 2013.

15 Cfr. L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; A. PAJNO, *Rapporti tra le corti. Diritti fondamentali e im-*

tesi, la definitiva negazione di una *giurisdizione esclusiva del giudice ordinario* sui diritti inviolabili.

3. La giurisdizione ordinaria esclusiva dei diritti inviolabili

Abbiamo assistito a partire dalla fine degli anni '70 alla progressiva affermazione di una pericolosa ideologia dei diritti inviolabili, secondo la quale questi dovrebbero essere tutelati esclusivamente nella dimensione del *diritto soggettivo*, anche innanzi ad una norma attributiva di un *potere pubblico*, negando così che un diritto inviolabile possa vivere dinamicamente come un interesse legittimo; tale ideologia rischia di neutralizzare in radice l'esercizio stesso del potere, non più tale innanzi ad un diritto asseritamente incompressibile ed esclusivamente tutelabile in seno alla giurisdizione ordinaria. In sintesi, diritti “senza potere”.

La teoria dell'indegradabilità, che ha generato una riserva di giurisdizione ordinaria dei diritti costituzionali, è stata affermata a partire da due note pronunce della Corte di Cassazione¹⁶, relative a vicende processuali nelle quali gli attori avevano evocato in giudizio un pregiudizio grave per la salute, quale diritto fondamentale ed inviolabile, compromesso da provvedimenti autorizzatori di impianti di pubblica utilità (si trattava di una centrale di produzione d'energia elettrica e di un depuratore, localizzati nelle vicinanze di abitazioni); in altre parole si trattava dall'evocazione in giudizio di un diritto inviolabile compromesso dall'esercizio di un potere pubblico. La Cassazione con tali pronunce aveva affermato che l'accertamento di una situazione pregiudizievole per la salute avrebbe determinato il travolgimento delle scelte operate dall'Amministrazione, *pur legittime*, nel senso di conformi alle norme sull'attribuzione del potere autorizzatorio e alle norme sul *quomodo* di esercizio di tale potere, con conseguente

migrazione, in www.fedearlismi.it, 2017; F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit., 10; M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020; A. CARRATA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 27 ss.

¹⁶ Cass., S.U., 9.3.1979 n. 1463; Cass., S.U., 6.10.1979 n. 5172.

inibizione della prosecuzione dell'attività, posto che il potere amministrativo non avrebbe potuto sacrificare o comprimere il diritto fondamentale alla salute.

Si affermava chiaramente la teoria dei *diritti inaffievolibili* e quindi il principio generale, secondo il quale i diritti fondamentali devono essere tutelati nella forma incodizionata del diritto soggettivo¹⁷ anche innanzi ad un provvedimento amministrativo, da ritenersi degradato in concreto a mero comportamento, con la conseguente traslazione definitiva dei diritti costituzionali nell'alveo della giurisdizione ordinaria. L'Amministrazione quindi dinanzi ad un diritto costituzionale (*rectius*, ad una qualche compromissione del diritto costituzionale) agirebbe "nel fatto" attraverso un'attività meramente materiale¹⁸.

Questa prospettiva, tutt'ora viva, come meglio si dirà, porta con sé una sorta di assolutizzazione dell'ideologia liberale¹⁹, generando una sorta di sdoppiamento tra una dimensione costituzionale *variabile* delle situazioni giuridiche, ossia quella alternativa degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, e una dimensione *statica*, quella immutabile dei diritti inviolabili, riconducibile esclusivamente nell'alveo di tutela della giurisdizione ordinaria; una distorta prevalenza strutturale della I parte della Costituzione sulla II parte della Costituzione, ossia dei diritti sul potere.

Questo modello culturale ed ermeneutico ha come proprio presupposto la reviviscenza della teoria dell'affievolimento²⁰, alla luce della quale gli interessi

17 Sulla tesi dell'impossibilità di configurare i diritti fondamentali come interessi legittimi Cfr., ad esempio, E. PICOZZA, *Processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, 163 ss.; E. PICOZZA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997, 6. Cfr. anche F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, Milano, 2002, 183 ss., secondo cui a fronte dei diritti fondamentali non può per definizione darsi un potere discrezionale dell'Amministrazione. In senso analogo cfr. G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949, 29 ss.

18 Cfr. Cass., S.U., 20.2.1992 n. 2092; Cass., 7.2.1997 n. 1187; Cass., 8.8.1995 n. 8681; Cass., 29.7.1995 n. 8300; Cass., 20.11.1992 n. 12386; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13659; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13660.

19 In senso critico cfr. V. CAIANIELLO, *Giustizia amministrativa e stato sociale pluralistico*, in *Foro amm.*, 1971, 510 ss.; V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisprudenza amministrativa*, cit., 594.

20 Cfr. *ex plurimis* O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici scelti*, *La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, 70 ss.; V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952, 330 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di Diritto*

legittimi sarebbero una mera degradazione di un diritto soggettivo pieno, rispetto alla quale i diritti costituzionali *indegradabili*²¹ rappresenterebbero una sorta di *eccezione in resistenza* rispetto al fenomeno giuridico dell'indebolimento del soggetto, così che in presenza di un diritto fondamentale non potrebbe esservi esercizio del potere e senza di esso neppure giurisdizione amministrativa. Evidentemente questo modello poggia, da una parte, su un pre-giudizio riguardante l'effettività della tutela giurisdizionale, intesa come tale esclusivamente innanzi alla giurisdizione ordinaria, giurisdizione naturale dei diritti, *a fortiori* di quelli inviolabili, e, dall'altra, su un anomalo uso della gerarchia delle fonti, alla luce della quale la fonte costituzionale di alcuni diritti non potrebbe essere compromessa, da parte di una fonte legislativa primaria, fondante in senso attributivo il potere amministrativo.

Tale sopravvalutazione dell'invulnerabilità, assecondata da una certa indeterminatazza ed elasticità dogmatica di tali diritti²², ha determinato una progressiva dilatazione pretoria dell'area della giurisdizione ordinaria, in seno alla quale si sono cristallizzati dei diritti costituzionali insensibili al potere pubblico.

Questo indirizzo giurisprudenziale e teorico, a partire dai primi degli anni '80, si è progressivamente dipanato nell'ordinamento ben al di là dei danni alla salute (derivanti, ad esempio, da provvedimenti autorizzatori di elettrodotti²³, discariche²⁴, centrali termoelettriche²⁵, da provvedimenti di diniego di rimborso

amministrativo, Milano, 1958, 187; E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 257 ss.; V. ITALIA, G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 2002, 140 ss.; S. MURGIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e garanzia dei diritti del cittadino*, in *Foro amm.*, 2000, 1584 ss. Tuttavia tale logica, come noto, è stata da tempo superata dalla scienza amministrativistica. Cfr. *ex plurimis* M.S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Milano, 1950, 419 ss.; F.G., SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 549 ss.; F. MERUSI, *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 180 ss.

21 L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini e attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.

22 Cfr. A. PACE, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1980, 1995.

23 Cfr. Trib. Padova, 17.11.1998; Trib. Como, 22.1.2002.

24 Cass., S.U., 7.2.1997 n. 1187; Cass., 17.11.1992 n. 12307; Cass. 3.7.1991 n. 7318; Cass., S.U., 12.6.1990 n. 5714.

25 Cass., S.U., 17.1.1991 n. 400.

delle spese, prive di autorizzazione, sostenute per cure all'estero²⁶ o sostenute per l'acquisto di farmaci²⁷), andando ad inglobare in modo bulimico altri diritti costituzionali *indegradabili* ed indegradati nei casi di specie, ossia tutti i “diritti primari in cui si esprimono le libertà fondamentali costituzionalmente garantite”²⁸. Si pensi a titolo esemplificativo alla giurisprudenza sviluppatasi negli anni '80 e '90 in materia di libertà di coscienza e religione²⁹, diritto all'istruzione³⁰, diritto all'immagine³¹, diritto alla riservatezza³², alla libertà di circolazione³³. Peraltro quest'ideologia dei diritti è arrivata ad essere ribadita anche dalle Sezioni Unite della Cassazione in alcune pronunce di rilievo sistemico, come quelle in materia di pregiudizialità amministrativa³⁴, nonché ad essere specificata ulteriormente, anche da un punto di vista nominalistico, attraverso la distinzione tra “posizioni soggettive a nucleo rigido” e “posizioni soggettive a nucleo variabile”³⁵, a conferma della tenuta culturale della stessa.

26 Cass. S.U., 12.6.1997 n. 5297; Cass. S.U., 19.2.1999 n. 85; Cass. S.U., 16.7.1999 n. 7537; Cass. S.U., 29.11.1999 n. 837. Tale indirizzo è stato ribadito anche successivamente. Cfr. Cass., S.U., 6.2.2009 n. 2867. Cfr. in una logica analoga anche Cass., S.U., 19.4.2007 n. 9322; Cass., S.U., 7.2.2007 n. 2688; Cass. S.U., 8.11.2006 n. 23735; Trib. Civitavecchia, 16.3.2005 n. 363; Trib. Milano, 21.3.2002. Sul tema cfr. M. VAGLI, *Cure ed interventi sanitari eseguiti all'estero in centri di alta specializzazione: diritto soggettivo o interesse legittimo?*, in www.lexitalia.it; L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, cit., 19 ss.

27 Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. lav., 23.2.2000 n. 2034. Cass., 14.2.2000 n. 1665; Cass., 11.9.1996 n. 8241; Cass., 8.1.1996 n. 65; Cass., 7.7.1972 n. 2283.

28 Cfr. Cass., S.U., 18.11.1997 n. 11432.

29 Cfr. Cass., S.U., 18.11.1997 n. 11432, in relazione alla previsione dei corsi alternativi obbligatori all'insegnamento della religione cattolica assunta come lesiva del diritto alla libertà religiosa dei non avvalenti. Cfr. Tribunale de L'Aquila, ordinanza del 23.10.2003, secondo cui “può ritenersi pacifica la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, vertendosi in materia di diritti soggettivi e, per di più, venendo in rilievo un diritto di libertà inviolabile e costituzionalmente garantito” (cfr. Trib. Roma, ord. 18 dicembre 2002; Pret. Milano, ord. 15 febbraio 1990; Trib. Milano 18 dicembre 1986).

30 Cfr. Trib. Roma, 17.12.2002.

31 Cfr. Cass., S.U., 10.8.1999 n. 582.

32 Cfr. Pret. Roma, 27.7.1987.

33 Cfr. Pret. Roma, 4.6.1980.

34 Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13659; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13660.

35 Cfr. Cass., S.U., 1.8.2006 n. 17461.

4. Il fondamento della giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili

In realtà l'indegradabilità, ai fini del riparto di giurisdizione, si fonda su un equivoco costituzionale. Un sistema di tutela dei diritti, a prescindere dai poteri, *rectius*, “senza poteri”, come sopra ricostruito, è anti-costituzionale. La teorica dei diritti indegradabili si fonda, infatti, sulla mistificazione dell'invulnerabilità ed ancor prima sul presupposto fallace del modello dell'affievolimento, rispetto al quale l'indegradabilità opererebbe in eccezione. In realtà “alla base del diritto affievolito c'è un equivoco”³⁶ e cadendo la teoria dei diritti affievoliti³⁷ cade anche di converso l'eccezione ad essa, quella dell'indegradabilità dei diritti inviolabili.

Il vero punto di equilibrio tra Costituzione statica e Costituzione dinamica è l'assunto secondo cui ciò che esiste come un *prius* rispetto alla relazionalità in concreto dell'ordinamento è un *interesse materiale*, intimamente connesso ad un singolo bene della vita; tale interesse è pluri-qualificabile³⁸ (come *interesse legittimo* o *diritto soggettivo*), alla luce dell'esistenza (o della inesistenza) di una norma attributiva e fondativa di un *potere pubblico*; soltanto dopo aver posto in essere questa qualificazione, potrà essere riconosciuta a tale situazione giuridica, in funzione della riconducibilità nell'alveo di una disposizione costituzionale sui diritti inviolabili, la natura di *diritto soggettivo fondamentale* o di *interesse legittimo fondamentale*.

Pertanto l'interesse legittimo non può essere qualificato come un diritto soggettivo affievolito, ma come una situazione giuridica autonoma ed alternati-

36 Cfr. F. G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 1989, 8 ss. Più di recente cfr. F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 345 ss.

37 Cfr. in senso critico in merito alla teoria dell'affievolimento B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Roma, 2003, 825; F. MERUSI, *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, cit., 180 ss. V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *www.astrid.eu*, 8.

38 Rileva la teoria della pluriquificazione ed il principio della relatività delle situazioni giuridiche soggettive. Tale logica spiega come un medesimo interesse materiale rispetto ad un bene possa assumere molteplici forme giuridiche e molteplici forme di tutela. Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 125 ss.; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA. VV., Bologna, 2001, 269 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 107 ss. Cfr. da ultimo, sul versante processualciviltistico, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 48 ss.

va al diritto soggettivo, e di conseguenza i diritti costituzionali non possono essere apprezzati come una sorta di *deroga* astratta alla dinamica dell'affievolimento, non essendo questa configurabile, vista l'alternatività costituzionale e la parità valoriale tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

In questa diversa prospettiva il diritto inviolabile non è altro che una categoria costituzionale descrittiva di un interesse, il quale, per essere fatto oggetto di protezione giurisdizionale, necessita di essere sottoposto ad un processo di qualificazione nei limiti della forma delle due situazioni giuridiche dell'art. 24 Cost. La riconducibilità *in astratto* di tale interesse nell'alveo di un diritto inviolabile nulla dice sulla sua forma giuridica³⁹, e quindi sulla giurisdizione, essendo semplicemente indice della propria rilevanza assiologica⁴⁰.

L'ideologia dei diritti costituzionali ad oltranza, quindi, quelli spacciati come inaffievolibili, non fa altro che capovolgere irragionevolmente la formula sintetica di Lodovico Mortara, secondo cui "se c'è il potere, non c'è il diritto", sostituendola con quella pericolosa ed anti-costituzionale, secondo cui "se c'è il diritto, non c'è il potere"⁴¹, con automatica neutralizzazione della rilevanza dell'interesse pluri-qualificabile. Risulta così evidente la necessità sistemica di un "potere, senza diritti", posto che deve considerarsi connaturata alla stessa forma di Stato la *violabilità* dei diritti *inviolabili*; "se qualcosa cede dinanzi all'azione amministrativa questi sono soprattutto i diritti di libertà"⁴² e più in generale tutti i diritti costituzionali⁴³.

Accedendo, al contrario, all'idea che la mera presenza di un diritto inviolabile possa inibire il potere pubblico, fino a neutralizzarlo in radice, anche

39 Cfr. Ad. Pl. 22.10.2007 n. 12.

40 Cfr. D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2009, 92.

41 Come affermato da M. NIGRO, *Introduzione, Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2143, secondo cui "Dalla formula di Mortara, c'è diritto soggettivo perché non c'è potere, si passa all'altra, completamente alla rovescia, non c'è potere perché c'è diritto soggettivo, dove potere significa ovviamente anche interesse legittimo e giurisdizione amministrativa".

42 G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 283.

43 Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 243, secondo cui "la maggior parte dei diritti fondamentali recede dinanzi all'esercizio della potestà pubblica, abbiano o non abbiano garanzia costituzionale".

quando normativamente previsto, si determina a cascata un'abnorme sostituzione del giudice ordinario, rispetto all'Amministrazione⁴⁴, spogliata del proprio potere, smarrito in astratto. In sostanza un *potere degradabile*. In questo senso la negazione della teoria dell'indegradabilità si pone a presidio, pur in via indiretta, dello stesso principio di separazione dei poteri, alla luce del quale il giudice ordinario non può, in nome di un evocato diritto costituzionale, surrogare la funzione amministrativa con la funzione giurisdizionale.

Pertanto un diritto fondamentale, quando esiste un potere, deve assumere nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità la "consistenza"⁴⁵ giuridica di un interesse legittimo e nell'ambito della giurisdizione esclusiva⁴⁶ (art. 103 Cost.; art. 7 c.p.a.; art. 133 c.p.a.) la consistenza dell'interesse legittimo o quella del diritto soggettivo. In altre parole "il diritto fondamentale non si comporta di fronte al potere amministrativo diversamente da ogni altro diritto"⁴⁷.

5. La giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili nella giurisprudenza costituzionale

La Corte costituzionale (nell'ultimo decennio del 2000) ha riconosciuto la solidità del fondamento costituzionale della giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili, nell'ambito di una complessiva ricostruzione del modello di riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa (art. 103 Cost.), calibrato proprio intorno alla nozione di *potere pubblico*.

Già a partire dalla nota sentenza Ferrari⁴⁸, di poco successiva ai lavori dell'Assemblea costituente⁴⁹, è progressivamente emersa una lettura costituzio-

44 Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 379.

45 Di "consistenza" dei diritti fondamentali parla A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 8.

46 Sulla problematica specifica del rapporto tra giurisdizione amministrativa esclusiva e diritti inviolabili cfr. F. GASPARINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. Civ e prev.*, 2010, 1287 ss.; R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in *www.neldiritto.it*; A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit., 200 ss.

47 U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., 417.

48 Cfr. Cass., S.U., 4.7.1949 n. 1657.

49 Per un'analisi dei lavori della Costituente cfr. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, 3032 ss.

nale, tra le altre, del riparto di giurisdizione ancorato alla sussistenza o meno di una norma attributiva di un *potere pubblico*. Più di recente la Corte costituzionale⁵⁰, in tale logica, dopo un travagliato percorso legislativo e giurisprudenziale, ha affermato chiaramente come la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la giurisdizione di legittimità partecipino della medesima natura, presupponendo entrambe che nel processo sia in discussione l'attività posta in essere dall'Amministrazione come *autorità*, ed ha rilevato, quanto alla giurisdizione esclusiva, come dall'art. 103 Cost. debba desumersi che il legislatore ordinario non è titolare di una discrezionalità assoluta nell'attribuzione di "blocchi" di materie al giudice amministrativo ma soltanto di uno spazio di attribuzione relativo a "particolari materie", nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione oltre a riguardare interessi legittimi (come regola) investe (eccezionalmente, a rimorchio) "anche" diritti soggettivi. In questa logica l'individuazione del *potere pubblico* assume la funzione di architrave della giurisdizione, dovendo così essere rimessi alla giurisdizione ordinaria i comportamenti puri, ossia le attività materiali dell'Amministrazione, in assenza di potere, *rectius*, in assenza di una norma attributiva del potere; tali comportamenti sono in ogni caso da tenersi distinti, pur problematicamente, rispetto ai comportamenti riconducibili *mediatamente* al potere pubblico, sussistenti quando l'Amministrazione si avvale di strumenti intrinsecamente privatistici ma intimamente connessi ad un potere pubblico o in esecuzione di esso⁵¹, posto che questi sono riconducibili nell'alveo della giurisdizione amministrativa, alla luce della loro intima relazione con il potere.

Lo stesso legislatore delegato, in sede di redazione del codice del processo amministrativo, ha recepito lo schema costruito dalla Corte, in espressa at-

50 Cfr. Corte cost. n. 204/2004. Per una lettura critica di questa pronuncia, sotto il profilo della tutela dei diritti nell'ambito della giurisdizione amministrativa, cfr. M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: Il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in www.forumcostituzionale.it. Tuttavia la suddetta impostazione ha avuto autorevole riscontro nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Cfr. Ad. Pl., 30.7.2007 n. 9; Ad. Pl., 30.7.2007 n. 10.

51 Cfr. anche, sulla base delle premesse fissate dalla pronuncia sopra richiamata, Corte cost. n. 191/2006.

tuazione del principio contenuto nella legge delega (art. 44, 1° comma, l. n. 69/2009), secondo cui il Governo avrebbe dovuto riordinare “le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni”, imponendo che il riassetto si adeguaesse “*alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori*”, a conferma espressa peraltro dell'autorevole tesi secondo cui il diritto giurisprudenziale è una fonte del diritto⁵²; l'art. 7 c.p.a., come noto, ha recepito tali previsioni⁵³.

In questo scenario la giurisprudenza costituzionale ha affrontato anche direttamente il radicamento della giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili.

La Corte costituzionale, pronunciandosi su dubbi di legittimità relativi a norme legislative che attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di diritti qualificabili *in astratto*, staticamente, come *inviolabili*, ne ha affermato la compatibilità con il contenuto dell'art. 103 Cost., riconducendo ad unità le relazioni tra potere pubblico, situazioni giuridiche soggettive e diritti inviolabili. Più specificatamente in merito ad una disposizione che attribuiva alla giurisdizione esclusiva il contenzioso relativo alle procedure ed ai provvedimenti in materia di impianti di generazione elettrica⁵⁴, compresi i profili risarcitori, erano stati sollevati dubbi di legittimità proprio sul presupposto che la natura inaffievolibile ed indegradabile del diritto alla salute e del diritto ad un ambiente salubre avrebbero dovuto determinare una riserva in capo al giudice ordinario. Tuttavia la Corte, sulla base della ricostruzione del criterio costituzionale di riparto, ha negato la configurabilità di una riserva di giurisdizione dei diritti fondamentali nei confronti del giudice ordinario: il giudice amministrativo “*è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa.* (...) Né osta - va ribadito

52 Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 287 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna - Roma, 2011, 144 ss., 536 ss., 745 ss.

53 Cfr. R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, cit., 2.

54 L'originaria disciplina (art. 1, 552° comma, l. n. 311/2004) è attualmente confluita nell'art. 133, 1° comma, lett. o), c.p.a.

- alla validità costituzionale del 'sistema' in esame la *natura 'fondamentale'* dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie de quibus, su cui pure insiste il rimettente, *non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*⁵⁵.

In questa logica risulta palesemente negata l'idea di un'*unica* giurisdizione naturale (ordinaria) dei diritti fondamentali⁵⁶, non potendo neppure operarsi, alla luce di quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale, alcuna discriminazione nei confronti della giurisdizione di legittimità, posta la matrice comune ed omogenea rispetto alla giurisdizione amministrativa esclusiva⁵⁷ e con essa quindi la identica idoneità a tutelare la effettività dei diritti costituzionali.

Analogamente la Corte ha dichiarato infondata, rispetto all'art. 103 Cost., una questione insistente su una disposizione che attribuiva alla giurisdizione esclusiva amministrativa tutte le controversie, anche della fase cautelare, attinenti al ciclo di gestione dei rifiuti, per quanto incidenti su taluni diritti costituzionalmente tutelati⁵⁸, ribadendo così la debolezza del mito dell'indegradabilità.

Alla luce di questa ricomposizione assumono un ruolo meramente ricognitivo alcune previsioni legislative; si pensi, ad esempio, all'art. 133, 1° comma, let. p), c.p.a., che devolve espressamente alla giurisdizione amministrativa esclusiva *anche* dei diritti "*costituzionalmente tutelati*", o all'art. 55 c.p.a., secondo cui la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a

55 Cfr. Corte cost. n. 140/2007, che afferma inoltre: "Deve, dunque, concludersi che legittimamente la norma censurata ha riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in *violazione di diritti fondamentali* in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione". Su questa pronuncia cfr. A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2007, 169 ss.

56 Cfr. anche Tar Lombardia, 16.7.2009 n. 4392, secondo cui "*nessuna norma del vigente ordinamento giuridico riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*".

57 Come affermato da Corte cost. n. 204/2004.

58 Cfr. Corte cost. n. 35/2010. In senso analogo cfr. Cass., S.U., 5.3.2010 n. 5290. Su questa pronuncia cfr. F. GASPARINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, cit., 1287 ss. In una logica analoga alla suddetta pronuncia cfr., ad esempio, Cass., S.U., 26.5.2009 n. 12115; Cass., S.U., 21.5.2009 n. 11832; Cass., S.U., 29.4.2009 n. 9956.

cauzione quando la domanda attenga a “*diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale*”.

In seno a questo modello, costruito intorno al potere pubblico, la *presenza di un diritto inviolabile* è quindi *irrilevante*⁵⁹; i diritti inviolabili, ai fini del riparto di giurisdizione, assumono un ruolo sostanzialmente *neutro* (essendo decisiva, invece, la qualificazione dell'interesse materiale come interesse legittimo o diritto soggettivo nonché la verifica della eventuale esistenza di un ambito di giurisdizione amministrativa esclusiva).

6. Il seguito “forte” della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza del Consiglio di Stato

La demitizzazione dell'indegradabilità, affermata nella giurisprudenza costituzionale, ha avuto un seguito coerente nella giurisprudenza amministrativa⁶⁰.

Non può negarsi come il giudice amministrativo si sia storicamente occupato di diritti inviolabili, ben prima degli assunti della giurisprudenza costituzionale, pur senza rivendicarne in modo espresso per molti anni la giurisdizione⁶¹.

Tuttavia più di recente è arrivato ad affermare con vigore come l'evocazione della categoria dei diritti fondamentali non possa escludere a priori la giurisdizione amministrativa e come sia configurabile anche la giurisdizione amministrativa di legittimità, posto che i diritti inviolabili sono del tutto compatibili con la forma dell'interesse legittimo⁶². Appare significativa in tal senso, in merito alla valorizzazione del ruolo decisivo del giudice amministrativo nella tutela dei diritti fondamentali, anche la relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2020 del Presidente del Consiglio di Stato⁶³.

⁵⁹ Nel senso della irrilevanza cfr. A. TRAVI, *Nota* a Cons. St., 13.2.2006 n. 556, in *Foro it.*, 2006, 181.

⁶⁰ Cfr. Ad. Pl., 22.10.2007 n. 12, che fonda la critica alla teoria dell'assolutizzazione della inviolabilità proprio su una netta distinzione tra *agere* pubblicistico e comportamenti.

⁶¹ Cfr. U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, cit., 417 ss.

⁶² Cfr. Cons. St., sez. IV, 6.2.2013 n. 5830.

⁶³ Relazione in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020, 22.

La sentenza maggiormente paradigmatica in materia, perché fondata su una diffusa e solida motivazione, recante principi generali applicabili sia alla giurisdizione amministrativa esclusiva che di legittimità, è certamente quella resa dal Consiglio di Stato (sez. III, 2.9.2014 n. 4460)⁶⁴, nell'ambito del drammatico “caso Englaro”, in cui era stato impugnato il provvedimento della Regione di diniego di messa a disposizione di una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente un soggetto in stato di coma vegetativo permanente. Con tale pronuncia il Consiglio di Stato, ricostruendo il rapporto tra potere pubblico e diritto costituzionale alla salute, ha affermato, ai fini del radicamento della giurisdizione, come “non giova invocare, in senso contrario, la categoria dei cc.dd. diritti incompressibili”, una categoria “svilupata trentacinque anni or sono, ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 9.3.1979, n. 1463 (...) La dottrina dei diritti incompressibili deve ormai ritenersi priva di un solido e convincente sostegno in un'ampia e attenta ricognizione del nostro ordinamento e alla luce, soprattutto, dei fondamentali principi affermati dalla Corte costituzionale”. In questa logica ciò che deve ritenersi decisivo quindi è la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive: “la ‘consistenza’ di tale situazione, che radica, a seconda dei casi, la giurisdizione del g.o. o del g.a., non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto – la salute o l'ambiente – ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del *pubblico potere*. L'esercizio del pubblico potere non ‘degrada’ la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di *capitis deminutio*, così come, per converso, la ‘forza’ della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere”.

64 Nello stesso senso sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, cit., *passim*. Il Consiglio di Stato, sez. III, 21.6.2017 n. 3058 ha successivamente condannato l'Amministrazione regionale a risarcire anche il danno non patrimoniale sofferto dalla paziente, per lesione del diritto alla salute e dal genitore per lesione del legame parentale, a seguito dell'illegittimo rifiuto.

In questa prospettiva, quanto all'irrelevanza della categoria dei diritti fondamentali e comunque della loro compatibilità con il potere pubblico, appare significativa anche la posizione assunta dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 12.4.2016, che, in relazione ad una vicenda processuale riguardante l'esercizio del potere di attribuzione delle ore di sostegno ad un alunno disabile, in un ambito di giurisdizione amministrativa esclusiva (quello dei servizi pubblici *ex art.* 133, 1° comma, let. c), ha affermato: “Né, ovviamente, la pacifica natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata, quand'anche qualificato come ‘fondamentale’, esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa. (...) La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di *poteri pubblicistici*, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali”⁶⁵.

Sulla scia di tale pronuncia il Consiglio di Stato ha affinato i criteri di riparto di giurisdizione in relazione alla tutela degli alunni disabili, nell'ambito di una normativa di settore assai farraginosa e complessa, specificando il discrimine tra la giurisdizione civile (sulle valutazioni delle ASL sullo *status* della persona, su comportamenti discriminatori) e quella amministrativa esclusiva (sui provvedimenti recanti la diagnosi funzionale, il profilo dinamico funzionale, il piano educativo individualizzato nonché sui successivi provvedimenti dell'Amministrazione scolastica attributive di un numero inferiore di ore di sostegno), riconoscendo espressamente anche in quest'ultimo ambito la configu-

65 Un'apertura in questo senso poteva scorgersi già, pur in linea di principio, in Cass. S.U., 25.11.2014 n. 25011, in *Foro it.*, 2015, I, 951 ss., con nota di E. SCODITTI, *I diritti fondamentali tra giudice ordinario e giudice amministrativo*.

rabilità di interessi legittimi, innanzi all'esercizio di poteri pubblicistici, e la rilevanza costituzionale di essi⁶⁶.

Più di recente il Consiglio di Stato (sez. V, 3.9.2018 n. 5156) ha anche rigettato un'eccezione di difetto di giurisdizione, confermando la decisione di primo grado, in relazione alla impugnazione di provvedimenti amministrativi di un Comune, che, prevedendo la obbligatorietà della refezione scolastica, avevano vietato agli alunni di scuole elementari e medie di consumare nei locali della refezione cibi diversi da quelli somministrati dall'appaltatore del servizio, sul presupposto che "la controversia attiene al legittimo esercizio di un potere autoritativo" impositivo di un divieto. Non può ritenersi sufficiente, infatti, per radicare la giurisdizione ordinaria l'evocazione da parte dei ricorrenti della violazione di un diritto fondamentale all'istruzione (*rectius*, retoricamente qualificato come tale): "la lata categoria dei c.d. diritti fondamentali, rinveniente e configurata in relazione ai diritti dell'uomo, vale a dire riguardante un contesto per sua natura estraneo al riparto interno di giurisdizione italiano e alla sua distinzione funzionale tra diritti soggettivi e interessi legittimi, non delimita un'area estranea all'intervento di pubblici poteri autoritativi (...) La sussistenza di poteri amministrativi conferiti dalla legge anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un siffatto diritto fondamentale, con la conseguente possibilità di configurare la situazione, ai detti fini di riparto di giurisdizione, come un interesse legittimo, trova conferma" sia nella giurisprudenza costituzionale sia nelle suddette previsioni normative processuali (art. 55, 133, 1° comma, let. p). *Ai fini del riparto di giurisdizione italiano, un 'diritto fondamentale' può dunque atteggiarsi, a seconda dei casi rispetto all'esercizio della pubblica funzione, o come diritto soggettivo o come interesse legittimo*".

Deve essere altresì richiamata la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 11.10.2018 n. 5861), che ha ribadito la giurisdizione amministrativa esclusiva in relazione all'impugnazione del provvedimento di diniego di fruizio-

66 Cfr. Cons. St., sez. VI, 3.5.2017 n. 2023; Cons. St., sez. VI, 6.6.2017 n. 2698; Cons. St., sez. VI, 13.7.2017 n. 3393.

ne di cure specialistiche all'estero (procreazione medicalmente assistita), alla luce di una pedissequa riproposizione delle argomentazioni sviluppate dalla citata Adunanza Plenaria n. 7/2016; nella medesima logica è stata riconosciuta la giurisdizione amministrativa esclusiva in relazione alla tutela del diritto costituzionale alla salute dei soggetti disabili, ritenendo illegittima la riserva di risorse finanziarie ai soli malati di SLA e non anche a pazienti con altre malattie parimenti invalidanti (Cons. St., sez. III, 10.6.2016 n. 2501; Cons. St., sez. III, 3.5.2016 n. 1713).

Appare peraltro emblematica la problematica della tutela della libertà religiosa e specificatamente del diritto costituzionale ad un edificio di culto, la cui consistenza è certamente qualificabile come un interesse legittimo fondamentale (plurisoggettivo) innanzi all'esercizio dei poteri pubblicistici di zonizzazione, localizzazione e autorizzazione alla realizzazione di un immobile destinato al culto⁶⁷, la cui sindacabilità è rimessa alla giurisdizione amministrativa.

Da queste pronunce emerge quindi l'impossibilità di differenziare le sorti dei diritti inviolabili tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva, posto che le argomentazioni utilizzate per il radicamento dei diritti inviolabili nella giurisdizione esclusiva si fondano anche sulla categoria del potere pubblico e quindi rilevanti, sotto il profilo sistematico, per la giurisdizione di legittimità.

In sintesi, le pronunce che riguardano la salute, l'istruzione, i diritti sociali in generale, "dimostrano come il giudice amministrativo debba quotidianamente misurarsi con la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali (...) Si può quindi affermare che la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla tutela dei diritti fondamentali costituisca, dopo un lungo e tormentato iter di corsi e di ricorsi storici, un punto fermo del diritto vivente, non solo nelle materie di giurisdizione esclusiva"⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, in *Federalismi.it*, 2015, 1 ss.

⁶⁸ M. NOCCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 10.

Tuttavia tale affermazione, quanto alla cristallizzazione di un diritto vivente, per quanto auspicabile, necessita di una verifica ulteriore alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione in sede di regolazione del riparto di giurisdizione.

7. Il seguito “debole” della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza della Corte di cassazione

In realtà il seguito della giurisprudenza costituzionale in quella della Corte di cassazione appare parziale e contraddittorio (fatta eccezione per qualche pronuncia conforme al quadro ricostruito; si veda da ultimo Corte cass., n. 18540/2023), posto che si continua ad affermare, ai fini del riparto, che davanti ad un diritto costituzionale “*a nulla rileva che sia stato adottato un provvedimento amministrativo*” (ric conducendo quindi alla giurisdizione ordinaria anche la impugnazione di una delibera di Giunta comunale recante un divieto di campeggio anti Rom; cfr. Cass. n. 3842 del 15.2.2021).

La Corte di cassazione, storicamente protagonista dell’assolutizzazione dei diritti costituzionali, pur essendo arrivata ad ammettere la giurisdizione amministrativa *esclusiva* dei diritti inviolabili⁶⁹ (come, ad esempio, nelle controversie relative all’apposizione nelle aule scolastiche del crocifisso⁷⁰, all’impartizione ai minori, in assenza di consenso dei genitori, delle lezioni di educazione sessuale⁷¹, all’autorizzazione e localizzazione di impianti di energia o di gestione dei rifiuti⁷²), continua a negare la giurisdizione amministrativa *di legittimità* dei diritti inviolabili.

Più specificatamente la Corte di cassazione afferma che “anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.), allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguenti ad atti della

69 Cfr. F. SCIARRETTA, *Giurisdizione amministrativa “esclusiva” nella tutela dei diritti soggettivi di fronte alle pubbliche amministrazioni*, in *www.federalismi.it*, 2018, 3, 32 ss.

70 Cfr. Cass., 10.7.2006 n. 15614.

71 Cfr. Cass., S.U., 5.2.2008 n. 2656.

72 Cfr. Cass., S.U., 28.12.2007 n. 27187.

P.A. di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei Giudici amministrativi, come ad es. in quella di gestione del territorio, compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie”⁷³. Tale indirizzo è stato più volte ribadito⁷⁴.

In questa giurisprudenza, come in quella più risalente, emerge una resistenza ideologica e la sopravvivenza del mito dell'indegradabilità, posto che la Corte di cassazione riconosce la giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili *limitatamente* a quegli ambiti nei quali il legislatore (oggi con l'art. 133 c.p.a.) attribuisce al giudice amministrativo la cognizione (anche) dei diritti soggettivi⁷⁵, presupponendo quindi l'inconfigurabilità degli interessi legittimi fondamentali e la corrispondenza biunivoca tra diritti inviolabili e diritti soggettivi.

In altre parole il seguito da parte della Cassazione della giurisprudenza costituzionale è “debole”, poiché, pur segnando un'apertura rispetto alla giurisprudenza della Cassazione degli anni '80-'90, che riservava esclusivamente alla giurisdizione ordinaria la tutela dei diritti inviolabili, appare comunque contraddittorio e insufficiente ad assicurare la coerenza del sistema costituzionale (artt. 102, 103, 24 Cost.).

In primo luogo disconosce la portata sistemica della giurisprudenza costituzionale, sviluppatasi nel frattempo, che pur essendosi pronunciata soltanto su disposizioni riguardanti la giurisdizione amministrativa esclusiva, ha affinato

⁷³ Cfr. Cass., S.U., 28.12.2007 n. 27187.

⁷⁴ Cfr. Cass., S.U., 29.4.2009 n. 9956; Cass. S.U., 21.5.2009 n. 11832; Cass. S.U., 28.6.2013 n. 16304; Cass. S.U., 24.10.2014 n. 22612; Cass. S.U., 3.6.2015 n. 11376; Cass. S.U., 3.2.2016 n. 2052; Cass. S.U., 7.9.2016 n. 17674.

⁷⁵ Soltanto in qualche isolata pronuncia sembrano affermarsi principi idonei a radicare anche la giurisdizione di legittimità. Cfr. Cass. S.U., 7.9.2016 n. 17674, in *Corr. Giur.*, 2017, 5, 649 ss. (con nota di F. URBANI, *La Cassazione torna a occuparsi del rapporto tra riparto di giurisdizioni e diritti fondamentali*): “anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione allorché la loro lesione sia dedotta come effetto del se e del come la funzione pubblica si sia estrinsecata in materia riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come nel caso atti e comportamenti in violazione di norme che regolano il procedimento e la programmazione, pianificazione e organizzazione del territorio (...) nell'interesse dell'intera collettività nazionale, compete al giudice amministrativo la cognizione esclusiva delle relative controversie sulla sussistenza in concreto dei diritti vantati, direttamente incisi dal potere autoritativo di cui si contestano le scelte, ed il contemperamento o limitazione di essi con l'interesse generale all'ambiente salubre (Corte cost. nn. 204 del 2004, 191 del 2006, 140 del 2007, S.U. n. 2052 del 2016), che non può esser demandato ad un ausiliare del G.O”.

criteri valevoli in via generale per il riparto di giurisdizione dei diritti inviolabili e quindi anche per la giurisdizione di legittimità, ignorandone quindi la matrice comune.

In secondo luogo introduce una distinzione (tra giurisdizione amministrativa di legittimità e giurisdizione amministrativa esclusiva) distorsiva posto che tende a trasformare la giurisdizione esclusiva (nella quale il giudice amministrativo conosce sia interessi legittimi sia diritti soggettivi) in una giurisdizione di soli diritti soggettivi, posto che anche in tale ambito il potere pubblico finisce per svanire e lasciare posto a diritti soggettivi fondamentali (in luogo degli interessi legittimi fondamentali).

Fuori dagli ambiti di giurisdizione amministrativa esclusiva, la Corte di cassazione ha continuato a ribadire irragionevolmente la teoria dell'indegradabilità dei diritti inviolabili e che "il giudice ordinario è il giudice naturale dei diritti fondamentali"⁷⁶, tanto da aver di recente suscitato un autorevole critica di "immobilismo"⁷⁷.

Peraltro vi sono ambiti (come in materia di impugnazione dei provvedimenti di diniego di autorizzazione a sostenere cure all'estero nonché di rimborso delle relative spese) in cui i TAR hanno riconosciuto la giurisdizione amministrativa esclusiva (*ex* art. 133, 1° comma, let. c, c.p.a.), non sui presupposti motivazionali del Consiglio di Stato, quindi negando la teoria della indegradabilità dei diritti fondamentali, ma sulla base della giurisprudenza della Corte di cassazione, ammettendo quindi la sopravvivenza di tale indegradabilità: "Giovà poi evidenziare che *anche laddove il diritto alle cure non sia ritenuto degradabile* e rimanga saldamente ancorato alla dimensione di diritto soggettivo, nondimeno verrebbe necessariamente meno la giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 133 c. 1, lett. c) c.p.a. (Tar Perugia, sez. I, 1.3.2019 n. 125)⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. Cass. S.U., 20.10.2016 n. 21262.

⁷⁷ G. CORAGGIO, *La tutela del diritto alla salute nella dialettica tra G.A. e A.G.O.*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019.

⁷⁸ Cfr. in senso diverso Tar Lazio, Roma, 19.3.2019 n. 3648, che radica la giurisdizione amministrativa, pur in presenza un'esigenza di tutela del diritto costituzionale alla salute, sulla sus-

A tutto questo si aggiunga che tale ideologia sopravvive anche in alcune scelte legislative⁷⁹; tra queste non è annoverabile la normativa antidiscriminatoria, visto che in questo caso la negazione della giurisdizione amministrativa deriva da una distorta interpretazione di tale normativa proprio da parte della giurisprudenza ordinaria (prevalentemente in relazione all'azione antidiscriminatoria *ex* art. 44 d.lgs. n. 286/1998⁸⁰) e più specificatamente dall'erroneo postulato che il principio di uguaglianza viva nel nostro ordinamento sempre come un di-

sistenza di un potere amministrativo discrezionale.

⁷⁹ Non può negarsi come esistano delle discipline legislative che costruiscono ipotesi di giurisdizione ordinaria, da intendersi come sacche di indegradabilità dei diritti fondamentali. Si pensi al d.lgs. n. 196/2003 in materia di protezione dei dati personali o alla l. n. 230/1998 in tema di obiezione di coscienza. Cfr. sul punto F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Quanto, invece, alla disciplina legislativa sul riparto di giurisdizione dei diritti degli stranieri deve essere rilevata l'eccezionalità della materia, in seno alla quale sembrano sussistere una pluralità di criteri diversi, non sempre sistematicamente razionali, rispetto ai quali la teoria dell'indegradabilità continua a sopravvivere anche nelle scelte legislative, per quanto in uno scenario di settore che ne diluisce la portata sistemica. Sulla specifica problematica si rinvia a M. NOCCELLI, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 534 ss.; M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Riv. dir. comp.*, 1/2018, 212 ss.

⁸⁰ Si pensi alla giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di violazione della normativa antidiscriminatoria a tutela dello straniero. Cfr. Cass., S.U., 30.3.2011 n. 7186; Cass., S.U., 15.2.2011 n. 3670. In senso analogo più di recente Corte Appello Brescia, sez. lav., 26.2.2019 n.89; Tribunale Roma sez. II, 28.1.2019, n. 798; Tribunale Firenze sez. lav., 26.6.2018; Cass. S.U., 20.4.2016 n.7951. Il mito dell'indegradabilità è stato rievocato, infatti, anche nelle controverse riguardanti l'impugnazione di *provvedimenti amministrativi* per violazione della normativa che vieta forme discriminatorie fondate sulla nazionalità, sulla lingua, su motivi razziali, etnici, geografici o religiosi, per quanto l'art. 44 Dlgs. n. 286/1998 dispone che "quando il *comportamento* di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, e' possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione". In tali casi le Sezioni Unite e la giurisprudenza di merito fanno discendere dalla suddetta normativa un diritto soggettivo assoluto ed indegradabile all'antidiscriminazione, così da ritenere che qualsiasi provvedimento amministrativo che neghi un'utilità allo straniero (la stabilizzazione contrattuale, il bonus bebè, ecc.) debba degradare a comportamento illecito, con conseguente riespansione dell'originaria posizione di diritto soggettivo e radicamento della giurisdizione ordinaria. Cfr. in modo assai eloquente Tribunale Roma sez. II, 28.1.2019, n. 798, secondo cui "E', infatti, noto che, in tema di tutela avverso atti o comportamenti discriminatori vietati, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, essendo irrilevante che il comportamento discriminatorio dedotto consista nella emanazione di un atto amministrativo, posto che l'ordinamento costituzionale (articolo 3 Cost.), sovranazionale (Direttive 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2001/73/CE, 2006/54/CE) ed interno (articoli 3 e 4 del d.lgs. n. 215/2003 e articolo 44 del d.lgs. n. 286/1998) configurano il diritto a non essere discriminati come un diritto soggettivo assoluto, la cui tutela è espressamente devoluta alla cognizione del giudice ordinario, il quale, valutato il provvedimento censurato, deve, in caso di accertata discriminarietà, disattenderlo, adottando i provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti". In senso critico già F. PATRONI GRIFFI, *I diritti incompressibili*, cit., 1

ritto soggettivo; in realtà anche il principio di uguaglianza e la relativa pretesa antidiscriminatoria possono assumere la consistenza di interessi legittimi costituzionali⁸¹.

Né può ritenersi che la giurisdizione amministrativa possa essere elusa rievocando come criterio di riparto della giurisdizione, in luogo di quelli elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, il discrimine tra atto vincolato e atto discrezionale, posto che è pacifico che anche gli atti vincolati, presupponenti una norma attributiva del potere, debbano essere conosciuti dal giudice amministrativo, non corrispondendo ad essi diritti soggettivi⁸².

Tutti questi elementi sono quindi idonei ad escludere la sussistenza di un diritto vivente e quindi a far rilevare la sopravvivenza di un equivoco costituzionale, *rectius*, di un “falso” costituzionale in tema di riparto di giurisdizione.

ss., il quale smonta la costruzione di un astratto diritto fondamentale all'antidiscriminazione, sganciata dalla distinzione tra comportamenti discriminatori (riconguibili nell'alveo della giurisdizione ordinaria) e provvedimenti discriminatori (impugnabili innanzi al giudice amministrativo); proprio alla luce di tale assunto, seguendo la logica della Cassazione, si giungerebbe, ad esempio, a ricondurre irragionevolmente nell'alveo della giurisdizione ordinaria anche l'impugnazione di un bando discriminatorio (come sembrerebbe ammettere, invece, contraddittoriamente Cass. S.U., 20.4.2016 n.7951; Tribunale Roma sez. II, 28.1.2019, n. 798). Nella giurisprudenza di merito più risalente, in una logica costituzionalmente conforme, cfr. Trib. Bologna, ord. 7 agosto 2008, secondo cui “gli artt. 43-44, T.U. stranieri si applicano contro i comportamenti (o gli atti) discriminatori di un privato o della P.A., ma nulla dicono a proposito della tutela contro i provvedimenti amministrativi né prevedono alcuna deroga ai criteri di riparto della giurisdizione: da un lato, la distinzione tra provvedimenti e meri comportamenti della P.A. rientra tra le nozioni istituzionali del diritto amministrativo ed è tuttora alla base degli orientamenti giurisprudenziali sul riparto tra le giurisdizioni, ordinaria e amministrativa (...) dall'altro (...) gli artt. 43-44 T.U. stranieri omettono ogni riferimento alla tutela esperibile contro i provvedimenti illegittimi e non introducono disposizioni derogatorie alle ordinarie norme sulla giurisdizione”. Cfr. anche Trib. Mantova, ord. 21 aprile 2009; Tar Lombardia, Milano, 16.7.2009 n. 4392. Sulla problematica anche L. DE GREGORIIS, *Provvedimenti amministrativi discriminatori e tutela delle pretese abitative degli immigrati extracomunitari*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, 3.

81 Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1023. In senso analogo cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 164, secondo cui quando l'Amministrazione agisce con il provvedimento attua il “momento dell'autorità e sopprime o comprime la libertà di taluni amministrati”.

82 Cfr. Corte cost. n. 127/1998, secondo cui è un “postulato privo di qualsiasi fondamento” quello secondo cui “al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche soggettive qualificabili quali diritti soggettivi”.

8. Una notazione finale

Davanti alle richiamate resistenze giurisprudenziali, è necessario ribadire l'esigenza costituzionale della giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili.

L'architettura costituzionale, fondata su un equilibrio costante e su un'intima connessione, tra la prima e la seconda parte della Costituzione, impone una *relativizzazione* dell'inviolabilità⁸³ e con essa dei suoi corollari descrittivi (ossia della assolutezza, della indisponibilità, della irrinunziabilità⁸⁴). In uno Stato costituzionale sociale, complesso e pluriclasse, i diritti costituzionali degli individui non sono assoluti ma nascono intimamente connessi al potere pubblico, strettamente legati all'esercizio del potere quale funzione socio-istituzionale attuativa, conformante e limitativa del contenuto essenziale degli stessi. Il potere pubblico, se attribuito dal legislatore, costituisce la condizione di ancoraggio dei diritti alla forma di Stato, la garanzia di sostenibilità ordinamentale dei diritti costituzionali astrattamente enunciati nella I Parte della Costituzione.

Non esistono diritti inviolabili “senza potere”, posto che i diritti costituzionali non sono nati per essere impenetrabili e indegradabili ma per essere penetrati e permeati dai valori costituzionali della solidarietà, della libertà e dell'uguaglianza, veicolati all'interno di essi dal potere; risolvere, infatti, la tutela degli interessi individuali, anche se appartenenti al novero dei diritti fondamentali, nella dimensione del diritto soggettivo “significherebbe negare tutela a tutti o assicurarla solo al più forte, e quindi o negare la libertà o negare l'uguaglianza”⁸⁵. In altre parole è necessario ipotizzare che “si instauri una qualche azione di bilanciamento o di compromesso, cioè una *relativizzazione*. Una relativizzazione che, come appare evidente, non nega affatto l'assolutezza o la primarietà dei diritti inviolabili”⁸⁶.

83 Sull'esigenza di relativizzazione cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 379; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 14 ss.

84 Su tali profili cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 14 ss.

85 Come rilevato da V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., 596.

86 A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 15.

In questa logica è necessario far saltare il corollario teorico della corrispondenza biunivoca tra diritti inviolabili e forma giuridica del diritto soggettivo, posto che la forma del diritto soggettivo risponde a un'ideologia individualistica che “mal si concilia con gli ideali propri di una società pluralista ed in particolare con quelli della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà”⁸⁷; se fosse vero, infatti, che “esistono diritti inviolabili della persona tutelabili ad oltranza (...) in favore di ciascuno, non si verrebbe mai a capo di nulla, poiché ognuno pretenderebbe di veder tutelato in assoluto il proprio diritto inviolabile”⁸⁸.

Pertanto il potere pubblico non può essere ontologicamente paralizzato dall'evocazione di un diritto costituzionale nell'atto introduttivo di un giudizio. Anche la presenza di un diritto inviolabile non nega il potere pubblico ma lo presuppone (*rectius*, può presupporlo), quale condizione di attuazione del medesimo e quale punto di equilibrio tra individuo e Stato, tra autorità e libertà, *rectius*, tra autorità, libertà ed eguaglianza.

87 V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., 594.

88 V. CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, in *Foro amm.*, 1987, 1321. Cfr. anche F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta?*, in *Gius. Civ.*, 1980, 368.

FULVIO CORTESE
Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento
fulvio.cortese@unitn.it

**DIRITTI FONDAMENTALI, RESPONSABILITÀ
DELL'AMMINISTRAZIONE E GIUDICE AMMINISTRATIVO:
UN'INTRODUZIONE**

**FUNDAMENTAL RIGHTS, LIABILITY OF PUBLIC
ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE JURISDICTION: AN
INTRODUCTION**

SINTESI

Il contributo si propone di illustrare e spiegare le ragioni teoretiche sottese all'attuale stato del contenzioso italiano sui diritti fondamentali di fronte al giudice amministrativo. In primo luogo si introducono le ragioni della complessità dell'argomento. Quindi si offre un panorama della casistica più significativa affrontata dalla giurisdizione amministrativa e si evidenzia la difficoltà di individuare un sicuro criterio di distinzione con le ipotesi in cui può intervenire la giurisdizione civile. Infine si cerca di ricavare i motivi di questa difficoltà, partendo da un'interpretazione costituzionale e rilevando l'ambiguità strutturale del modo con cui si concepisce, sul piano pratico, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Si conclude auspicando una maggiore consapevolezza dei meccanismi interpretativi costituzionali e della specificità della tutela che la giurisdizione amministrativa può garantire.

ABSTRACT

The contribution aims to illustrate and explain the theoretical reasons underlying the current state of Italian litigation on fundamental rights before the administrative courts. First, the reasons for the complexity of the topic are introduced. Therefore, an overview of the most significant cases faced by the administrative jurisdiction is offered and the difficulty of identifying a certain criterion of distinction with the hypotheses in which the civil jurisdiction can inter-

vene is highlighted too. Finally, the essay tries to derive the reasons for this difficulty, starting from a constitutional interpretation and noting the structural ambiguity of the way in which the Italian distinction between “diritti soggettivi” and “interessi legittimi” is conceived, on a practical level. The article concludes by hoping for greater awareness of the constitutional interpretative mechanisms and the specificity of the protection that administrative jurisdiction is able to guarantee.

PAROLE CHIAVE: Diritti fondamentali, Responsabilità della pubblica amministrazione, Giurisdizione amministrativa, Stato del contenzioso in Italia, Ragioni teoretiche

KEYWORDS: Fundamental Rights, Liability of Public Administration, Administrative Jurisdiction, Litigation Trends in Italy, Theoretical Reasons.

INDICE: 1. Un tema complesso e un'istanza preliminare di comprensione. – 2. Fotografia dell'esistente: il risultato di una stratificazione evolutive. – 3. Ancora sul dualismo giurisdizionale: una (ulteriore) spiegazione. – 4. Problemi istituzionali (oltre che pratici): da sradicare o da gestire?

1. Un tema complesso e un'istanza preliminare di comprensione

Diritti fondamentali, responsabilità dell'amministrazione e giudice amministrativo: è un accostamento tanto facile e attuale, quanto difficile e invariabile, perché richiama in un unico intreccio tre entità che da tempo si incontrano e si scontrano, e che, a loro volta, si sono costituite come nuclei tematici quasi autonomi, con proprie discipline, comunità accademiche di riferimento e relative *expertise*. Ma anche con rispettive e interne oscillazioni, o visioni, capaci di condizionare in modo assai importante ogni interazione verso l'esterno.

Con questo non si vuole certo avviare la riflessione con un postulato per molti versi poco accettabile: quello, in ipotesi, per il quale la specializzazione cui porta l'approfondimento di molte materie valga a preconstituire l'esistenza di differenti nuclei di senso e, quasi per definizione, poco coordinabili, perché orientati a una spiccata autoreferenzialità. Ciò non può essere, naturalmente, se non altro per la necessaria tensione unificante che a ogni giurista è richiesta per ricondurre interpretazioni e soluzioni all'organicità che l'esistenza stessa dell'ordinamento esige.

Eppure non si può non constatare che, nel caso di specie, la sensazione di dover conciliare universi a loro volta troppo densi, e talvolta pure poco univoci nelle rappresentazioni, è davvero forte. Un'esigenza preliminare di comprensione sorge in modo naturale. D'altra parte, che cosa significano, oggi, le espressioni diritti fondamentali, responsabilità dell'amministrazione, giudice amministrativo? Ciascuna richiederebbe uno scavo indipendente, con il rischio (per così dire) di riportare alla luce questioni e discussioni mai realmente risolte o concluse.

Se si pensa alla prima espressione, ad esempio, vengono in gioco nozioni non sempre collimanti¹.

Senza voler ripercorrere il dibattito assai noto sui referenti prescrittivi per l'individuazione dei diritti fondamentali (coincidono, forse, con i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.? Il loro riconoscimento è necessariamente positivo o può anche percorrere vie di legittimazione diverse, come quella dell'accertamento giurisdizionale?), è sufficiente rammentare che ad essi si rivolgono fonti di provenienza e forza non sempre combacianti (i Trattati UE, la CEDU, altri strumenti convenzionali internazionali).

Anzi, non mancano casi nei quali la loro proiezione di situazioni giuridiche soggettive per eccellenza – ossia di situazioni che, assurgendo ad una qualifica così alta e fondativa sul piano istituzionale, meritano un'attenzione e una protezione massime – cambia funzionalmente veste, liberando (in qualche modo) e diffondendo nel discorso giuridico *tout court* tutto il carico assiologico di cui sono veicolo e sovrapponendosi, dunque, all'istanza di garanzia di ulteriori situazioni giuridiche soggettive, contribuendo a conformarla. Basti pensare, sul punto, a quanto statuisce l'art. 6.3 del TUE (per il quale «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle

¹ Per una trattazione compiuta cfr., ad esempio, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020 (2^a ed.), e S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, FrancoAngeli, 2023 (2^a ed.).

libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali²).

Se si deve, pertanto, impostare un ragionamento sulla responsabilità delle pp.aa. a fronte della violazione di diritti fondamentali, non si può che constatare, già in partenza, che l'oggetto della tutela stessa è ambulante, potendosi collocare in spazi molto eterogenei dell'ordinamento. Senza trascurare, poi, la circostanza che esistono ampie e importanti discipline speciali, nelle quali viene in gioco, volta per volta, e non senza paradosso, anche la qualità soggettiva del titolare di quel tipo di diritti (come è tipico, ad esempio, dell'individuazione e della configurazione normativa dei diritti degli stranieri e delle diverse "categorie" in cui essi vengono classificati³).

Ma la cosa complicata è che distinguo non dissimili dovrebbero compiersi anche per l'indagine sul solo assetto della responsabilità dell'amministrazione.

Perché – e anche qui non ha certo senso rievocare i termini di evoluzioni conosciute e a loro volta influenti su molti altri argomenti – nel contesto italiano il regime di questa forma di responsabilità poggia tuttora sulle coordinate originarie sulle quali esso è stato incanalato con la nascita dell'ordinamento uni-

² Si potrebbe anche notare un meccanismo a suo modo di direzione *opposta* a quella ora segnalata, ossia in cui dal *principio* si produce il *diritto*. V., ad esempio, sempre in ambito europeo, la ben conosciuta e consolidata disciplina sulla tutela contro la discriminazione (cfr. la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione – 2000/78/CE – che vieta la discriminazione basata su orientamento sessuale, fede religiosa, età e disabilità nel settore dell'occupazione, la direttiva sull'uguaglianza razziale – direttiva 2000/43/CE – che vieta la discriminazione basata sulla razza o sull'etnicità, sempre nel settore dell'occupazione, ma anche in settori quali istruzione, previdenza sociale, compresi sicurezza sociale e assistenza sanitaria, prestazioni sociali, accesso e fornitura di beni e servizi., nonché l'art. 10 TFUE e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e l'affermazione sostanziale, specie da parte della giurisprudenza nazionale (v., ad esempio, Cass. civ., sez. I, 15 febbraio 2021, n. 3842) di una sorta di "diritto" a non essere discriminati (v., segnatamente, il "diritto" azionabile *ex* artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998, TU sull'immigrazione; sul punto si tornerà anche *infra*). Va ulteriormente rilevato che questo tipo di "diritto" ha condotto, assai di recente, a una specie di indebolimento (o temperamento) della tradizionale giurisprudenza sulla legittimità di decisioni assunte da parte di organizzazioni cc.dd. "di tendenza" nei confronti di dipendenti i cui comportamenti privati non siano in linea con le ragioni costitutive dell'organizzazione in questione: v., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 2 novembre 2021, n. 31071 (per un primo commento: G. PEZZINI, *Anche se religiosa, la scuola non è libera di discriminare*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 848 ss.).

³ V. sempre M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 109-110.

tario⁴: vale a dire, su coordinate che alimentano la base operativa per risolvere ogni controversia concreta alla radice delle distinzioni sulla sussistenza materiale di un potere pubblico capace di influire legittimamente sul contenuto della situazione giuridica soggettiva ovvero, all'opposto, di una prevalente e anteriore dimensione intersoggettiva, nei cui confronti la postura della p.a. non può che essere di mero comportamento e il cui rispetto impone, a rigore, anche un interlocutore differente (il giudice comune) e un correlato e adeguato bagaglio di strumenti di tutela (quelli di cui, classicamente, disponeva soprattutto la giurisdizione ordinaria). Con un meccanismo – è assai facile constatarlo anche in questa sede – che, fondandosi sulla capacità pubblica di definire le situazioni soggettive, non può che sottrarre i diritti fondamentali, quasi per postulato irrinunciabile, alla sfera d'azione di quella capacità e, così, alla giurisdizione speciale che per quella è stata istituita (quella, per l'appunto, del giudice amministrativo)⁵.

Non vi è dubbio che, rispetto a questo punto di partenza, molte cose sono mutate o, meglio, si sono sovrapposte. Anche perché si è appreso, strada facendo, nel corso del Novecento e dei primi anni di questo Secolo, che alla giurisdizione speciale non sono estranei frangenti in cui si tutelano situazioni soggettive definibili in termini di diritto a tutti gli effetti (è il caso della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo); e che, inizialmente proprio per tale motivo, la profondità e l'ampiezza della tutela ottenibile in quella sede dev'essere adeguata⁶, e dunque può essere anche maggiore di quella originariamente delineata in opposizione a quella ottenibile dinanzi all'A.G.O. Ciò con uno sviluppo di graduale implementazione⁷, che, anche per l'influsso e la sovrapposizione

4 E, precisamente, con l'entrata in vigore dell'art. 2 dell'All. E della legge n. 2248/1865.

5 A simile risultato è giunta la Corte di cassazione sin dalle notissime pronunce (SS.UU., 9 marzo 1979, n. 1463, e 6 ottobre 1979, n. 5172) in materia di tutela del diritto fondamentale alla salute; sentenza "apripista" per l'affermazione compiuta di un tale indirizzo.

6 A decorrere dalle pronunce della Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190 (in tema di tutela cautelare) e 23 aprile 1987, n. 146 (in tema di mezzi di prova).

7 Di cui rappresenta testimonianza visibile anche un lungo e autorevole dibattito dottrinale, aperto dalla monografia di V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, e portato a compimento dal poderoso studio di A. POLICE, *Il ricorso di pie-*

di sistemi normativi differenti – tesi, peraltro, a valorizzare al meglio la realizzazione di un altro super-diritto fondamentale, quello all'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale⁸ – ha finito per promuovere anche la garanzia giurisdizionale di situazioni soggettive suscettibili di essere variamente plasmate dal potere dell'amministrazione (*i.e.*, e per antonomasia, gli interessi legittimi), avvicinandole, così, allo standard di tutela storicamente tipico delle situazioni soggettive (anticamente) più forti e aprendole, per così dire (e sulla scorta dell'art. 6 CEDU), anche a un sindacato di cd. “full jurisdiction”⁹.

In materia di responsabilità della p.a., l'evento per antonomasia, rappresentato dalla sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione e dalle statuizioni in essa contenute sulla risarcibilità degli interessi giuridicamente rilevanti correlati alla titolarità di un interesse legittimo, da un lato ha risentito degli influssi ora richiamati, dall'altro li ha rilanciati ed estesi, fino alla promozione, mercé anche la cd. “teoria della spettanza del bene della vita”¹⁰, di una tutela specifica positiva di nuova configurazione, oggi estesa alla possibilità (*ex art. 34, comma 1, lett. c, c.p.a.*) di esercitare un'azione di condanna al rilascio di un determinato provvedimento.

Ecco, tuttavia, che in questo andamento di avvicinamento reciproco – tra le tutele e tra le giurisdizioni – il tema della responsabilità delle pp.aa. per la violazione di diritti fondamentali si è fatto ulteriormente vagante, con la com-

na giurisdizione davanti al giudice amministrativo, I e II, Padova, Cedam, 2000-2001. Non è un caso che, al termine di tale dibattito, la Corte costituzionale abbia precisato che, in sede di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo può offrire tutela giurisdizionale anche ai diritti fondamentali: v. sent. 27 aprile 2007, n. 140.

8 Nel senso non solo dell'interpretazione *magis ut valeat* degli artt. 24 e 113 Cost., ma anche, se non in via preponderante, della realizzazione dei corrispondenti principi di matrice europea (che oggi si trovano posti in apertura alla disciplina del processo amministrativo – v. art. 1 c.p.a. – e che, tuttavia, si sono presentati all'attenzione degli operatori sin dalla prima elaborazione della disciplina sovranazionale in materia di tutela nel settore degli appalti pubblici). In argomento, sia consentito rinviare a F. CORTESE, B. MARCHETTI, *Art. 1*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (diretto da), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Padova, Wolters Kluwer, 2021, 3 ss.

9 Su cui cfr., *ex plurimis*, B. GILBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi. The control of full jurisdiction on administrative measures*, Napoli, Giapeto, 2019.

10 G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.

plicità, a quest'ultimo riguardo, delle mutazioni stesse dell'amministrazione, come organizzazione e come attività. Dal momento che – ed anche a tal proposito non possono che rievocarsi acquisizioni conosciute e ormai condivise – non solo sono comparse amministrazioni dotate di poteri di nuova strutturazione, ideate e finalizzate anche per la garanzia tecnica di situazioni soggettive particolarmente sensibili (e talvolta attinenti a diritti fondamentali: il rinvio è alle autorità indipendenti¹¹); si è anche affermata la consapevolezza che molti diritti fondamentali hanno bisogno di infrastrutture pubbliche e di interventi amministrativi idonei a renderli concretamente afferrabili (e qui l'allusione è al diritto alla salute¹²).

In definitiva, a fronte di trasformazioni e configurazioni così complesse, l'oggetto di questo contributo rischia di dimostrarsi impraticabile sin dalla posizione iniziale, con effetti potenzialmente paralizzanti. Esso è al centro delle tensioni che sono state generate dall'evoluzione di tutti i fattori (e, per così dire, delle sub-materie) che concorrono a delinearne i tratti. Sicché, a voler offrire un'introduzione metodologicamente cosciente allo studio di un simile oggetto, è necessario svolgere un'operazione di decifrazione delle dinamiche in cui si realizzano quelle tensioni, non solo per comprendere quale sia la presente fisionomia del tema (par. 2), ma anche per intravedere la cifra, o la morfologia, degli itinerari finora percorsi (par. 3) e per individuare dove si possono verosimilmente collocare, e bilanciare, le loro ulteriori linee di sviluppo (par. 4).

2. Fotografia dell'esistente: il risultato di una stratificazione evolutiva

Un modo di approcciarsi a un tema che, come si è precisato, è apparentemente inafferrabile può essere, semplicemente, quello di dare atto, in primo luogo, del punto storico di approdo. Rispondendo, in altri termini, alla domanda se esista una raffigurazione idonea a esprimere sinteticamente lo stato

11 V., per quanto riguarda l'originalità della posizione istituzionale e dei poteri delle autorità indipendenti, lo studio di E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019.

12 Cfr., *ex multis*, L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Padova, Wolters Kluwer, 2018, in part. 263 ss.

dell'arte della disciplina della responsabilità della p.a. per violazione di diritti fondamentali dinanzi al giudice amministrativo.

La risposta è positiva, dal momento che, nell'enorme mole dei lavori prodotti dalla dottrina negli ultimi dieci anni¹³, si trova spesso traccia di un certo genere di raffigurazione; un quadro in tutto e per tutto coincidente con quello qui di seguito fornito efficacemente dalla sinossi di un saggio ricostruttivo particolarmente ordinato e completo¹⁴:

Nelle materie di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo è chiamato a tutelare i diritti fondamentali incisi dai poteri pubblici, secondo quanto ha affermato la Corte costituzionale correggendo il diverso orientamento della Corte di cassazione. Occorre in ogni caso che la garanzia giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo sia piena ed effettiva, alla luce degli artt. 24 e 111 Cost., dell'art. 6 CEDU e dell'art. 19 TUE. Il principio di piena tutela richiede l'attribuzione di poteri processuali adeguati al bisogno di giustizia e presuppone garanzie d'indipendenza omogenee a quelle del giudice civile. Su questi fattori il giudice amministrativo finirà per consolidare o per perdere la sua legittimazione.

La sintesi è davvero paradigmatica. Offre, in una sorta di pillola, il concentrato dell'intersecazione progressiva dei grandi nuclei tematici e delle corrispondenti discipline di cui si è fatto rapido cenno nel paragrafo precedente. Di più: dà conto della stratificazione che ha prodotto quel concentrato, manifestandone in modo esplicito le tappe più importanti, quali la promozione definitiva della giurisdizione esclusiva come modello appropriato della tutela di situazioni giuridiche soggettive che non possono subire arretramenti davanti alle prerogative della p.a.¹⁵; il tramite, al riguardo, giocato dal principio di pienezza ed effettività della tutela, e dal suo essere correlato ad un pari diritto fondamen-

¹³ La letteratura è amplissima. I termini di riferimento per il ricchissimo dibattito svoltosi nel periodo in questione sono anticipati, *ex plurimis*, nei contributi raccolti in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁴ Cfr. M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

¹⁵ In coerenza con la giurisprudenza inaugurata da Corte cost., n. 140/2007 cit. *supra*, a nt. 7.

tale, nella sua molteplice e sinergica derivazione¹⁶; la diffusione della convinzione che il giudice amministrativo possa, anzi, debba attrezzarsi sempre di più e sempre meglio per fronteggiare questo ambizioso compito (con un cenno, aggiuntivo, se così si può specificare, all'istanza – anch'essa non nuova – di realizzazione compiuta di un regime istituzionale ed organizzativo della giustizia amministrativa che sia più prossimo a quello operante per la giurisdizione ordinaria¹⁷).

Si tratta di una direzione di marcia che – nonostante i tentativi in prospettiva programmaticamente opposta, che proprio nella materia della responsabilità della p.a., ma pur sempre in fattispecie comportamentali, ha portato avanti la Corte di cassazione¹⁸, fedele alle sue più ferme convinzioni¹⁹ – è stata confermata nel settore in cui più si è avvertita l'esigenza di un intervento adeguato del “giudice amministrativo” quale “giudice del potere”. Si allude al settore dell'amministrazione sanitaria e, così, alla tutela del diritto fondamentale alla salute, visto nelle sue più disparate declinazioni.

In ambito risarcitorio ha fatto scuola, innanzitutto, la vicenda giudiziaria del famoso “caso Englaro”²⁰.

Al di là di quanto ha stabilito la Suprema Corte sul versante dell'affermazione e della modulazione di un vero e proprio diritto a interrompere specifici trattamenti terapeutici²¹, quella vicenda ha dato spazio a una propaggine tutta interna alla giurisdizione amministrativa, perché concernente la deliberata inazione, o meglio il rifiuto esplicito, dell'amministrazione responsabile del servizio sanitario rispetto alla necessità di predisporre misure adeguate all'esecuzio-

16 Come risultante dall'intreccio dei parametri normativi espressamente indicati nell'estratto surriprodotto.

17 Secondo i noti itinerari ricostruttivi di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”* (Sonntagsgedanken), Milano, Giuffrè, 2005.

18 V. specialmente, da ultimo, Cass. civ., SS.UU., 7 settembre 2022, n. 23436, e 23 febbraio 2023, n. 5668.

19 Quelle, cioè, già manifestate con l'orientamento varato alla fine degli anni Settanta: v. *supra*, a nt. 5.

20 V., per una ricostruzione complessiva, G. CREPALDI, *Il «caso Englaro»: i giudizi civili, amministrativi e l'epilogo davanti alla Corte dei Conti*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 27 ss.

21 Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

ne della volontà negativa della paziente. Il cui rappresentante legale (tutore) è stato costretto, nelle more della definizione del giudizio di annullamento relativo a quel diniego, a rivolgersi ad altra amministrazione.

In tale occasione il giudice amministrativo non solo ha annullato il detto diniego; ha affermato anche l'obbligo della p.a., «*in ossequio ai principi di legalità, buon andamento, imparzialità e correttezza, [di] indicare la struttura sanitaria dotata di requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, tali da renderla "confacente" agli interventi e alle prestazioni strumentali all'esercizio della libertà costituzionale di rifiutare le cure, al fine di evitare all'ammalata (ovvero al tutore o curatore di lei) di indagare quale struttura sanitaria fosse meglio equipaggiata al riguardo*»²².

Tuttavia, poiché l'esecuzione di detto pronunciamento avrebbe dovuto realizzarsi quando ormai l'interruzione delle cure era stata realizzata *aliunde*, il giudice amministrativo, adito nuovamente per il risarcimento dei danni così patiti dalla paziente deceduta e dai suoi familiari, ha condannato la medesima amministrazione sanitaria al risarcimento del danno per equivalente, avallando anche una (ormai consolidata) interpretazione specializzante della responsabilità della p.a., pur nel solco del generale inquadramento all'interno della fattispecie aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.²³.

Sicché si può evidenziare molto bene come in questa controversia, da un lato, il giudice amministrativo abbia cercato di dare al diritto soggettivo fondamentale una prioritaria soddisfazione diretta, formulando una condanna articolata, comportante un'attivazione doverosa a servizio della situazione giuridica da garantire, dall'altro, venuta meno la possibilità di un'esecuzione soddisfattiva, ha ristorato il danno patrimoniale da ciò derivante, ma con le peculiarità ormai tipiche delle liti risarcitorie concernenti gli interessi legittimi.

²² Tar Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, punto 5.6 della motivazione. La sentenza è stata confermata, in appello, da Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

²³ Cons. Stato, sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058 (e già, in primo grado, Tar Lombardia, sez. III, 6 aprile 2016, n. 650).

Ancor più interessante è la giurisprudenza amministrativa sul diniego di autorizzazione a ricevere o a proseguire determinate cure mediche all'estero²⁴.

Una vera e propria pronuncia esemplare è quella in cui il Consiglio di Stato ha riaffermato la giurisdizione amministrativa, prendendo atto della necessità di riconoscere, anche in sede di giurisdizione esclusiva, la pertinente presenza di profili di potere pubblico, ed elaborando, in merito, una lettura a dir poco *estensiva*, come espresso, inequivocabilmente, nel seguente estratto²⁵:

[...] nessun dubbio nutre il Collegio circa l'inerenza del carattere fondamentale della situazione giuridica fatta valere a giustificare una deroga alla generalissima regola di riparto che vede il giudice amministrativo titolare della giurisdizione over l'amministrazione agisca nell'esercizio di un potere dalla legge previsto a conformazione di quella situazione giuridica.

[...] Non c'è nella dinamica delle posizioni giuridiche alcun fenomeno di degradazione: diritti soggettivi e interessi legittimi piuttosto convivono tutte le volte in cui l'interesse sostanziale di cui la persona è titolare è protetto nella vita di relazione e al contempo il suo godimento è conformato dalla legge attraverso la previsione di un potere pubblico che ne assicuri la compatibilità rispetto agli interessi della collettività.

[...] I diritti sociali a differenza dei diritti di libertà, traducendosi nella pretesa di una prestazione pubblica, necessitano, a seconda del grado di impatto sugli interessi pubblici potenzialmente antagonisti e in considerazione della scarsità delle risorse economiche e materiali disponibili, di una mediazione amministrativa. Una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale (e in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo), senza che possa darsi ultroneo rilievo alla natura "fondamentale" o "sociale" della situazione giuridica.

[...] Dinanzi alla pienezza di tutela che l'ordinamento oggi assicura, per il tramite della giurisdizione amministrativa, agli interessi fondamentali correlati ai diritti sociali, continuare a sostenere sotto l'ombrello teorico della non affievolibilità del diritto fondamentale, che il potere legalmente conferito alla pubblica amministrazione sia in quei casi *inutiliter datum*, equivarrebbe a

24 Per un'introduzione v. sempre L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 220 ss.

25 Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371.

qualificare la legge attributiva come incostituzionale, vieppiù irritualmente disapplicandola.

Di simili passaggi vanno annotati alcuni punti salienti: l'affermazione molto chiara dell'idea che, quando vi sia un inevitabile intervento dell'amministrazione, il diritto fondamentale e la sua tutela passino necessariamente per quel genere di mediazione; la conseguente conclusione che, vista l'inevitabilità della mediazione in parola (organizzativa come procedimentale), le prerogative pubblicistiche in cui essa si integra valgano a radicare la giurisdizione amministrativa e, così, a considerare il giudice amministrativo, *in parte qua*, come tutore dei diritti fondamentali e degli interessi che ne costituiscono il substrato.

È su questi presupposti che, nel corso degli ultimi anni, si è teorizzata e rilanciata a più riprese sia la ricostruzione (a tali presupposti sintonica) dei cc.dd. "interessi legittimi fondamentali"²⁶, sia una lettura (viceversa razionalizzante) che, preso atto di questi raggiungimenti come delle opposte ricostruzioni della Suprema Corte, permetta agli operatori di «recuperare una visione circa il giudizio sul riparto di giurisdizione», ricostituendo, per la Cassazione, un ruolo effettivo di «organo terzo rispetto al giudice ordinario ed ai giudici speciali»²⁷.

3. Ancora sul dualismo giurisdizionale: una (ulteriore) spiegazione

Lo scenario ora rievocato chiama in campo un'invariante assai classica, che non coincide solo con la storica dialettica animata dal conflitto tra le giurisdizioni (una dialettica che, come si è stati abituati con una certa ricorrenza,

26 V., ad esempio, *Insedimento del Presidente del Consiglio di Stato, Luigi Maruotti, e relazione sull'attività della giustizia amministrativa* (30 gennaio 2023), agevolmente reperibile online al seguente indirizzo: https://www.giustizia-amministrativa.it/inaugurazione-anni-giudiziari-consiglio-di-stato/-/asset_publisher/zkfRoSx4rTWx/content/relazione-di-insediamento-del-presidente-del-consiglio-di-stato-avv.-luigi-maruotti-e-relazione-sulla-attivita-c3-a0-della-giustizia-amministrativa. Cfr. anche L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 705 ss.

27 E. SCODITTI, *Questioni di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia* (11 ottobre 2023). Per la cornice argomentativa di un tale approccio v. già G. MONTEDORO, E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, ibid., n. 1/2021.

tenta di risolversi in via quasi negoziale, con la ricerca di accordi o protocolli tra i “vertici” delle rispettive organizzazioni, tuttavia non sempre risolutivi)²⁸.

La traiettoria più significativa – sulla quale poggia anche tutto il senso della dialettica ora menzionata – concerne la dinamica in cui si riscontra la (non) tenuta delle opzioni fondamentali con cui l’ordinamento definisce e, di conseguenza, alloca le utilità considerate meritevoli di tutela.

Per rendere al meglio il funzionamento effettivo di questa dinamica – al di là di quanto si può ricostruire in modo specifico proprio con riguardo all’evoluzione e alla connotazione progressiva dei principi costituzionali in materia di amministrazione pubblica²⁹ – può essere utile avvalersi di alcune osservazioni apparentemente “extra-vaganti”, eppure basate sulla dimostrazione plastica della modalità con cui opera il motore delle grandi scelte costituzionali moderne.

In uno dei suoi ultimi saggi, un noto, e spesso discusso e provocatorio, sociologo sloveno, Slavoj Žižek³⁰, ha cercato di indagare la complessità della libertà individuale e collettiva, e delle sue dimensioni filosofiche, psicologiche e sociali, ma anche di quelle normative³¹. Cercando di trarre da una simile indagine ciò che può valere al caso nostro, si possono isolare, quasi fossero dei moniti, alcune importanti precisazioni:

- che, secondo una nota distinzione di matrice hegeliana, occorre differenziare la libertà astratta da quella concreta³²;

28 Ma sulla traccia di un noto evento “stabilizzatore”, quanto meno per un certo periodo: v. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D’Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14 ss.

29 Tema sul quale si permetta il rinvio a F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 329 ss. (ma anche in S. TORRICELLI (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell’ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, Napoli, ESI, 2020, 35 ss.).

30 Cui, peraltro, si devono anche letture assai critiche del modo con cui la cultura dei diritti si è affermata e viene garantita, anche giuridicamente: v., ad esempio, S. ŽIŽEK, *Diritti umani per Odradek?*, Roma, Nottetempo, 2005, ma anche ID., *Contro i diritti umani*, Milano, Il Saggiatore, 2006.

31 S. ŽIŽEK, *Libertà, una malattia incurabile*, Milano, Ponte alle Grazie, 2023.

32 Ivi, 29.

- che la seconda è il frutto di un processo di istituzionalizzazione, alla stregua del quale ciò che corrisponde ad un'istanza assoluta di libertà, che non postula alcuna barriera per il suo realizzarsi, anche al punto da potersi autodistruggere³³, si traduce in una libertà predefinita, ma materialmente afferrabile e garantita³⁴;

- che in questa seconda condizione (che, anche nella terminologia anglosassone, contrappone uno stato di *freedom* ad un regime di *liberty*) si può osservare che è la limitazione preventiva, insita nell'affermazione limitata della libertà e delle sue declinazioni, a rendere possibile un margine di azione autonoma e responsabile³⁵;

- che questo approccio – si potrebbe aggiungere: tipico delle costituzioni moderne e, in realtà, anche del costituzionalismo del secondo dopoguerra – rende possibili gesti di assoluta libertà solo alla condizione della predestinazione che li contempla (cioè, solo alla condizione della trasmutazione di una condizione di *freedom* in un ordine di *liberty*), pur nella consapevolezza, tuttavia, che i modi effettivi di tale predestinazione non sono “totalmente chiusi” sin dal principio, e che, dunque, «sappiamo che quel che faremo è predestinato eppure dobbiamo prenderci il rischio e, soggettivamente, di scegliere ciò che è predestinato»³⁶;

- che, in definitiva, ciò accade perché «il passato è aperto a reinterpretazioni retroattive, mentre il futuro è chiuso, poiché viviamo in un universo deterministico»: questo «non vuol dire che non possiamo cambiare il futuro; significa soltanto che, per cambiare il futuro, dobbiamo prima (non “comprendere” ma) cambiare il passato, reinterpretarlo in un modo che apra a un futuro diverso da quello implicato dalla visione dominante del passato»³⁷.

33 «La libertà astratta è l'abilità di fare quel che si vuole, indipendentemente da ogni regola o consuetudine sociale, di violare tali regole e consuetudini, persino di agire contro la propria stessa natura sostanziale in uno scoppio di 'negatività radicale', tipicamente in una situazione di rivolta o di rivoluzione»: ibidem.

34 «[...] la 'libertà concreta' è la libertà che si colloca all'interno di un insieme di regole e consuetudini sociali e che ne viene nutrita»: ibid., 30.

35 «La mia libertà è davvero tale solo all'interno di uno spazio sociale regolato da norme e divieti»: ibidem.

36 Ibid., 85.

37 Ibid., 84. Una buona parte delle argomentazioni sostenute a favore di questa impostazione sono state anticipate dal suo Autore anche in uno scritto precedente: *Legal Luck*, in *Un-*

È questa la “catena” di argomenti che ci conduce a comprendere sia il fatto che, pur essendo oggetto di una predestinazione (tutta incorporata, per ciò che rileva in questa sede, nella dicotomia diritti soggettivi e interessi legittimi), l’attuazione delle opzioni fondamentali poste dall’ordinamento in merito alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive è costitutivamente soggetta a re-interpretazioni di diversa provenienza; sia il fatto che, a suggello del regime di *liberty* che comunque si pone alla base della generazione del medesimo processo di attuazione come itinerario voluto e progressivo, le “alte corti” svolgono un ruolo centrale, se non decisivo.

In primis, specie da un punto di vista diacronico, svolgono tale ruolo proprio le “corti” che si contendono la funzione nomofilattica, giacché – come è stato puntualmente dimostrato in attente analisi storico-comparatistiche³⁸ – è questa funzione che è, da sempre, correlata all’obiettivo di conservare l’unità del diritto, pur nell’inevitabile mutabilità dell’assetto effettivo prodotto dall’interpretazione e dall’applicazione delle norme alla società in trasformazione.

Al contempo, è chiaro che, sempre dal punto di vista diacronico, il carattere rigido e garantito degli ordinamenti costituzionali contemporanei, affidando a dispositivi di giustizia costituzionale il compito di proteggere anche il ruolo delle altre “corti”, sposta la dialettica della decifrazione dei processi di predestinazione al livello di quei dispositivi³⁹. I quali, come è noto, tendono a porsi comunque al centro della dialettica anche allorquando essa si fa ancor più articolata, se del caso coinvolgendo altri (e influenti, se non concorrenti) sistemi normativi di riferimento (elemento, quest’ultimo, della pluralità di parametri

bound. Harvard Journal of the Legal Left, Vol. IV, 2008, 1 ss.

³⁸ Il rinvio è, per tutti, a A. MASUCCI, *Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 693 ss. V. anche ID., *Le Cassazioni amministrative. Le esperienze tedesca e francese*, Milano, Giuffrè, 2016.

³⁹ Come dimostrano i celebri interventi della Corte costituzionale sulla delimitazione della giurisdizione esclusiva o sull’*actio finium regundorum* (vale a dire, la definizione di quali possano essere i motivi inerenti alla giurisdizione idonei a legittimare il ricorso per cassazione ex art. 111, comma 8, Cost.) tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa (v., rispettivamente, la sent. 6 luglio 2004, n. 204, e la sent. 18 gennaio 2018, n. 6).

precettivi pertinenti, che in materia di diritti fondamentali, come si è precisato all'inizio di questa riflessione, costituisce un dato caratterizzante⁴⁰).

Sul piano teoretico, sono questi i “passaggi” che spiegano le ragioni delle riletture cui sono andati incontro l'estensione oggettiva e lo standard della tutela dei diritti fondamentali e della responsabilità della p.a. dinanzi al giudice amministrativo. Avendo, però, cura, nello stesso tempo, di evidenziare un altro aspetto, non meno significativo: quello connesso alla forza di *retroazione* che può assumere ogni singolo momento trasformativo e/o di sviluppo del regime di *liberty* e degli strumenti di garanzia ad esso relativi.

Anche a tal proposito si può restare fedeli all'impostazione illustrativa che si è privilegiata all'inizio di questo paragrafo, ricorrendo a un'esplicazione rafforzata dei modi con cui, per Žižek, si produce la «causalità retroattiva» (vale a dire, la cennata forza di retroazione) della dinamica di predestinazione sopra descritta. Un'esplicazione che il medesimo Autore mutua da un passo di T.S. Eliot, nella parte in cui cerca di raffigurare i rapporti tra espressioni artistiche successive nel contesto di una stessa tradizione⁴¹:

Quel che avviene quando si crea una nuova opera d'arte, avviene contemporaneamente a tutte le opere d'arte precedenti. I monumenti esistenti compongono un ordine ideale che si modifica quando vi sia introdotta una nuova (veramente nuova) opera d'arte. L'ordine esistente è in sé concluso prima che arrivi l'opera nuova; ma dopo che l'opera nuova è comparsa, se l'ordine deve continuare a sussistere, deve tutto essere modificato, magari di pochissimo; contemporaneamente tutti i rapporti, le proporzioni, i valori di ogni opera d'arte trovano un nuovo equilibrio; e questa è la coerenza tra l'antico e il nuovo. Chiunque approvi questa idea di un ordine, di una forma che è propria della

40 Cfr. sempre la giurisprudenza costituzionale sulla cd. “doppia pregiudizialità”, ossia sulle ipotesi in cui vengano simultaneamente in gioco questioni di contrasto con la Costituzione e con il diritto dell'Unione europea (a partire da sent. 14 dicembre 2017, n. 269). Per uno sguardo complessivo sulle questioni generali sottese a questo profilo v. F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *P.A. – Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, n. 2/2018, 99 ss.

41 V. in S. ŽIŽEK, *Libertà, cit.*, 66, che così riprende T.S. ELIOT, *Tradizione e talento individuale*, in *Id.*, *Il bosco sacro. Saggi sulla poesia e la critica*, Milano, Bompiani, 2003, 70.

letteratura europea [...] non troverà assurda l'idea che il passato sia modificato dal presente, come non lo è che il presente trovi la propria guida nel passato.

L'immagine sul combinarsi di monumenti e opere, precedenti e posteriori, come produttiva di una revisione incrementale dell'ordine esistente è assai suggestiva.

Se sostituiamo a monumenti e opere nuove – da un lato – le nozioni e gli istituti cardine della teoria dei diritti fondamentali e della loro tutela come della disciplina della responsabilità della p.a. e dell'ambito e dei poteri della giurisdizione amministrativa – dall'altro – le loro riletture gradualì, alcune più vistose e altre meno impattanti, ma per ciò solo non meno rilevanti, ci possiamo facilmente accorgere di quale movimento retrospettivo quel susseguirsi di cambiamenti possa aver determinato nell'operatività della dicotomia precostituita di diritti-soggettivi-interessi legittimi. Al punto che corre d'obbligo domandarsi se si sia usciti, o meno, dal circuito dei significati contemplabili all'interno della medesima tradizione, e ciò anche nei casi in cui ci si trovi di fronte a interventi formalmente restaurativi.

Si pensi, ad esempio, alla nota pronuncia con cui la Corte costituzionale ha “reagito” alla scelta legislativa di affidare alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva interi blocchi di materie⁴². La sentenza segue un'argomentazione che poggia in modo assai forte sul richiamo esplicito delle intenzioni dei Costituenti, e che quindi presenta un'incontrovertibile attitudine ricostitutiva di un equilibrio violato, realizzandosi, coerentemente, nella aperta contestazione delle opzioni percorse dal legislatore con il d.lgs. n. 80/1998 e con la legge n. 205/2000. Eppure, al contempo, nel corpo della motivazione, si prende palesemente atto, anche dal punto di vista *linguistico*, di una trasformazione di amplissima portata – quella per cui il giudice amministrativo si è guadagnato a tutti gli effetti la «*piena dignità di giudice ordinario per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione delle situazioni soggettive non contemplate dal*

42 Corte cost., n. 204/2004, cit.

(modo con cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865»⁴³ – riconducendone direttamente la *ratio* al tessuto costituzionale; ad un parametro normativo, cioè, al quale, nella medesima decisione, viene ricondotto anche il riconoscimento, testualmente mediato dalle fonti primarie sopra ricordate, del potere di «disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto»⁴⁴. Dunque, nel momento in cui si riafferma la specialità – e la correlata delimitazione di più preciso e classico confine – della giurisdizione amministrativa, si prende atto in modo ufficiale e conclamato, con lettura evolutiva d'altra parte già affermata da tempo nella dottrina come nella giurisprudenza dei giudici amministrativi, che il giudice che è chiamato ad occuparsene, sia pur nel suo contesto, è a sua volta un giudice ordinario ed è, come tale, dotato dei poteri capaci di offrire una tutela potenzialmente completa e soddisfattiva. Si torna indietro, ma la ristrutturazione consolida in modo istituzionalmente accreditato le punte avanzate di una visione che nel passato non era certo operante e che, anzi, proietta l'assetto della giurisdizione amministrativa verso approdi prospettivamente più “spinti”.

Solo in questo modo – ossia, solo ponendo attenzione a dinamiche di questo genere – ci si avvede delle ragioni che hanno condotto a un'*espansione* originariamente impensabile del margine di manovra del giudice amministrativo, rendendosi, così, ancor comprensibile – oltre che attuale e urgente – la meditazione poc'anzi svolta sul ruolo delle “alte corti” e sul modo con cui evitare che i naturali e fisiologici (e in qualche misura inevitabili, anzi necessari, indispensabili) slittamenti della predestinazione costituzionale finiscano per cagionare alterazioni ordinamentali non più riconoscibili (ed altrimenti non superabili, se non con la formulazione espressa – tornando al lessico di Žižek – di una nuova predestinazione, ossia con il cambiamento esplicito della disciplina costituzionale).

43 Ivi, punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

44 Ibid., punto 3.4.1 del *Considerato in diritto*.

Anche perché, oltre alle fattispecie mobili segnalate nel paragrafo precedente, vi sono tanti altri casi ancora, nei quali o si assiste a una pari tendenza onnivora da parte della giurisdizione amministrativa (ma con esiti non sempre soddisfacenti, come accade per le ipotesi in cui vengano in essere fattispecie relative alla garanzia della libertà religiosa⁴⁵) o ci si confronta con una contro-tendenza, anch'essa onnivora, alla creazione di diritti soggettivi totalmente nuovi o, se si vuole, “nuovamente preminenti” e capaci di riaffermare in tutto e per tutto la giurisdizione ordinaria (come avviene nell'ampio campo della tutela contro le discriminazioni⁴⁶). Senza omettere la circostanza che, in maniera sempre più frequente (la vicenda dell'istituzione di sezioni specializzate di Tribunale per la cognizione delle cause avverso i dinieghi opposti dalle apposite Commissioni territoriali sulle istanze di protezione internazionale formulate da stranieri è, in tal senso, più che emblematica⁴⁷), l'allocazione della giurisdizione sulle situazioni soggettive variamente connesse alla garanzia di diritti fondamentali porta ulteriormente all'A.G.O.

4. Problemi istituzionali (oltre che pratici): da sradicare o da gestire?

Non c'è dubbio che un'opera di riordino è quanto mai necessaria. Resta da comprendere quale tipo di intervento sia preferibile operare. Visto che le complicazioni, in merito, non mancherebbero.

Per un verso, infatti, si potrebbe appoggiare l'idea che sia sufficiente la forza degli argomenti e delle culture che li sorreggono. Che sia praticabile, in altre parole, il ribadire una specifica tradizione; il riallacciarsi direttamente – e nuovamente – alle prime opzioni del 1865, lasciando allo spazio dei “non-dirit-

45 In merito cfr. F. CORTESE, *Laicità e giustizia amministrativa*, in A. CARDONE, M. CROCE (a cura di), *30 anni di laicità dello Stato: fu vera gloria? Atti del Convegno di Firenze del 27 e 28 settembre 2019 nel trentennale della s.n. 203/1989 della Corte costituzionale*, Roma, Nessun Dogma, 2021, 215 ss.

46 Il profilo è stato già ricordato *supra*, a nt. 2; ed è punto significativo, poiché, di fatto, può anche dar luogo, a seconda del rimedio utilizzato, a ipotesi di “doppia tutela” (in cui, cioè, ci si può rivolgere o alla giurisdizione ordinaria o a quella amministrativa).

47 Cfr. art. 35, d.lgs. n. 35/2008 (sulla giurisdizione ordinaria), nonché art. 1, d.l. n. 13/2017, conv. in l. n. 46/2017 (sulle sezioni specializzate).

ti” solo la tutela delle situazioni soggettive che risultino davvero concepibili (perché così meglio garantibili) se non come intrinsecamente conformabili dal potere amministrativo (e, segnatamente, da quello discrezionale)⁴⁸. Ma si è già visto – richiamando ancora la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale – che una tale prospettiva, anche quando concretamente, storicamente, assunta, ha addirittura tradito propensioni rivoluzionarie assai forti, e senz’altro capaci di implicare mutazioni che nel disegno primitivo non potevano dirsi contemplate.

È un’impresa, dunque, che richiederebbe la rivisitazione profonda di larghe parti delle ricostruzioni effettuate nel corso degli ultimi venticinque anni e che, per avere successo, richiederebbe anche un “restauro” di molti altri “ambienti” della “casa costituzionale”, come d’altra parte invocato anche da ultimo nel contesto di ragionamenti che pongono in campo non solo l’istanza di raddrizzamento di alcuni pilastri del diritto pubblico nazionale, ma anche un’esigenza di accordatura degli strumenti con cui si guarda al fenomeno giuridico in senso lato⁴⁹.

Per altro verso, si potrebbe assecondare razionalmente il quadro vigente per come si è evoluto, con ciò intendendosi non tanto la navigazione nelle incertezze ormai irriconscibili degli orientamenti giurisprudenziali, bensì l’avallo ancor più esplicito al ruolo delle “alte corti”, alla ricerca di un punto di equilibrio, seppure, allo stato, di non semplice rinvenimento⁵⁰.

In proposito viene naturalmente da osservare che un tale punto di equilibrio non potrebbe che assumere le sembianze di un vero e proprio accordo “politico”, nel quale finirebbero per confondersi, bilanciandosi a vicenda, motivazioni logiche, strategie organizzative, urgenze di servizio e/o di concentrazione di tutela, etc. Tensioni, queste, che vanno considerate tutte come social-

48 A questa corrente interpretativa, ad esempio, pare di poter ascrivere la posizione di E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

49 Cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023.

50 Fiducia nei confronti di questo “metodo” è espressa, ad esempio, da ALB. GIUSTI, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

mente meritevoli, e che, pure, tuttavia, in quanto tali, dovrebbero trovare una fisiologica e riconosciuta soluzione solo nel preferenziale dominio del legislatore.

Le due vie – sradicare alla fonte il problema mediante un “ritorno al futuro” o gestirlo per via di una *policy* giudiziaria di accomodamento progressivo, con implicita delega agli “accordi” tra le “alte corti” – forse non si escludono neppure, dal momento che l’una può temperare gli eccessi dell’altra.

La prima, infatti, pare parzialmente dimentica delle estese e fisiologiche oscillazioni di quelle che si sono dianzi definite come predestinazioni ordinali. La seconda, invece, si muove, costringendo allo stesso movimento anche gli interpreti e gli operatori, sulla corda del funambolo, nella fiducia che l’attuazione dell’ordinamento non possa che prendersi (se è lecita l’immagine) solo “per la coda”, mentre (come è doveroso attendersi in uno Stato costituzionale di diritto) si tratta di processo plurale e condiviso, che richiede consapevoli e volute razionalizzazioni *ex ante* e che, pertanto, per definizione non si esaurisce nell’individuazione *ex post* di una funzione preminente.

Un fulcro credibile attorno al quale potrebbero ruotare entrambe le vie è l’accettazione della crescita delle tecniche e delle prerogative del giudice amministrativo quali corrispettivo di una specialità sostanziale meglio metabolizzata.

È una cornice interpretativa, questa, nella quale l’evoluzione del ruolo del G.A. non si limiti ad “arricchirsi” di spezzoni di cultura giudiziale comune, ma valorizzi nella maniera più compiuta le peculiarità del suo essere giudice in dialogo costante con la p.a. Il che implica sia accettare una più franca lettura autonoma delle coordinate della responsabilità della p.a. per esercizio illegittimo dei suoi poteri (alla stregua della quale rinunciare a “fingere” la migrazione di principi, istituti e regole civilistici nell’alveo della disciplina pubblicistica), sia comprendere la chiara multifunzionalità, o multidimensionalità, che la titolarità di un diritto fondamentale può significare (valendo, volta per volta, il contesto in cui esso può essere agito concretamente, e rinunciando alla promozione a drit-

to fondamentale di interessi che – come accade nei frangenti in cui si invoca il principio di eguaglianza e le connesse istanze di non discriminazione – sono, invece, generali e che, come tali, possono fungere da legittimo parametro del sindacato giurisdizionale amministrativo).

MARIA CRISTINA CAVALLARO
Professore ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

LE TECNICHE DI PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA

THE TECHNIQUES OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION

SINTESI

Dopo avere inquadrato il tema della cognizione del giudice amministrativo sui diritti fondamentali, prescindendo dalle regole tipiche del riparto di giurisdizione, il lavoro esamina le tecniche di protezione del giudice amministrativo, con particolare riguardo all'interpretazione e alla correlata necessità di una puntuale previsione di legge che fondi l'esercizio del potere.

ABSTRACT

Framed the topic of the jurisdiction of the Administrative Court over the fundamental rights, apart from the typical rules of the division of jurisdiction, the work examines the technique of protection available to the Administrative Court, in particular about the interpretation and the correlated need of an accurate law on the base of which can be founded the exercise of power.

PAROLE CHIAVE: protezione, diritti fondamentali, giudice amministrativo.

KEYWORDS: protection, fundamental rights, Administrative Court.

INDICE: 1. Cosa si intende per diritti fondamentali e in che misura può conoscerne il giudice amministrativo – 2. I poteri processuali del giudice amministrativo quali tecniche di protezione dei diritti fondamentali – 3. Quali garanzie per i diritti fondamentali.

1. Cosa si intende per diritti fondamentali e in che misura può conoscerne il giudice amministrativo

Ragionare sulle tecniche di protezione dei diritti fondamentali nella giurisdizione amministrativa implica la necessità di svolgere qualche osservazione

preliminare, per meglio definire l'ambito della riflessione che qui si vuole compiere.

Per questo, va detto che l'opzione prescelta non è quella di guardare alla dicotomia tra diritto e interesse, idonea a fondare il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: e, dunque, non si vuole condurre il ragionamento verso il tema della cognizione e dei poteri del giudice amministrativo in funzione di giudice unico sui diritti. A dire il vero, si potrebbe osservare che, mentre in Costituzione la giurisdizione esclusiva sui diritti si aggiunge a quella generale di legittimità, dal momento che l'art. 103 prevede che il Consiglio di Stato ha «giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, *anche* dei diritti soggettivi», nel codice del processo amministrativo la giurisdizione esclusiva è sui diritti soggettivi, non *anche* sui diritti. Quasi a voler sottolineare, prendendo le distanze dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, che la giurisdizione esclusiva possa essere simmetrica alla giurisdizione ordinaria e non appiattita sulla generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo. La stessa Corte Costituzionale è sembrata disponibile a tale interpretazione, affermando, da un lato, che «nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse». Aggiungendo, tuttavia, che «non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo» possa avere ad oggetto «anche soltanto diritti soggettivi», nel caso in cui ricorrano «gli altri requisiti», che per la Corte sono la delimitazione e determinazione delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva e la sussistenza di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione¹.

Ma, come si diceva, non è questo il senso che si intende dare al tema della protezione che il giudice amministrativo può accordare ai diritti fondamentali e, dunque, alla nozione stessa di “diritto fondamentale”, giacché sembra prefe-

¹ Corte cost. 5 febbraio 2010, n. 35.

ribile guardare alla sostanza della posizione soggettiva azionata in giudizio, la quale pur atteggiandosi come interesse legittimo, in quanto si misura con il potere, racchiude tuttavia un nucleo essenziale di pretese riconducibili alla centralità della persona che necessita di tutela.

Secondo Luigi Ferrajoli, «i diritti fondamentali consistono in aspettative negative o positive cui corrispondono obblighi (di prestazione) e divieti (di lesione)»: più in particolare, la natura fondamentale del diritto, oltre a imprimere una “connotazione sostanziale” al sistema giuridico, allo stato di diritto e alla “democrazia costituzionale”, descrive altresì dei rapporti “per così dire verticali”, nel senso che «i rapporti intrattenuti dai titolari di diritti fondamentali sono rapporti di tipo pubblicistico, ossia dell’individuo nei confronti dello Stato»².

Se questo è il punto di vista considerato, non c’è dubbio che ogni interesse legittimo, in quanto lo stesso “dialoga” con il potere³, custodisce una aspettativa negativa o positiva che può assumere il tratto e la consistenza del diritto fondamentale. In tal modo, la strada della giurisdizione di legittimità si dispiega (e si spiega) come percorso necessario che il privato deve compiere per accedere alla tutela giurisdizionale; e il giudice amministrativo è il giudice che naturalmente può e deve conoscere della lesione dell’interesse legittimo, vale a dire di quell’aspettativa positiva o negativa che ne costituisce il nucleo essenziale e di cui il privato è titolare.

La stagione della pandemia appena trascorsa offre un esempio evidente. Nessun dubbio circa il fatto che già il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.M. del 23 febbraio 2020), con il quale sono state disposte le prime misure necessarie per il contenimento del contagio, avesse ad oggetto il diritto fondamentale alla libertà di circolazione (ma non solo): nessun dubbio circa il fatto che di quel d.P.C.M. (come di tutti gli atti successivamente adottati) dovesse conoscere, in ipotesi, il giudice amministrativo⁴.

2 L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma – Bari, 2001, p. 17-23.

3 F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano 1990, p. 25.

4 Tant’è che il g.a. si è pronunciato sull’impugnazione di diversi atti adottati nel periodo di pandemia, conseguenti al citato d.P.C.M., a sua volta riconducibile alla Dichiarazione dello stato

Ma gli esempi non si fermano qui. I provvedimenti di autorizzazione all'esercizio di attività economiche implicano anch'essi una regolazione per lo svolgimento di una attività, che costituisce manifestazione di un diritto fondamentale, riconducibile alla libertà di iniziativa economica (Ranelletti parlava di provvedimenti aventi a oggetto la "rimozione" di un limite all'esercizio di un diritto⁵), e dunque comportano l'instaurazione di quella relazione verticale, dell'"individuo nei confronti dello Stato".

Ci troviamo, anche qui, in ipotesi nelle quali del provvedimento che dialoga con l'interesse legittimo, ma che in fondo incide su un diritto fondamentale, regolandone l'esercizio, può e deve conoscere il giudice amministrativo. Recuperando il pragmatismo di Vittorio Scialoja, si potrebbe dire che il diritto viene fatto valere come interesse, per accedere alla tutela giurisdizionale⁶.

Sembra così evidente un ribaltamento di prospettiva: negli anni Settanta dello scorso secolo, la nozione di "diritti indegradabili" è servita alla Corte di cassazione per descrivere la possibilità di uno "zoccolo duro", che costituisce l'essenza del diritto fondamentale e che resiste all'esercizio del potere, radicansi in tali ipotesi la giurisdizione in favore del giudice ordinario⁷. Oggi invece si riconosce che, al di là della qualificazione della situazione soggettiva idonea a fondare il riparto di giurisdizione, il giudice amministrativo possa assicurare protezione a quelle pretese che implicano la titolarità di diritti fondamentali.

2. I poteri processuali del giudice amministrativo quali tecniche di protezione dei diritti fondamentali

Se il principio fondamentale del costituzionalismo moderno può tradursi nel passaggio dal "governo degli uomini" al "governo delle leggi", che si realiz-

di emergenza, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 2 febbraio 2020, n. 26: sul punto, cfr. M.C. CAVALLARO, *La decisione politica nel tempo dell'emergenza sanitaria*, in questa *Rivista*, n. 2-2020.

⁵ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative (1894)*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Napoli 1992 p. 44.

⁶ V. SCIALOJA, *La competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria (1891)*, in *Studi giuridici*, vol. V, Milano 1936, p. 195.

⁷ Sulla nozione di diritti indegradabili, e sul diritto alla salute in particolare, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 377.

za attraverso il pieno riconoscimento e la massima tutela e garanzia dei diritti fondamentali⁸, la tendenza del neocostituzionalismo è quella di riconoscere un ruolo centrale all'interprete, e dunque soprattutto al giudice, nell'attuazione della Carta costituzionale e nella garanzia dei diritti.

Alexy ha parlato di «irradiazione delle norme dei diritti fondamentali in ogni ambito del diritto» e, all'interno del perimetro della Carta costituzionale, diventa cruciale la «procedura di bilanciamento», che è procedura aperta e non conduce «a un'unica soluzione giusta»⁹.

Quanto agli sviluppi ulteriori delle teorie dei diritti fondamentali, è nota la posizione di Stefano Rodotà¹⁰, secondo cui la natura inviolabile del diritto postula la sua capacità di essere esercitato senza *interpositio legislatoris*: anzi la mancata declinazione in sede di legislazione ordinaria può essere risolta proprio con l'affermazione giurisprudenziale della sua protezione. Il diritto c'è perché è riconosciuto dalla Costituzione ed è tutelato dal giudice, senza necessità della mediazione della legge¹¹. Attraverso una riconsiderazione del ruolo del giudice, non più *bouche de la loi*, ma interprete della realtà, prima ancora che della legge, si giunge ad affermare il passaggio dalla «logica delle fonti», il cui contenuto è

8 B. CELANO, *I diritti nello Stato Costituzionale*, Bologna, 2013, il quale precisa che «il principio del governo delle leggi, trova realizzazioni, concretizzazioni, specificazioni diverse in epoche diverse. In età moderna, l'ideale del governo delle leggi (e, in particolare, il principio del governo limitato) si salda con l'idea dei diritti fondamentali: l'idea che ogni essere umano, come tale – non, dunque, in quanto appartenente a un particolare ceto o corporazione, o in quanto soggetto a un certo signore o re, o in quanto residente in un particolare territorio, abitante di una particolare città, membro di una particolare comunità o chiesa – abbia certi diritti inviolabili, inalienabili, imprescrittibili», p. 155.

9 R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012, p. 574 ss.

10 Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

11 Si rinvia a M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, in questa *Rivista* n. 1-2021, ove si precisa che la tendenza così raffigurata a sua volta ha generato l'idea di una giurisdizione che si manifesta nel potere di «pronunciare il diritto» e che rischia di schiacciare la funzione della legislazione nella produzione del diritto. Sul ruolo della legislazione, che di fronte alla espansione della giurisdizione, subisce un inevitabile indebolimento, da imputarsi sicuramente anche ad altri fattori (quali la crisi della sovranità, appunto, ma anche la debolezza della politica), cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano 2023. S'è parlato così di «mutazione genetica dei diritti», che, però, nonostante l'autorevolezza dei suoi sostenitori, non necessariamente si è tradotta in una maggiore protezione degli stessi, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p. 29.

inevitabilmente statico e per certi versi oggettivo, «a quella dei principi», che al contrario esprimono una forza ottativa, oltre che «prospettica, evolutiva, suscettibile di arricchimenti e implementazioni»¹².

Da qui, una stretta interconnessione tra diritti fondamentali e tutela del giudice, un “reciproco condizionamento” secondo la dottrina, che si articola su più livelli e in più sedi: dalla Corte costituzionale, che svolge sicuramente un ruolo centrale nel riconoscimento dei diritti, sino alle giurisdizioni di merito. Le quali esercitano il controllo diffuso per «aprire le porte del giudizio di costituzionalità in relazione a disposti di legge sospetti di invalidità per lesione dei diritti», ovvero assicurano la tutela attraverso le tecniche di protezione dei diritti, che in buona parte coincidono con il complesso dei poteri di cui dispone il giudice, per dare una risposta alla domanda di giustizia del privato¹³.

Ciò significa che, anche nella giurisdizione amministrativa, in considerazione della panoplia di azioni che il privato può esercitare, si può desumere che a ciascuno dei poteri che il codice del processo amministrativo attribuisce al giudice amministrativo corrisponda una tecnica di protezione dei diritti. Si pensi, in primo luogo, all'azione di annullamento, il cui effetto costitutivo è garantito dalla rimozione dell'atto, che costituisce diretta manifestazione del potere e che dunque può incidere sulla pretesa soggettiva: è evidente che il pronunciamento del giudice amministrativo, il quale accerta l'esercizio illegittimo del potere, rappresenti la più efficace forma di tutela alla quale possa aspirare il privato. Ancora una volta, l'esempio degli atti adottati in tempo di pandemia è paradigmatico: la gestione dell'emergenza sanitaria è stata affidata a una “catena” di atti¹⁴, riconducibili alla categoria delle ordinanze di necessità e adottati a diversi livelli di governo, aventi a oggetto una pluralità di ambiti: dal trasporto

12 N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2018, 5.

13 A. RUGGERI, *Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (rectius, squilibri) istituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 3-2023, p. 478.

14 Parla di “catena normativa”, che a partire dalla Costituzione giunge sino alle ordinanze sindacali, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

pubblico, alla scuola e all'istruzione; dalle attività ludiche, ai servizi assistenziali alla persona. E non sono mancate le pronunce del giudice amministrativo, che hanno assicurato la tutela di posizioni soggettive fondamentali. Ad esempio, può ricordarsi la vicenda dell'ordinanza della Regione Puglia, che aveva disposto la chiusura delle scuole e la prosecuzione delle attività didattiche a distanza e che è stata annullata dal giudice amministrativo: il quale ha riconosciuto che «vi sono in Puglia molte scuole e molti studenti non sufficientemente attrezzati per la didattica digitale a distanza, di guisa che l'esecuzione del provvedimento impugnato si traduce in una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica», *id est*, in una sostanziale violazione del diritto allo studio¹⁵.

Se nella maggior parte dei casi le pronunce di annullamento hanno a oggetto quelli che per Nigro possono essere qualificati come interessi oppositivi, nel ricorso avverso il silenzio è ammessa la possibilità per il giudice di valutare non tanto l'obbligo di provvedere, quanto la fondatezza della pretesa, per dare concreta risposta alla domanda di tutela degli interessi pretensivi¹⁶. Nel codice del processo amministrativo, l'art. 31 comma 3 riconosce al giudice il potere di pronunciarsi sulla 'fondatezza della pretesa' solo in caso di attività vincolata, ovvero quando si siano esauriti gli spazi per l'esercizio della discrezionalità da parte dell'amministrazione¹⁷. Al riguardo, è emblematica la sentenza del Consi-

15 Tar Puglia, Bari, sez. III, 6 novembre 2020, n. 680, secondo cui «dalla motivazione del provvedimento impugnato non emergono ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione». In altri casi, al contrario, il g.a. ha ritenuto che «nella attuale situazione epidemiologica», in considerazione della limitata efficacia temporale del provvedimento impugnato, «le prioritarie esigenze di tutela della salute possano giustificare un temporaneo sacrificio sul piano organizzativo delle famiglie coinvolte» (cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 6 novembre 2020, n. 695 e, in senso analogo, Tar Campania, sez. V, 9 novembre 2020, n. 2025).

16 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, p. 149, che si riallaccia alla tesi di Ranelletti sulla distinzione tra diritti affievoliti e interessi occasionalmente protetti.

17 In particolare, l'art. 31 comma 3, c.p.a. disciplina l'azione avverso il silenzio e dispone che «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»; mentre il successivo art. 34, comma 1 lett. c), nel disciplinare il contenuto delle sentenze di merito, prevede che «L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di an-

glio di Stato, che trae origine dal reiterato diniego opposto da una Commissione per l'Abilitazione scientifica nazionale a una candidata: in sede di appello, il giudice amministrativo, all'esito dei diversi giudizi instaurati dalla ricorrente, ha ordinato al Ministero di rilasciare l'abilitazione, ritenendo realizzata la condizione dell'art. 31 comma 3 c.p.a. (in merito all'esaurimento del potere discrezionale), nel senso che il reiterato diniego della Commissione avrebbe eroso la naturale fiducia che connota (o dovrebbe connotare) la relazione tra amministrazione e privato. In altre parole: la tendenziale insindacabilità del giudizio di una commissione di concorso, in ragione dell'elevato grado di discrezionalità tecnica di cui la stessa dispone, avrebbe portato a escludere l'applicazione dell'art. 31 comma 3, c.p.a. Nondimeno, il Consiglio di Stato ha affermato l'avvenuta «consumazione della discrezionalità», per effetto «della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri»¹⁸. Ciò ha consentito, ancora una volta, al giudice amministrativo, di dare concreta risposta alla domanda di tutela del privato.

Nell'interpretazione della giurisprudenza, poi, la distinzione tra interesse legittimo oppositivo e pretensivo è stata utilizzata, nel periodo antecedente alla introduzione dell'azione di condanna al risarcimento in sede di giurisdizione amministrativa, come espediente per dilatare, quanto più possibile, la nozione di danno ingiusto. Più precisamente, muovendo dalla consolidata interpretazione secondo la quale il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. coincide con la lesione di un diritto soggettivo, la giurisprudenza ha fatto confluire in essa, attraverso costruzioni interpretative più o meno barocche, ipotesi prima rientranti nel *genus* dell'interesse legittimo, e ciò al fine pratico di estendere la tutela del privato, di fronte all'esercizio del potere amministrativo. Per cui l'interesse oppositivo, a seguito dell'annullamento del provvedimento illegittimo, si riespande

nullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, n. 1321 del 2019.

a diritto soggettivo, con conseguente possibilità di chiedere il risarcimento al giudice ordinario. Invece, l'interesse pretensivo non “cela” alcun diritto soggettivo e, dunque, non è capace di riespandersi a seguito dell'annullamento del provvedimento che illegittimamente lo abbia violato¹⁹. Il che ha portato lo stesso Nigro ad affermare che, in tal modo, il principio tradizionale viene rovesciato: «non più dove c'è diritto soggettivo, c'è risarcimento dei danni ma, dove (il giudice riconosce, decidendo caso per caso, che) c'è risarcimento dei danni, c'è diritto soggettivo»²⁰.

Per rimanere al tema che qui interessa, va detto che, sull'introduzione dell'azione di condanna (prima attraverso la modifica dell'art. 7 della legge Tar, poi con il codice del processo amministrativo), si è pronunciata la Corte costituzionale, chiarendo che la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non è una materia assegnata alla giurisdizione amministrativa, ma un *potere processuale*, la cui attribuzione al giudice amministrativo è giustificata dalla necessità di riconoscere la pienezza ed effettività della tutela dell'interesse legittimo²¹.

3. Quali garanzie per i diritti fondamentali

La veloce esposizione dei principali poteri del giudice amministrativo dimostra come lo stesso oggi possa esercitare la giurisdizione, assicurando una piena tutela di quelle aspettative del privato che si relazionano con il potere e che possono essere qualificate in termini di diritti fondamentali, al di là di una più puntuale considerazione sulla linea del riparto di giurisdizione.

Ciò non toglie che, dovendo ragionare anche in termini di effettività e certezza della tutela, proprio lo stato dell'arte sul riparto della giurisdizione, rispetto al quale l'antico binomio carenza di potere/cattivo esercizio dello stesso sembra vacillare, introduce degli elementi di ambiguità e di indeterminazione

¹⁹ Da qui un ulteriore orientamento, secondo il quale la revoca illegittima di un provvedimento ampliativo, una volta annullata, apre la strada al risarcimento poiché consente il riespandersi del diritto soggettivo creato dal provvedimento medesimo: su tali questioni M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Padova 2018, p. 109 ss.

²⁰ M. NIGRO, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro amm.* 1982, 1671, poi pubblicato in *Scritti giuridici*, Milano 1996, vol. III, p. 1490.

²¹ Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204.

nell'individuazione del giudice munito della giurisdizione, che possono rendere problematico l'accesso alla tutela.

Così, ad esempio, in tema di tutela risarcitoria, nonostante l'art. 30 del codice del processo amministrativo affidi al giudice amministrativo il potere di condanna al risarcimento per il danno da illegittimo esercizio della funzione, le sezioni unite della Corte di Cassazione affermano la giurisdizione del giudice ordinario, in merito alla pretesa del privato fondata sulla lesione dell'affidamento rispetto alla legittimità di un provvedimento ampliativo, poi annullato in sede di autotutela. L'argomentazione svolta si basa sul principio per cui, in tal caso, la pretesa risarcitoria «non ha ad oggetto il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento annullato», o con il successivo atto di annullamento, «costituendo l'illegittimità del provvedimento il mero presupposto della lite». Diversamente, secondo il giudice del riparto, la pretesa riguarderebbe «l'osservanza o meno delle regole di correttezza nei rapporti con i privati, regole distinte ed autonome rispetto a quelle della legittimità amministrativa ed a cui deve essere informato il procedimento amministrativo ex art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, introdotto dalla l. n. 120 del 2020, con la conseguenza che in dette ipotesi, correlandosi la lesione dell'affidamento ad una posizione di diritto soggettivo, la giurisdizione compete al giudice ordinario»²².

Più convincente la lettura del Consiglio di Stato, secondo cui la giurisdizione in materia di affidamento incolpevole deve essere devoluta al giudice amministrativo «perché 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». E l'esercizio del potere implica, per l'amministrazione, la necessaria osservanza delle «regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale

²² Cass. Sez. un., 23 novembre 2023, n. 2175.

si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo»²³.

Al di là delle questioni che si aggregano intorno ai temi del riparto di giurisdizione, e che, come detto, assumono rilevanza in ordine alla facilità dell'accesso alla giurisdizione e dunque alla certezza della tutela e della protezione dei diritti fondamentali, emerge, dall'esempio fatto, un'altra questione, che si riallaccia a quanto detto in precedenza. Ossia, quella relativa al ruolo del giudice come interprete della Carta costituzionale per la garanzia dei diritti.

Emerge così il ruolo dell'interpretazione come tecnica di protezione dei diritti.

Nell'ambito della giurisdizione amministrativa, il giudice ha sempre svolto un ruolo centrale nell'interpretazione del diritto e nell'enucleazione di principi, capaci di dare concreta risposta alla domanda di tutela dei privati. Si pensi alla giurisprudenza amministrativa sulla categoria dell'atto politico, per legge sottratto al controllo giurisdizionale²⁴: secondo l'interpretazione consolidata del giudice amministrativo, l'insindacabilità dell'atto politico è ammessa solo nel caso in cui lo stesso, per la genericità dei suoi contenuti e per le finalità di cura dell'interesse pubblico astrattamente considerato, sia inidoneo a incidere sulle situazioni soggettive degli interessati. Cosicché, il sindacato giurisdizionale sull'atto risulta consentito e necessario tutte le volte in cui si riscontri la lesione specifica di una situazione giuridica soggettiva, poiché in tal caso, secondo l'interpretazione del giudice amministrativo, non si tratta più di atto politico, bensì di atto di alta amministrazione²⁵.

E, va da sé, nel disporre dei poteri processuali, il giudice in primo luogo interpreta il diritto. Nella nota sentenza sul Piano faunistico della Regione Puglia, il Consiglio di Stato ha optato per una graduazione degli effetti dell'annul-

23 Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20.

24 Così l'art. 31 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (testo unico sul Consiglio di Stato), che oggi ha trovato conferma all'art. 7 del codice del processo amministrativo.

25 In argomento, G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. Amm.*, 2012, 329, anche per la bibliografia riportata.

lamento, frutto di un processo di interpretazione del dato normativo esistente, sul presupposto che la retroattività dell'annullamento avrebbe generato un vuoto di tutela, provocando una situazione opposta a quella auspicata dalla parte ricorrente²⁶. Ancora, in tema di tutela risarcitoria s'è già visto come il giudice amministrativo, pur animato dalla volontà di ampliare il perimetro della propria giurisdizione, sia riuscito a offrire risposte più convincenti alla domanda di tutela del privato, proprio muovendo dall'interpretazione del dato normativo. Allo stesso modo, nella vicenda già richiamata, avente a oggetto il ricorso contro il reiterato diniego della abilitazione scientifica nazionale, si è pronunciata anche la Corte di cassazione, la quale ha negato la sussistenza di un eccesso di potere giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato, ritenendo che la decisione medesima rappresenti «l'esito dell'attività di interpretazione delle norme del codice del processo amministrativo effettuata dal Consiglio di Stato, che costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale»²⁷.

Il tema dell'interpretazione è imponente ed è impossibile darne adeguatamente contezza nell'ambito delle considerazioni qui condotte e, meno che mai, è possibile offrirne una visione completa²⁸. In estrema sintesi, e al di là delle singole questioni teoriche, si può convenire sul fatto che, come ricorda Bobbio, il giudice è chiamato a interpretare il «linguaggio del legislatore»²⁹; ovvero ad assicurare il processo «interpretativo e attuativo del diritto»³⁰ e, dunque, in par-

26 Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

27 Cass. sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592.

28 Da Kelsen in poi, «le attività degli organi di interpretazione del diritto sono attività creative di diritto nuovo» (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 47), ma è profondamente mutata, nel corso del tempo, la considerazione sull'apporto psicologico dell'interprete rispetto al ragionamento giuridico. Per cui dall'idea di Bobbio, secondo il quale «la giurisprudenza è analisi del linguaggio» (N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 342), si è giunti a parlare di «illusoria solidità del linguaggio», escludendone la valenza sul piano empirico, perché il ragionamento, e dunque anche il ragionamento giuridico, è un processo mentale, che risente delle sollecitazioni e dei contesti nei quali si svolge (B. CELANO, *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologico*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, 315).

29 N. BOBBIO, *op.cit.*, che parla espressamente di interpretazione della legge come «analisi del linguaggio del legislatore».

30 G. TARELLO, *op. cit.* distingue tra interpretazione e applicazione della legge: e, in tal senso, la motivazione, ossia l'elaborazione «di regole sul corretto ragionare nell'attribuire significa-

ticolare, di quelle disposizioni che riguardano in vario modo i diritti fondamentali, attraverso il necessario bilanciamento³¹.

Ebbene, è possibile osservare che, se è vero che «ogni regola deve essere applicata (e anzitutto compresa) da qualcuno» e che «non ci sono regole che si applicano o si fanno valere da sé»³², nei rapporti tra la pubblica autorità e il privato, cioè in quella relazione verticale che connota i diritti fondamentali, il primo filtro nell'interpretazione delle regole spetta proprio alla pubblica amministrazione.

Nella specifica materia dell'immigrazione, che sicuramente incrocia dei diritti fondamentali, il Consiglio di Stato ha affermato che il giudizio amministrativo è un giudizio sulla situazione giuridica soggettiva e non solo sull'atto impugnato, che «impone la valutazione degli elementi» che si siano eventualmente realizzati nel tempo intercorrente tra la presentazione di un'istanza, nella specie un rinnovo di permesso di soggiorno, «il suo esame da parte dell'amministrazione ed il giudizio dinanzi al giudice». Perché, osserva il Collegio, se è vero che tali elementi possono non incidere direttamente «sulla legittimità formale dell'atto», gli stessi «possono comunque incidere sulla situazione giuridica dell'interessato, che può essere irrimediabilmente compromessa dalla loro pretermissione, con pregiudizio dei diritti fondamentali della persona umana».

Per tale ragione, il Consiglio di Stato avverte come spetti all'amministrazione, nell'esercizio del potere, il compito di «tenere in debito conto le circostanze sopravvenute che, anche se non conoscibili perché non esistenti al momento dell'adozione dell'atto, comunque hanno modificato la situazione giuridica dell'interessato e possono, nel rispetto della normativa vigente e in concor-

to a enunciati», costituisce lo strumento attraverso cui «la società controlla la applicazione del diritto, cioè uno dei più importanti e delicati meccanismi istituzionali della vita sociale», p. 72.

31 Sulla tecnica di bilanciamento, cfr. A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano-Udine, 2023, in part. p. 130.

32 B. CELANO, *I diritti nello Stato Costituzionale*, cit., p. 162.

renza degli ulteriori indefettibili presupposti, condurre ad una nuova valutazione ed un differente esito procedimentale»³³.

Non diversamente, la Corte costituzionale: la quale in una recente sentenza si è pronunciata sull'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), «nella parte in cui ricomprende, tra le ipotesi di condanna automaticamente ostative al rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro», anche quelle di condanna per il reato di detenzione illecita di sostanze stupefacenti (art. 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309).

La Corte sostanzialmente censura la disposizione impugnata, laddove ammette un automatismo ai fini del mancato rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Per cui sarebbe sufficiente l'accertamento, anche in via non definitiva, di reati connessi al traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti, anche «di lieve entità», per escludere il rinnovo del permesso di soggiorno, «senza prevedere che l'autorità competente verifichi in concreto la pericolosità sociale del richiedente». Tutto ciò comporta, secondo il giudice delle leggi, che il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno venga rilasciato senza un adeguato apprezzamento, da parte dell'amministrazione, circa il ricorrere dei presupposti previsti dalla legge e il doveroso bilanciamento di tutti gli altri diritti e interessi coinvolti nella fattispecie concreta. Circostanza, questa, che si traduce nella illegittimità costituzionale della disposizione impugnata, anche per il fatto che la stessa si inserisce nell'ambito della materia dell'immigra-

³³ Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2023, n. 3927, che ha annullato un diniego di permesso di soggiorno adottato dopo aver notificato il preavviso di rigetto fondato sul presupposto che «il richiedente nella domanda ha indicato di occupare il lavoratore in qualità di collaboratore familiare, non convivente, con contratto di lavoro a tempo indeterminato e parziale per 20 ore settimanali. Tale inquadramento contrattuale, non avrebbe consentito al lavoratore di raggiungere una retribuzione almeno uguale all'importo dell'assegno sociale, condizione indispensabile per poter regolarizzare il rapporto di lavoro.», ma il datore di lavoro ha poi chiarito che la precedente dichiarazione era viziata da mero errore compilativo pienamente superato da una successiva dichiarazione. Nondimeno, la Prefettura ha rigettato l'istanza di emersione, ribadendo la sussistenza di «condizioni contrattuali non conformi».

zione, «suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino»³⁴.

Sembra dunque evidente che anche la Corte costituzionale ritenga necessario il ruolo dell'amministrazione come primo filtro nell'interpretazione del quadro normativo, soprattutto nel caso in cui la materia implichi e incroci quelle pretese riconducibili ai diritti fondamentali. Il che suona un po' come dire che la prima garanzia nella tutela dei diritti fondamentali spetti proprio alla pubblica amministrazione e si traduca nella necessità di una *riserva di amministrazione*, che a sua volta trova la sua massima attuazione nel rispetto del principio di legalità e nella necessità di una puntuale previsione normativa che fondi l'esercizio del potere³⁵.

³⁴Corte cost. 8 maggio 2023, n. 88.

³⁵ G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014.

CARLA ACOCELLA
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Napoli Federico II
carla.acocella@unina.it

LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI E GIUDICE AMMINISTRATIVO

ESSENTIAL LEVELS OF BENEFITS AND ADMINISTRATIVE JUDGE

SINTESI

Il saggio che qui si propone indaga i termini della relazione tra giudice amministrativo e livelli essenziali delle prestazioni a partire dalla necessità di guardare oltre il piano di osservazione estrinseco, che esalta la centralità del profilo strutturale della categoria (quello prestazionale), e di cogliere la “sostanza” della formula dei lep, che impone di riguardare questi ultimi come un congegno di tutela dei diritti, teso ad agevolare e rendere operanti i meccanismi di esigibilità delle prestazioni che le pretese sottendono. Il formante giurisprudenziale rilevante è articolato su più livelli corrispondenti a quelli della composita filiera decisionale lungo la quale si snoda il processo determinativo e applicativo dei lep. Lo studio, che indugia in particolare sul comparto sociale, mostra una inattitudine della categoria dei lep a fondare il riconoscimento di pretese a soddisfazione certa e necessaria. Nondimeno, le soluzioni offerte dal giudice amministrativo appaiono rilevanti nella prospettiva della effettività giurisdizionale, muovendosi nel quadro di un sindacato che consente – come attualmente fa quello di legittimità – di offrire una tutela piena, sul versante dei poteri cognitori e decisorii, alle posizioni azionate in giudizio.

ABSTRACT

The essay investigates the relationship between the administrative judge and the “essential levels of benefits”, pointing out the need to look beyond the formal and structural profile (represented by the provision of the utility), and to move to the substantial one (represented by the protection of the rights and

the capacity of “essential level of benefits” to operate in order to enable and increase the effectiveness of the rights).

The relevant case-law is structured on several levels corresponding to those of the decision-making chain along which the determining and application process of the “essential level of benefits” takes place. This study – in particular focused on the social sector – reveals an inability of “essential levels of benefits” to ensure certain satisfaction to the enforced rights. The solutions provided by the administrative judge nevertheless appear important from the perspective of jurisdictional effectiveness, moving within a framework of a review that allows full protection – both with regard to cognitive and decision-making powers – to the rights enforced.

PAROLE CHIAVE: Livelli essenziali delle prestazioni – diritti sociali – discrezionalità – discrezionalità politica e amministrativa – giudice amministrativo – sindacato pieno.

KEYWORDS: Essential level of benefits – social rights – discretion – political and administrative discretion – administrative judge – full jurisdiction.

INDICE: 1. I termini della relazione e l'incidenza del profilo prestazionale. – 2. La centralità del profilo prestazionale nella prospettiva della decisione politica e tecnica. – 2.1. L'individuazione dei lep oltre l'apparenza. La questione dei diritti civili e delle pretese procedurali. – 2.2. La perimetrazione dei lep: la dimensione prestazionale oltre la dimensione organizzativa. – 3. Il piano sostanziale della riflessione sui lep. – 4. La funzione costituzionale dei lep e il contenimento della discrezionalità. – 5. Tendenze del contenzioso davanti al giudice amministrativo. – 5.1. Livello e posizionamento delle controversie e indicazioni sulla qualità della garanzia delle posizioni in campo. – 5.2. Le dinamiche caratterizzanti il contenzioso del comparto socio-assistenziale. L'ambivalenza rispetto alla qualificazione della posizione giuridica soggettiva correlata alla prestazione e la discrezionalità “alta” e “bassa”. – 6. Brevi cenni di conclusione.

1. I termini della relazione e l'incidenza del profilo prestazionale

La scelta di inserire nel quadro di una riflessione sugli strumenti di tutela dei diritti fondamentali il riferimento alla clausola costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni¹, unitamente al riferimento al giudice amministrativo, implica anzitutto la necessità di guardare ai livelli stessi come, appunto, strumento di tutela dei diritti, e specularmente la necessità di affrontare il tema della tutela (della peculiare categoria) dei diritti fondamentali, consegnata al plesso della giurisdizione amministrativa, utilizzando i lep come “ponte”.

¹ Il testo riprende e sviluppa, infatti, le considerazioni svolte al convegno “*Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*”, tenutosi il 20 ottobre 2023 presso il TAR Sicilia, Palermo.

Ora, con riguardo alla prima parte di questa seconda implicazione, vale senz'altro il superamento – registrato invero da tempo – degli ostacoli frapposti alla conoscibilità dei diritti fondamentali da parte del giudice amministrativo e alla capacità del giudice amministrativo di offrire occasioni incisive di protezione², nonché il consenso diffuso in ordine all'adeguatezza conquistata dal giudizio amministrativo nella prospettiva di offrire occasioni incisive di protezione alle pretese agite, e di mostrarsi dunque, anche con specifico riguardo ai diritti fondamentali, come sede non solo astrattamente attrezzata ad apprestare una tutela effettiva³.

Dal canto suo il primo dato cui si faceva cenno, ossia la necessità di riguardare i livelli essenziali come strumenti di tutela dei diritti, non è poi di così agevole affermazione, se solo si considerano: le vischiosità che circondano i tentativi di giungere ad una definizione compiuta della relativa nozione, ché è tema semantico e concettuale prima che politico⁴; l'idea – questa sì condivisa –

2 Su questo punto appaiono conclusive le considerazioni svolte da Nicola Pignatelli nella sua relazione, al medesimo convegno, su *"Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione"*, ma già diffusamente in *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, e in *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi.it*, 12/2020, 177 ss. Anche la relazione svolta allo stesso convegno da Maria Cappellano su *"Prestazioni sanitarie, diritti fondamentali e giurisprudenza del giudice amministrativo"* ha investito in maniera frontale il medesimo tema. In argomento, senza pretese di esaustività, si veda F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; dello stesso A. I diritti incompressibili, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 437; A. CARIOLO, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 203; M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020; E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *Quest. Giust.*, 1/2021, 202 ss.

3 Sul tema della pienezza della tutela, anche qui senza alcuna pretesa di esaustività, si veda F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *Diritto e Processo amm.*, 1/2019, 1-23; L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 237 ss.; M. TRIMARCHI, *Full Jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, *ivi*, 321 ss.; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 133 ss.; C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2019, 758 ss.

4 C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *Federalismo fiscale*, 2/2009, 133 ss., sul punto infatti segnala che la «determinazione» dei lep da parte del legislatore statale costituisce un'operazione problematica, prima ancora che sul piano

circa l'assenza nel quadro positivo disponibile di una simile definizione (aspetto che deriva dalla prima difficoltà segnalata); il confronto, invece divisivo, in ordine alla opportunità stessa di fissarne i connotati distintivi. Questa fatica ermeneutica e questa non immediata “inerenza” ai diritti, dei livelli essenziali delle prestazioni, è del resto testimoniata dall'efficace prospettazione del tema come un terreno di contesa tra giuristi ed economisti che ha visto contrapporsi in un frangente specifico⁵, da un lato, le ragioni della puntualizzazione dei contorni e del contenuto dei lep quale veicolo di giuridicizzazione delle pretese che in essi si pretende di incorporare, e dall'altro, il pragmatismo dell'approccio flessibile che ancora il processo determinativo dei lep al dato finanziario naturalmente dinamico⁶. Ma senza giungere, almeno per il momento, alle difficoltà che rimontano alla delicata e centrale questione della conciliabilità tra pretese/aspettative e risorse disponibili come cifra fondamentale della esigibilità e dunque della effettività dei diritti – questione posta anche dai lep – basta rivolgere l'attenzione ad un dato morfologico – la “forma” dei lep – che è in grado di proiettare sullo sfondo il profilo funzionale che li connota come presidio di diritti. Al netto delle accennate opacità della nozione e difficoltà di attingerne una definizione, e al di là dei differenti piani di rilevanza dell'istituto⁷, alcuni dei

giuridico, sul piano semantico e concettuale». In tema E. BALBONI, *Il nome e la cosa. Livelli essenziali dei diritti e principio di eguaglianza*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 289.

5 Quello dei lavori del Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei LEP (CLEP), insediatosi lo scorso 9 maggio 2023, successivamente articolatosi in 10 sottogruppi distinti per aree tematiche e indirizzati a coprire le materie indicate dall'art. 116, c. 3 Cost., ai quali si è aggiunto un undicesimo sottogruppo destinato ad analizzare le materie ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 116, c. 3, e i cui lavori sono terminati nell'ottobre 2023.

6 La posizione di A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella “forma” del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *Federalismi.it*, 3/2024, è il risultato del punto di osservazione privilegiato e diretto del confronto, attesa la partecipazione dell'A. ai lavori del (CLEP). L'A. collega la prospettazione del tema dei lep come “terra di confine” tra giuristi (che pretendono di «definirne compiutamente i contorni e il contenuto facendogli assumere – secondo una logica difficilmente contestabile dal punto di vista della Costituzione - lo status di diritti») ed economisti («che partono da un diverso assunto e, cioè, che la loro determinazione sia, comunque “flessibile” ed assoggettata periodicamente a rimodulazione coerentemente con le risorse disponibili») alla stretta connessione, se non subordinazione, del primo alla questione della disponibilità delle risorse.

7 Appare molto utile in questa prospettiva la individuazione dei diversi piani su cui si svolge il tema per C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, op. ult. cit., 135 ss., secondo il quale la determinazione dei lep, oltre ad essere una decisione politica, sarebbe una scelta tecnica (che, come tale, coinvolge l'amministrazione),

quali si allontanano apparentemente dall'area dei diritti, esiste infatti un certo consenso sulla necessità di ricondurre anche questi ultimi – si pensi alla funzione assolta dall'istituto nell'individuazione di un punto di equilibrio tra unità e differenziazione – alla garanzia dei diritti. La collocazione topografica della clausola nel quadro delle disposizioni costituzionali, infatti, solo apparentemente pone e risolve eminentemente una questione di distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni, poiché trascina al centro della scena il godimento dei diritti, e fa coincidere la *ratio* stessa della clausola costituzionale in parola con la necessità di equilibrare le esigenze della differenziazione e dell'autonomia delle regioni (ma anche delle amministrazioni locali, atteso che i lep sono in grado di condizionare l'esercizio delle competenze amministrative degli enti locali, oltre che delle Regioni) con la garanzia di *standard* uniformi sul territorio nazionale⁸, rispetto, appunto, alla soddisfazione dei diritti e all'esercizio dei medesimi. In estrema sintesi, i lep, pur ove si atteggiino come cifra della forma di Stato, sono strumentali alla garanzia dei diritti, esprimendo un preciso approccio soddisfattivo delle esigenze di protezione sociale e di solidarietà, che si misura, optando per la unitarietà, sul terreno della composizione fra istanze di differenziazione e competizione tra le politiche erogative, da un lato, e istanze di eguaglianza e omogeneità, dall'altro lato⁹. Intuitivamente, peraltro, la prospettiva della protezione giuridica delle aspettative – prospettiva che senz'altro implica il passaggio

nonché porrebbe un tema di “protezione giuridica”, per poi toccare il piano dei rapporti istituzionali tra centro e periferie, e dunque la forma di Stato.

8 Su questo si veda M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 2002, 345 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *I livelli essenziali delle prestazioni e il diritto all'abitazione degli stranieri*, in G. Campanelli e al. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, 213 ss.; F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, 2003, 600; E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza*, in www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=com_content&task=view&id=1068, 1.

9 Alla conclusione della auspicabile espressione, attraverso la formula dei lep, dell' “unitario volto sociale” della forma di Stato, giunge C. PANZERA, *op. ult. cit.*, 136 nonostante muova dalla considerazione che la formula dei lep, nel toccare tale profilo, «tralasci il campo dei diritti o dei bilanciamenti».

attraverso il duplice snodo della determinazione e della erogazione¹⁰ – rappresenta la declinazione dell'istituto più idonea a prefigurare il coinvolgimento dei giudici, e dunque ad essere indagata nel quadro di una riflessione diretta a dissodare la relazione tra giudice amministrativo e lep¹¹.

Nel riflettere «*le coordinate assiologiche fondamentali della nostra Costituzione, legandosi al problema del contenuto essenziale dei diritti e di qui alla dignità della persona*»¹², la formula pone nella sostanza un tema di diritti. Eppure, il peso della “forma” dei lep sulla sostanza funzionale potrebbe imporsi anche ove ci si occupi del loro trattamento giurisprudenziale. La tentazione per così dire naturale con cui si misura chi si appresti ad impostare l'analisi dei termini della relazione tra giudice amministrativo e livelli essenziali delle prestazioni potrebbe essere, infatti, quella di considerare decisivo un piano di osservazione estrinseco, e di concentrare lo sguardo sul profilo che i lep esibiscono con immediatezza, il fatto di atteggiarsi come prestazioni, o al più quali attributi di prestazioni nella misura in cui possano considerarsi tali gli standard erogativi uniformi oggetto della garanzia di cui si discorre¹³. Il risultato di questo tipo di approccio – che muove

10 Secondo C. PANZERA, *op. ult. cit.*, 138 in particolare la «*dissociazione fra determinazione ed erogazione*» enfatizzerebbe il grado di complicazione che caratterizza la realizzazione dei diritti sottesa al processo determinativo e di impiego dei lep, in quanto fattore di coinvolgimento di una pluralità di soggetti (quelli «*costitutivi della Repubblica*») competenti. Segnala che i lep esibiscono una «*immagine enigmatica del costituzionalismo sociale multilivello*», A. D'ALOIA, *Storie “costituzionali” dei diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, II, 737.

11 Giudice amministrativo e giudice costituzionale, infatti, sono quelli maggiormente esposti al confronto con la clausola. Naturalmente il formante giurisprudenziale costituzionale risulta quello tradizionalmente più indagato (su questo per tutti si veda G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007; L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in E. Cavasino, G. Scala e G. Verde (a cura di), in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli 2013, 103 ss.); E. PESARESI, *La “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni” e la materia “tutela della salute”: la protezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nel decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2/2006, 1733 ss. Sul ruolo del giudice comune si rinvia a C. PANZERA, oltre che nel già citato *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 4/2011, 3371 ss.

12 C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, cit., 194.

13 «*Standard strutturali e qualitativi delle prestazioni*» determinate o da determinare: C. cost. n. 207 del 2010.

senz'altro dall'inconfutabile incidenza del profilo prestazionale sulla perimetrazione della categoria¹⁴ – è quello di ridurre il collegamento del tema col giudice amministrativo alla condizione del secondo di giudice del rapporto amministrativo (prestazionale), nel quale si situa l'amministrazione o chi per essa (pacifica essendo l'irrilevanza ai fini del discorso che qui si sta conducendo dell'eventualità dell'affidamento del tratto erogativo a soggettività esterne alla P.A.) dal lato della provvista di prestazioni, e il cittadino-titolare del diritto fondamentale aspirante alla prestazione, dall'altro lato.

2. La centralità del profilo prestazionale nella prospettiva della decisione politica e tecnica

Ora, questo tipo di impostazione è incoraggiata dagli accadimenti di questo tempo, dalle prospettive *de jure condendo* nel percorso di individuazione dei lep, che come noto è, per il passato, un percorso segnato da interventi rapsodici, congiunturali ed in ogni caso parziali¹⁵. Appare conclusivo sul punto il biasimo espresso dalla Consulta con riguardo al «*perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP, i quali indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché 'il nucleo invalicabile di garanzie minime' per rendere effettivi tali diritti*»¹⁶.

In particolare quello che più conta nel discorso che si sta affrontando è il carattere disorganico di tali interventi, e cioè l'assenza di collegamento tra i medesimi in forza di un disegno unitario che ne intrecciasse le sorti alla possibilità di differenziazione delle scelte normative¹⁷, a quello cioè cui si è soliti riferirsi

14 Sul punto vale la considerazione di E. BALBONI, *Il nome e la cosa. Livelli essenziali dei diritti e principio di eguaglianza*, cit., 296 secondo il quale il riferimento «*all'amministrazione prestazionale e al governo della stessa*» è il fulcro della clausola di cui all'art. 117, c. 2, lett. m).

15 Per una sintesi sull'assenza di definizione in via generale dei lep e sulla deducibilità dei medesimi, per settori, dal dato positivo vigente si veda E. ZAMPETTI, *Introduzione a un dibattito sul tema dell'autonomia differenziata*, in *Giustizia Insieme*, 19.1.2023.

16 C. cost., 26 novembre 2021, n. 220. Dello stesso avviso C. cost. nn. 10 aprile 2020, n. 62 e 8 luglio 2021 n. 142.

17 A tal proposito, infatti, vale la considerazione (A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit.) secondo la quale la scelta operata in passato in punto di «*mancata individuazione ex ante dei lep in un disegno unitario di collegamento degli stessi alla possibilità di differenziazione (per responsabilità di tutti i Go-*

con l'espressione regionalismo differenziato. Intreccio che invece, oggi, è addirittura prescritto dal legislatore che, nel rimettere mano al progetto di autonomia differenziata ai sensi dell'art. 116, c. 3 Cost. ha inteso subordinarne il compimento, quanto alle «*materie o ambiti di materie riferibili ... ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale*», proprio alla «*determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)*»¹⁸. In forza delle previsioni della legge di bilancio per il 2023, la vicenda della determinazione dei LEP ha perciò intercettato quella dell'attuazione del regionalismo differenziato, non senza suscitare significative perplessità proprio per i modi attraverso i quali è stata messa in campo la decisione di «*recidere un nodo emerso, anche con toni piuttosto accesi, nel dibattito sull'autonomia differenziata*», e cioè quello «*sulla pregiudizialità della determinazione dei LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, rispetto all'attribuzione delle ulteriori forme e condizioni di autonomia consentite dall'art. 116, terzo comma, Cost.*»¹⁹. Oltre alle criticità legate a profili di metodo e di merito²⁰ – alcuni dei quali connotanti

verni, nessuno escluso, che si sono succeduti dal 2001 in avanti)» avrebbe precluso inevitabilmente la percorribilità di strade diverse da quella effettivamente eletta dal d.d.l. n. 615, recante «*Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*», c.d. d.d.l. Calderoli, approvato in Senato il 23 gennaio 2024 e in corso di esame alla Camera dei Deputati (qui d.d.l. C. 1665). In particolare quest'ultimo ha inteso la copertura dei lep anzitutto come «*individuazione dei lep a legislazione vigente*», con ciò abbracciando un'opzione per così dire poco coraggiosa, rivelandosi tuttavia nei fatti «*impraticabile*» quella, alternativa, di «*abrogare tutte le disposizioni precedenti di individuazione dei LEP e procedere successivamente sulla lavagna bianca così ottenuta*».

18 È la previsione testuale che ricorre all'art. 1, c. 791 della legge 29.12.2022 n. 197, L. di stabilità 2023. In ordine al riavvio del processo di definizione dei livelli essenziali nel settore sociale ad opera della legge di bilancio per il 2022, si veda P. TORRETTA, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: qualche lep e tante 'buone intenzioni'*, in *Federalismi.it*, 11/2022, 187 ss.

19 G.M. SALERNO, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere*, in *Federalismi.it*, 1/2023.

20 Il dibattito sul punto è amplissimo. Per semplificare, ci si intende riferire in particolare, con le perplessità di ordine metodologico, ai rilievi espressi nei confronti della scelta di valorizzare la matrice governativa, rispetto a quella parlamentare, del processo decisionale (marginalizzazione del Parlamento rispetto al processo di approvazione delle leggi di differenziazione che recepiranno le intese stipulate col Governo; rispetto alle stesse il primo è compresso dalla rigida alternativa tra l'integrale approvazione o bocciatura) persino laddove il rafforzamento dell'Esecutivo sia apparso funzionale a contenere le iniziative regionali (è il caso della previsione che attribuisce al Presidente del Consiglio il potere, teso a tutelare l'unità giuridica o economica, di «*limitare l'oggetto del negoziato ad alcune materie o ambiti di materie individuati dalla Regione nell'atto di iniziativa*»: art. 2, c. 3 del d.d.l. Calderoli), con ricadute sulla sede di disciplina dell'assetto delle competenze Stato-Regioni (trasferito dalla Costituzione alle leggi di differenziazione), nonché con riguardo all'approccio distonico generato dalla scelta di disciplinare con

specificamente la determinazione dei lep, più che l'attuazione in senso lato del regionalismo differenziato, anche qui nel metodo²¹ e nel merito²² – si segnalerebbe l'opportunismo politico di esibire la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (rispetto alla loro portata strumentale alla effettività dei diritti, alla erogazione di prestazioni fondamentali, ad uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali e ad un'equa ed efficiente allocazione delle risorse e al pieno superamento dei divari territo-

legge ordinaria il procedimento per l'approvazione di leggi (quelle di differenziazione) destinate ad essere «rinforzate»; e, con i profili di merito, alla sottovalutazione della necessità di misure perequative territoriali quale elemento condizionante ogni velleità di regionalismo differenziato che non si traduca in un moltiplicatore di divari di cittadinanza, e dunque al rischio di svuotare di significato i principi dell'art. 119 Cost., il formale richiamo ai quali non può rivelarsi sufficiente in questo quadro. In argomento si veda F. MANGANARO, *Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, in *Giustizia Insieme*, 9.1.2023; dello stesso A., *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, in *Federalismi.it*, 17.4.2024; M. CAMMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *www.astrid-online.it*, 2019; S. STAIANO, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, 29/2022, 1; dello stesso A., *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it*, 7/2023 e *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3/2019, nonché *Né facile né breve. Allineare il regionalismo differenziato alla Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1/2023, 104 ss.; E. ZAMPETTI, *Introduzione a un dibattito sul tema dell'autonomia differenziata*, cit.; R. CALVANO, *Il Monstrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, in *Iacostituzione.info*, 26.4.2023; Id., *Audizione alla I Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati*, 20.3.2024, in <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.33637.20-03-2024-18-03-30.351.pdf>. In tema si veda anche l'intervista a M. LUCIANI, *Sulla autonomia una inutile forzatura del Governo, copre una maggioranza divisa*, in *Repubblica.it*, 28.4.2024.

21 Tra questi, quelli più problematicamente avvertiti, in considerazione della violazione della riserva di legge implicata nell'art. 117, c. 2, lett. m) Cost., attengono alla forma del d.p.c.m. inizialmente eletta per la determinazione dei lep (su questo F. MANGANARO, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, cit.; A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit.; G.M. SALERNO, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere*, cit.; R. CALVANO, *Il Monstrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, cit.; Intervista a Sandro Staiano, *Perché il ddl Calderoli tradisce la Costituzione*, in *www.nagora.org*, 16.2.2023), successivamente rivista, sebbene non soddisfacentemente, a causa delle modifiche intervenute nel procedimento di approvazione del d.d.l. Calderoli (su cui si veda *infra* nota 27).

22 Tra le criticità che investono la sostanza dei processi dei quali si sta parlando – ossia l'attuazione del regionalismo differenziato preservando, almeno nelle enunciazioni di principio, l'uniforme garanzia di una serie di prestazioni essenziali sull'intero territorio nazionale – vi sono naturalmente quelle relative ai profili di finanziamento delle operazioni in esame. La questione più delicata in particolare riguarda l'individuazione delle fonti destinate a finanziare le funzioni affidate alle Regioni che chiedono la differenziazione: l'opzione accolta dal legislatore, che è l'attribuzione di quote di compartecipazione al gettito di tributi erariali da definire nelle intese – appare amara la considerazione di R. CALVANO, *Il Monstrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, cit., che la identifica come il «vero motore di tutta l'operazione» – è indicativa di un approccio che, oltre ad agire come amplificatore dei divari di cittadinanza (su questo diffusamente

riali²³) e il descritto rapporto di presupposizione, come un risultato dello stesso d.d.l. ormai in corso di approvazione anche alla Camera dei Deputati²⁴, essendo stati, invece, i profili relativi alle modalità di definizione dei LEP disciplinati in misura determinante – per quanto discutibilmente ad avviso di molti²⁵ – dalla legge finanziaria per il 2023²⁶, e rivelandosi le intervenute, auspiccate, modifiche su alcuni decisivi aspetti del processo determinativo dei lep – per tutte il passaggio dalla forma del d.p.c.m. a quella del decreto legislativo – depotenziate nei fatti²⁷. Sicché il percorso *de iure condendo* al quale si faceva cenno è incorpo-

S. STAIANO, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, cit.), elude la questione della responsabilizzazione della spesa in capo alle Regioni, e non risolve la questione del superamento del criterio della spesa storica nella quantificazione dei costi standard, così tradendo gli obiettivi perequativi imposti dall'art. 119 Cost. (su cui si veda già F. MANGANARO, *Regionalismo e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, cit.; Id., *Politiche di coesione*, in *Enc. Dir. – I tematici*, Milano, 2022, 839 ss., e R. CALVANO, *Audizione cit.*, che segnala criticamente l'irragionevolezza del meccanismo che affida «scelte tributarie potenzialmente decisive circa il bilancio dello Stato, ad un atto frutto di negoziazione tra Stato e singola Regione»), neanche quando contempla un meccanismo finalizzato ad evitare l'extra gettito, atteso che tale meccanismo risulta «tecnicamente inutilizzabile, in quanto il fabbisogno di spesa per ciascuna materia si basa su un'aliquota di compartecipazione, che a causa dell'invarianza di bilancio e del fatto che i LEP individuati dal CLEP sono quelli già esistenti, sarà calcolato ancora con la spesa storica»: F. MANGANARO, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, cit.. In tema ancora si veda A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit.

23 Sono tutti termini della funzionalizzazione dei lep impressa ad essi dal tenore testuale dell'art. 1, del d.d.l. S. 615 e C. 1665 cit.

24 A. CIOFFI, *Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza*, in *Giustizia Insieme*, 26.1.2023, si esprime criticamente sulla ragione dell'istituzione, «per dichiarati motivi di spesa», della relazione reciproca e vincolata tra disciplina dell'autonomia differenziata e LEP.

25 Si rinvia alla dottrina citata *supra* alla nota 20.

26 In ordine alla superfluità delle previsioni sulle modalità di definizione dei LEP contenute nel disegno di legge Calderoli, alla luce dell'impostazione del dibattito politico, si veda ancora F. MANGANARO, *Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, cit.

27 A questo proposito F. MANGANARO, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, cit. e A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit., segnalano l'assenza dei principi e criteri direttivi – in forza del «rinvio ad una norma inesistente» – che dovrebbero orientare l'esercizio della delega sul punto, e quindi dei criteri di determinazione dei lep, nonché il tema della possibilità di aggiornare periodicamente i lep con d.p.c.m. (art. 3, c. 7) nonché di adottare i medesimi nel quadro della disciplina transitoria (art. 3, c. 9). Su questi profili si veda pure R. CALVANO, *Audizione alla I Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati*, cit., fortemente critica nei riguardi delle forzature che l'affidamento della disciplina dei lep a decreti legislativi – già problematica per la brevità del termine finale indicato – genera unitamente alla previsione della possibilità che fonti non regolamentari (d.p.c.m. non adottati «previa deliberazione del Consiglio dei Ministri», a differenza di quelli previsti nella legge di bilancio 2023, art. 1, c. 796) possano intervenire a modificare fonti primarie come i decreti legislativi.

rato nel d.d.l. Calderoli citato, nella disciplina del processo determinativo dei lep già dettata dalla legge di bilancio 2023, cui il primo rinvia *per relationem* per desumere principi e criteri – esclusivamente procedurali come si è detto, donde il *vulnus* della delega²⁸ – innovando la stessa disciplina in relazione a una serie di profili; ma anche nel lavoro impostato dal Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei LEP (CLEP). Questo ribadisce, sin dalla relazione del suo Presidente Sabino Cassese volta ad illustrare il metodo prescelto dai sotto-gruppi²⁹, il fatto che i livelli essenziali delle prestazioni riflettano una dimensione essenzialmente prestazionale. È il criterio che riflette, per esempio, la scelta intervenuta fra i componenti del Comitato di escludere una serie di profili tra quelli astrattamente coperti dalla ripartizione del lavoro in sotto-gruppi, proprio in ragione del fatto che negli stessi non fossero stati rinvenuti gli estremi della “prestazione”. È il caso del primo sottogruppo³⁰ che, all'esito dell'opera sistematizzazione dell'esistente nella quale si è nella sostanza tradotto il compito del CLEP³¹, ha ritenuto che nel campione oggetto di osservazione (panorama normativo vigente e rilevante allo scopo) difettassero «*prestazioni relative a diritti civili e sociali*». Mutando significativamente il punto di osservazione (l'area della previdenza complementare e integrativa e la tutela e si-

28 Cfr. ancora A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella “forma” del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit.; R. CALVANO, *Audizione ... cit.*

29 Ci si riferisce alla Nota del 2.8.2023 di accompagnamento del lavoro dei sottogruppi, in https://i2.res.24a.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2023/09/04/Relazioni%20sottogruppi%202%208%2023.pdf.

30 Al quale erano stati affidati i Rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni e il Commercio con l'estero. Rispetto a questi vale la considerazione di A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella “forma” del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit., la quale include questo tra i settori in cui il CLEP «ha ritenuto non esservi lep a legislazione vigente», dato che giustifica la esclusione di questo come altre aree dall'elenco incluso nell'art. 3, c. 3 del d.d.l. Calderoli cit., di materie oggetto dei d. lgs. di individuazione dei lep che dovranno essere adottati; e anche il rilievo – F. MANGANARO, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, cit. – secondo cui l'errore sotteso alla «possibile attribuzione di tutte le materie di competenza concorrente» nel processo di differenziazione, consisterebbe nell'aver trascurato che alcune di queste necessitano di una programmazione ed attuazione nazionale.

31 A tal proposito A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella “forma” del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit., sottolinea che il CLEP «ha operato all'interno del mandato che limitava l'individuazione dei LEP alla loro ricognizione nella legislazione vigente, mentre ha successivamente esteso la ricognizione anche alle materie previste nel secondo comma dell'art. 117 Cost.».

curezza del lavoro), ma rammentando che il criterio discrezionale nella selezione del materiale da indagare – condiviso da tutti i sottogruppi – consiste nell'occorrenza contestuale di una serie di elementi (l'inerenza a «*funzioni definite e disciplinate dalla normativa vigente anche di competenza regionale*» e a «*diritti civili e sociali – quindi, non politici o economici – come disciplinati dalla legislazione vigente*»; la garanzia degli standard/prestazioni su tutto il territorio nazionale; la circostanza che dette prestazioni «*creino utilità diretta per il cittadino e scaturiscano da un rapporto tra l'amministrazione e privati*»; la misurabilità delle medesime in termini quantitativi e/o qualitativi³²) il secondo sottogruppo perviene al risultato di riguardare i Centri per l'Impiego e i risultati della loro azione come erogatori prestazioni rivolte agli utenti – nel frattempo portatori delle istanze sussumibili nell'articolato diritto al lavoro – in modo da dar campo ai presupposti per l'esercizio della potestà legislativa statale di cui all'art. 117, c. 2, lett. m). Analogamente il sesto sottogruppo, nell'occuparsi di governo del territorio, tornando con grande enfasi sulla definizione di prestazione, aggiunge ai tratti connotativi ricostruiti in precedenza il dato rappresentato dal carattere non remunerativo della prestazione, pervenendo alla conclusione che «*solo le materie che si estrinsecano dal punto di vista amministrativo in prestazioni (beni e servizi) a carico della finanza pubblica sono da considerarsi come materie LEP, mentre le altre materie le cui funzioni non sono rivolte alla produzione di beni e servizi pubblici rientrerebbero nel novero delle 'materie non lep'*»³³.

2. 1. L'individuazione dei lep oltre l'apparenza. La questione dei diritti civili e delle pretese procedurali

Eppure, proprio la materia del governo del territorio è paradigmatica di ambiti in cui l'applicazione rigorosa del descritto criterio discrezionale, curvato per

32 Così la Nota, Relazione di accompagnamento al lavoro dei sottogruppi del 2.8.2023 citata.

33 Cfr. Relazione di accompagnamento al lavoro dei sottogruppi del 2.8.2023 cit., 79-80. A proposito dell'assenza di remuneratività (p. 87) si sostiene che per la «*cessione*» ai singoli cittadini «*di beni e servizi pubblici (divisibili)*» nei quali le prestazioni consistono, essi, «*anche se contribuiscono al costo del bene o del servizio pubblico, non lo remunerano interamente e, pertanto, determinano un onere a carico della finanza pubblica*».

così dire su requisiti di ordine strutturale nell'individuazione degli indicatori prestazionali, rischia di “afferrare” poco³⁴. Così si finisce, all'opposto, per esibire la capacità straordinariamente attrattiva del concetto di prestazione, della quale si fa esperienza da tempo laddove ci si sia confrontati col tema degli interessi procedimentali e con la valorizzazione di questi ultimi³⁵ sino al punto da aver accordato autonoma rilevanza alla violazione delle regole procedimentali e aver prospettato, dunque, anche sul piano della tutela processuale, soluzioni coerenti con l'idea che le pretese di cui si discute siano «*meramente procedimentali e cioè mirate al mero rispetto delle regole stabilite per lo svolgimento del procedimento*»³⁶. Non è un caso che, promuovendo questo approccio non restrittivo alla individuazione di prestazioni per le quali sarebbero predicabili standard essenziali, vengano assunte a paradigma di ipotesi in cui tale approccio è stato praticato, proprio le pretese procedimentali riconosciute nel quadro della disciplina in materia di trasparenza (d. lgs. n. 33/2013) nonché in via generale nella legge n. 241/1990 – soprattutto a valle delle modifiche apportate dalla l. n. 69/2009³⁷ –

34 Si legge (Relazione di accompagnamento al lavoro dei sottogruppi del 2.8.2023 cit., 80), con riguardo alla materia del governo del territorio, che la nozione «*non esaurisce la problematica del lep*», e che pertanto «*si è scelto di esaminare quali siano state, nel tempo, le scelte adottate 'in concreto' dal legislatore statale per la determinazione dei lep*».

35 In tema diffusamente L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 850 ss.

36 In questo senso si esprime E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *giustamm.it*, 30.12.2017, che giunge a ritenere che a tali interessi vada accordata tutela non solo per equivalente pecuniario ma anche in via specifica. Sulla questione contigua del rapporto tra interesse materiale (al conseguimento del bene della vita) e “facoltà procedimentale” si veda L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in A. Travi (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, 114, secondo il quale la facoltà è il vero oggetto della garanzia legislativa e non l'interesse materiale (a protezione del quale sarebbe posta la prima), che non è garantito nel suo soddisfacimento. In ordine alla natura e alla consistenza delle posizioni giuridiche riconosciute al cittadino nei confronti dell'amministrazione dalla norma regolatrice del potere in particolare attraverso il principio dell'affidamento si veda il recente studio di G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023.

37 Sul punto si rinvia ancora alle considerazioni di E. FOLLIERI, *op. cit.*, secondo il quale la previsione a mente della quale, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, il richiedente «*ha diritto ad ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge*», inserito nel corpo dell'art. 2-*bis* della l. n. 241/1990 nel comma 1-*bis* (introdotto dall'art. 28, c. 9, del D.L. n. 69/2013), e la circostanza che essa si riferisca ad una ipotesi diversa dal risarcimento dei danni per inosservanza del termine di conclusione del procedimento, di cui all'art. 2-*bis*, c. 1, sarebbe coerente con l'inerenza dell'indennizzo alla «*violazione in sé del termine di conclusione del procedimento*», e la indipendenza del medesimo

postulando con ciò la sussistenza di diritti ad una “*performance* amministrativa”, e con ciò, del resto, rammentando la logica che ha motivato la considerazione delle pretese procedimentali in termini di lep, trasfusa come noto nell’art. 29, c. 2-*bis* della L. 241/1990³⁸. Logica impiegata utilmente dal giudice comune (naturalmente da quello amministrativo) per rafforzare la tutela delle pretese oggetto di scrutinio, come è accaduto sovente in relazione a quelle situate lungo la linea di confine di alternative ricostruzioni della natura della relativa situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo-interesse legittimo) consentendo all’argomento del lep di operare a sostegno della ricostruzione più garantista³⁹.

È innegabile, come il tenore testuale del dato positivo costituzionale rammenta, che i livelli essenziali delle prestazioni coprano l’area dei diritti civili oltre che quella dei diritti sociali. Coerentemente con tale premessa i lavori del CLEP e il risultato finale degli stessi⁴⁰ riflettono un’attenzione che opera trasversalmente alle due categorie, garantendo per così dire la corrispondenza tra le posizioni soggettive di vantaggio, individuate sulla base della lettura della

dall’ «*interesse ad ottenere soddisfazione del bene della vita*».

38 In tema si rinvia a S. TUCCILLO, *La Corte costituzionale e i limiti all'autonomia regionale nella disciplina degli istituti del procedimento amministrativo. Livelli essenziali delle prestazioni e strumenti di semplificazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 241 ss.

39 È il caso del formante giurisprudenziale sul diritto di accesso, nel quale la qualificazione, oltre che come espressione del principio di trasparenza, quale specifico livello essenziale della prestazione ha agevolato la ricostruzione in termini di diritto soggettivo: sul punto C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3388-3390, che a questo proposito si riferisce all’ «*impiego della norma sui LEP quale vettore di interpretazioni costituzionalmente orientate*». Come noto la questione della configurazione del diritto di accesso documentale in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo è oggetto di un ricchissimo dibattito che l’economia di questo contributo non consente neanche di lambire. Ci si limita qui a ricordare che la tesi incline a ricostruire il diritto d’accesso come diritto soggettivo è stata largamente dominante (in questo senso F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 262 ss.); per una prospettazione intermedia si veda M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo il codice della privacy*, in *Foro it.*, 2004, III, 510 ss.; tra i sostenitori della qualificazione in termini di interesse legittimo si veda L.A. MAZZAROLI, *L’accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, 1998, 40 ss.; G. VIRGA, *L’araba fenice della natura giuridica del diritto di accesso*, in *Lexitalia.it*, 5/2006. Si veda di recente, anche per una compiuta ricostruzione del dibattito, lo studio relativo alla convivenza tra trasparenza amministrativa e tutela del diritto alla riservatezza dei titolari dei dati in possesso della p.a., A. SIMONATI, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi “generali”: le dinamiche frontiere della discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 1/2023, 1 ss.

40 Si veda il Rapporto finale del CLEP del 30.10.2023 cit.

normativa, e il loro atteggiarsi come «*posizioni di diritto a prestazione*»⁴¹, garantendo in una parola la trasversalità, alle due categorie di diritti, della correlazione tra diritto e prestazione. Nondimeno, la necessità di proiettare i lep nella prospettiva teleologica costituzionale – rappresentata in estrema sintesi dal loro collegamento col progetto dello Stato sociale, come si dirà di qui a breve – suggerisce l'opportunità di valorizzare l'area dei diritti sociali come terreno più rappresentativo di impiego dei primi, e conseguentemente di considerare delle «*escursioni*»⁴² quelle che il giudice, anche costituzionale, compie nei territori esterni al perimetro dei diritti sociali. È paradigmatico di questo muoversi tangenzialmente al cuore dei lep, il risultato del lavoro di sistematizzazione e classificazione dell'esistente relativo alla materia del governo del territorio, che, come si è segnalato, riguarda gli interessi vantati dai singoli rispetto all'attività procedimentale dell'amministrazione nel comparto dell'urbanistica e dell'edilizia, e più in generale il trattamento delle fattispecie attratte nell'orbita della semplificazione amministrativa, potendo il contributo semplificatorio essere riguardato solo in senso largo e, per così dire, atecnico, come una prestazione. È, a titolo meramente esemplificativo, l'itinerario percorso al cospetto delle certificazioni ambientali e di qualità la cui disciplina veniva ricondotta alla materia dei lep, in ragione della cornice semplificatoria in cui appariva iscritta e in considerazione della funzionalità delle prime a consentire l'esercizio dei diritti dal lato degli operatori economici (rispetto al conseguimento delle certificazioni secondo criteri di uniformità sul territorio e di efficienza, e pertanto in ragione di un collegamento con la pretesa riconosciuta dall'art. 41 Cost.) e dal lato dei destinatari dei prodotti o servizi erogati dai primi (rispetto alla verifica dei requisiti di qualità)⁴³. Per attingere questa prospettiva basta infondo evocare un passaggio di stile che salda la finalità semplificatoria delle attività di controllo esercita-

41 Cfr. Relazione del 2.8.2023 cit.

42 Così già riferendosi alle prime pronunce nelle quali la Consulta si spingeva, guardando ai lep, «*oltre il recinto dei diritti sociali in senso stretto*», C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3378.

43 C. cost., 4 dicembre 2009, n. 322.

te dall'amministrazione ad una qualità essenziale del risultato che gli aspiranti (interessati all'esercizio dell'attività) aspirano a conseguire. *«Il principio di semplificazione va senza dubbio catalogato nel novero dei principi fondamentali dell'azione amministrativa e ... questa finalità di semplificazione dei procedimenti di abilitazione all'esercizio di attività per le quali sia necessario un controllo della pubblica amministrazione rappresenta esattamente il carattere del livello essenziale della prestazione concernente i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., che si collega al fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.»*⁴⁴. Ma si tratta in definitiva di uno schema replicabile più in generale per le ipotesi sussumibili nella cornice del procedimento amministrativo, e più specificamente per gli istituti del procedimento amministrativo qualificati espressamente come livelli essenziali⁴⁵. I lep di natura procedimentale sono quelli a fronte dei quali il diritto si atteggia, fra le altre cose, in termini di *«diritto alla certezza/chiarrezza nei rapporti con la PA»*, in coerenza con la prospettazione di una *«pretesa ad una performance/livello minimo di attività amministrative»*⁴⁶. Insistendo nell'area dei diritti civili, i lep aprono senz'altro un'area di esercizio al sindacato del giudice amministrativo che però appare percorrere "in superficie" il relativo riferimento, come mostra per esempio il contenzioso sul diritto di accesso in cui detto argomento operi nella qualificazione della posizione tra le alternative del diritto e dell'interesse, facendo pendere l'ago della bilancia in favore di questa seconda, in chiave rafforzativa di

44 Cfr. C. cost., sent. 20 luglio 2012, n. 203.

45 Questa è anche la ragione per la quale l'alternativa riconduzione di una fattispecie semplificatoria al procedimento amministrativo, piuttosto che direttamente alla materia dei lep (profilo sollevato, per esempio, nella lettura critica della collocazione – operata dalla giurisprudenza costituzionale in materia ambientale citata, cfr. sent. n. 322/2009 – della materia semplificazione all'interno dell'area dei lep: su cui C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3378) non produce esiti sostanzialmente differenti, anche in ragione della qualificazione espressa che opera nella l. n. 241/1990 in termini di lep di una serie di istituti procedimentali situati nella logica semplificatoria (segnalazioni e comunicazioni, segnalazione certificata di inizio attività, silenzio-assenso, conferenza di servizi, etc.).

46 Cfr. ancora la Relazione del 2.8.23 cit. p. 130 e nel Rapporto finale del CLEP del 30.10.2023, al par. 7, Contributo di E. FREDIANI, *"Note minime in ordine all'individuazione di elementi e criteri per una quantificazione dei LEP in materia ambientale (con particolare riguardo al consumo di suolo, alle bonifiche di siti contaminati, alla tutela della biodiversità ed alla luce del documento approvato dal Sottogruppo n. 8)"*.

un approccio (già) garantista del giudice amministrativo⁴⁷. In definitiva i diritti civili appaiono sussumibili nell'area dei livelli essenziali delle prestazioni in forza di una considerazione estrinseca, ponendosi la prestazione dedotta nel lep rispetto al loro esercizio come un presupposto molto "mediato" – ove si intendesse usare una terminologia civilistica potrebbe dirsi che i diritti civili non conformano la causa dei lep – dato che si affianca alla impossibilità di declinare propriamente come prestazioni gli strumenti di attuazione delle pretese di cui si discorre.

2.2. La perimetrazione dei lep: la dimensione prestazionale oltre la dimensione organizzativa

La consapevolezza dei rischi sottesi ad operazioni eccessivamente inclusive (cioè a dire tutto, o quasi, può essere riguardato in termini di prestazione), come sono quelle talvolta risultanti dall'approccio empirico di ricostruzione delle scelte determinative dei lep in concreto adottate per il passato dal legislatore, suggerisce al contempo di escludere dalla composizione del campione rilevante le previsioni caratterizzate da un eccessivo grado di vaghezza, pena la perdita della *ratio* dello stesso istituto dei lep⁴⁸. Eppure è la vicenda stessa dei lep, e della loro identità funzionale, ad essere astretta dalla necessità di dettare indicazioni che compendiano decisioni ad elevato tasso di politicità, sufficientemente vincolanti da veicolare la serietà dell'impegno a garantire utilità in un quadro dato di risorse finanziarie, e al contempo non così puntuali da ingessare la decisione, quella tecnica, più prossima alla concreta soddisfazione dei bisogni⁴⁹.

47 Cfr. *supra* nota 39.

48 Si vedano le considerazioni del quinto Sottogruppo, impegnato nell'ambito della Tutela della salute, dell'Alimentazione e dell'Ordinamento sportivo (p. 68 della Relazione del 2.8.23 cit.): «ferma la necessità di una solida base legislativa per l'individuazione dei LEP, il Sottogruppo n. 5 ritiene che il loro contenuto non possa essere definito con previsioni eccessivamente generali o di principio, poiché il solo fatto che si tratti di prestazioni impone un significativo grado di precisione delle previsioni normative che li concernono, le quali non possono limitarsi a fornire semplici indicazioni delle finalità perseguite. Diversamente opinando si correrebbe anche il rischio di pagare un prezzo in termini di tutela dei diritti su tutto il territorio nazionale e di certezza quanto al loro finanziamento integrale».

49 Appare suggestiva l'immagine di un percorso discendente lungo la gerarchia delle fonti e la linea di confine politica-amministrazione, e correlativamente incrementale del grado di pun-

Il medesimo approccio di cautela nel rinvenire i connotati distintivi della dimensione prestazionale suggerisce di relativizzare, correlativamente, la dimensione organizzativa e di considerare, in coerenza con tale impostazione, indefettibile, per l'ascrivibilità di una certa attività ai livelli essenziali delle prestazioni, la sussistenza di un contributo dei poteri pubblici che vada oltre i profili di ordine organizzatorio. In tale prospettiva vanno intese le puntualizzazioni che saldano, quasi in una clausola di stile, l'idoneità delle prestazioni, oggetto di osservazione, a «*stabilire un rapporto tra amministrazione e privati*», al superamento della mera «*dimensione organizzativa*»⁵⁰. Sul punto il decisore politico (supportato dalla tecnica, come si sta assumendo) mostra di allinearsi alle conclusioni della giurisprudenza costituzionale che risolve la tensione – tra prestazioni e struttura organizzativa, o anche, se si vuole, tra diritti e organizzazione/poteri – nella quale si situa la disciplina dei lep con un approccio restrittivo, che esclude dall'area quanto non sia strettamente funzionale alla garanzia del diritto ed ine-

tualità delle previsioni che ineriscono ai lep; percorso lungo il quale, per un verso l'aumento del grado di definizione – scendendo «*dalle alte vette delle disposizioni costituzionali che li menzionano alle più modeste alture delle leggi (e dei regolamenti) che li determinano, fino alle basse pianure dell'azione amministrativa che li realizza in concreto – non corrisponde ad un maggior nitore concettuale*» (C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3371), per altro verso, «*le prestazioni da erogare sono definite al livello legislativo in termini generali e a volte persino indeterminati: dovendo soddisfare i bisogni e le esigenze di fruitori concreti, è inevitabile che la loro specificazione sia rinviata ad un momento successivo ed affidata a soggetti ulteriori, dotati di quelle competenze tecniche ... irrinunciabili*»: C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, cit., 135.

50 È, il caso, della considerazione operata con riguardo alla mobilità dal settimo Sottogruppo impegnato nella materia Porti e aeroporti civili, Grandi reti di trasporto e di navigazione. La mobilità, e «*in specie, la realizzazione delle infrastrutture di trasporto e la erogazione di servizi di trasporto implica e presuppone erogazioni o prestazioni ampliative dell'attività privata*» e implica «*prestazioni idonee a stabilire un rapporto tra amministrazione e privati, oltre la dimensione organizzativa, e, in specie, un rapporto di utenza o di fruizione di infrastrutture pubbliche o in concessione*» (cfr. Relazione del 2.8.2023 cit., p. 114). Così anche l'ottavo Sottogruppo, dedicato alla materia della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, nel riferirsi al requisito relativo alla idoneità della prestazione «*a stabilire un rapporto tra amministrazione e privati, oltre la dimensione organizzativa*», conclude per la sussistenza di tale requisito nel caso dell'ambiente, essendo nella prestazione dei servizi ecosistemici innegabile la «*dimensione funzionale che vede in primo piano il ruolo e l'intervento dei pubblici poteri ed il configurarsi di un particolare rapporto giuridico-amministrativo al fine della fruizione di un ambiente salubre*». Analogamente la considerazione del requisito induce a pervenire a conclusioni opposte, con riguardo alla configurabilità dei LEP nella materia della protezione civile, e alla disciplina recata dal d. lgs. n. 1/2018, atteso il «*contenuto ordinamentale ed organizzativo*» delle disposizioni che «*non sembrano riconducibili all'erogazione di prestazioni nel senso delineato in precedenza*» (cfr. La Relazione cit., p. 87).

risca invece alla determinazione dell'assetto organizzativo del servizio⁵¹. La tensione evocata compendia la questione politica centrale posta dai livelli essenziali. Senz'altro, a fronte dei diritti c.d. "a prestazione", si pone intuitivamente una esigenza di uniforme garanzia delle condizioni di organizzazione del servizio, e questo basta a determinare una significativa interconnessione tra i profili sostanziali e i profili organizzativi rilevanti. D'altro canto, però, la gittata della trasversalità della materia, che proietta il suo svolgimento in dinamiche di verosimile compressione delle competenze regionali invita alla cautela e ad assumere una idea rigorosa di strumentalità della prestazione alla soddisfazione del diritto, scoraggiando la sussumibilità perciò, in coerenza con questa prospettiva, tra le altre cose, dei profili organizzatori nella materia dei lep.

3. Il piano sostanziale della riflessione sui lep

Tornare ad un punto di osservazione dei lep meno estrinseco e più profondo significa lasciare per un momento sullo sfondo il dato rappresentato dal loro contenuto e quindi dalla prestazione e dai suoi attributi, per valorizzare la considerazione dei medesimi quale congegno di tutela che opera anzitutto sul piano sostanziale come presidio di aspettative, oggetto di riconoscimento da parte dell'ordinamento, in particolare sulla base di previsioni di rango costituzionale, che dovrebbe agevolare, fluidificare, rendere operanti i meccanismi di esigibilità delle prestazioni che li sottendono, prima sul piano sostanziale (consentendone l'attivazione al cospetto delle amministrazioni), e successivamente nella cornice processuale. E da questa premessa possono trarsi, ad avviso di chi scrive, indicazioni, anche molto rilevanti, sul piano della tutela processuale, ossia sullo spazio che i lep trovano e occupano nel contenzioso, e se si guarda, come è richiesto in questa riflessione, al giudizio amministrativo. L'indicazione

⁵¹ Si veda in questo senso C. cost. n. 99/2009. Per la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in ordine alla descritta tensione si rinvia ancora a C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3376 che al riguardo evoca anche la connessione la "parte sostantiva" e "parte organizzativa" della Costituzione, su cui M. LUCIANI, *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri"*. *Notarelle brevi su un metodo interpretativo ricorrente*, in AA. VV., *Studi in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, II, 497 ss.

consente poi di operare per così dire una selezione dello stesso contenzioso, individuare cioè la parte del formante che riveste maggior interesse per l'indagine che si sta conducendo. Questa operazione selettiva mi pare possa essere guidata dalla considerazione che l'impiego dei lep in sede giurisdizionale da parte dei giudici comuni trova un suo spazio fisiologico di espressione in una terra di "omissione" e di assenza, o di non corretta attuazione dei livelli da parte della normativa di rango primario⁵², e dalla considerazione della dinamica di svolgimento verticale e discendente del processo determinativo che riguarda i primi. Ciò consente di guardare al giudice amministrativo non soltanto come al giudice che, presidiando la legittimità dell'attività amministrativa (organizzatrice e/o dispensatrice di utilità), si muove nella prospettiva di garantire il conseguimento del bene della vita – ossia la prestazione oggetto del lep in considerazione, ove definito e rintracciabile – ma come a una figura che ha un significativo ruolo da giocare quale interprete del carattere problematico dei lep e del loro processo determinativo. Tale dinamica si innerva nella difficoltà di esaurimento della discrezionalità politico-amministrativa, dato che consolida in via di premessa l'idea della attitudine di un giudice – naturalmente attrezzato a misurarsi con una discrezionalità che sopravvive alla determinazione in sede politica – come quello amministrativo, a confrontarsi con una definizione – in questo caso sovente solo nominale, trattandosi dei lep – dei parametri del giudizio. In questa prospettiva l'analisi del formante giurisprudenziale è diretta a ricostruire le risposte fornite dal giudice amministrativo alla domanda di giustizia, e ad individuare quali soluzioni, a favore dei titolari dei diritti dedotti nei lep di volta in volta presi in considerazione, sia capace di produrre un sindacato come quello che attualmente consente di effettuare il giudizio di legittimità. Il giudice amministrativo è in questo senso quello dinanzi al quale emerge il nervo scoperto dei lep – rappresentato dalla loro ventennale inattuazione – in un contesto di pola-

52 C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3398: «i giudici comuni si muovono all'interno di un orizzonte solo parzialmente definito dal legislatore statale e solo occasionalmente ricostruito dalla Corte costituzionale; un orizzonte, insomma, che in non piccola parte essi stessi contribuiscono attivamente a delineare».

rizzazione tra diritti e potere (legislativo e amministrativo), e cioè di tensione tra le aspirazioni all'effettività da parte dei primi e alla insindacabilità da parte dei secondi (l'uno libero nel fine, l'altro discrezionale nell'uso dei mezzi)⁵³. La capacità del giudizio amministrativo di andare nella direzione dell'effettività delle pretese di prestazione si svolge in alcuni casi proprio giovandosi del salto che esiste tra la dimensione formale del riconoscimento (normativo in sede costituzionale-legislativa, e amministrativo) e il piano sostanziale dell'esercizio e godimento effettivo del diritto. Ciò è avvenuto esprimendo una valutazione di appropriatezza dello strumento legislativo come unica strada possibile per «assicurare il giusto contemperamento degli interessi in gioco»⁵⁴ e mostrando – come paradigmaticamente è accaduto nel settore sanitario nelle occasioni in cui è stato convalidato il d.p.c.m. del 29.11.2001 sui livelli essenziali di assistenza sanitaria ed è stata a questo proposito richiamata la giurisprudenza costituzionale che aveva affermato la copertura legislativa dello stesso⁵⁵ – approccio adesivo nei riguardi dell'atto amministrativo cui è rimessa l'attuazione dei lep, determinati non risolutivamente nella sede normativa, legislativa, regolamentare, e superando anche tale ultimo dato.

Si potrebbe così provocatoriamente affermare persino che il giudice amministrativo non è il giudice dei livelli essenziali delle prestazioni, nella misura in cui non può naturalmente essere giudice della discrezionalità legislativa. Quello di sindacare se questa si sia mossa nel perimetro indicato dalla Costituzione è, infatti, compito con evidenza affidato al giudizio sulle leggi, nella fagocitante attrazione esercitata, sui problemi di mancata o scorretta attuazione del

53 Formula di sintesi utilizzata da C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3386 per descrivere la perenne tensione nel mezzo della quale sono colti i lep.

54 Cons. St., Sez. IV, 4 aprile 2004, n. 398 e 15 giugno 2004, n. 3983. In ordine alla imprescindibilità della mediazione legislativa nella declinazione dei lep, al fine di consentire poi un sindacato, nelle differenti sedi, sulla conformità delle determinazioni assunte a valle rispetto alla sostanza dei medesimi, si veda C. cost. ord. 9 dicembre 2002, n. 526, che dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti di una legge regionale per violazione dei lep, per non esser stata identificata la fonte di rango primario di determinazione degli stessi.

55 Cfr. per tutte C. cost. 27 marzo 2003, n. 88.

disegno costituzionale sui lep, dalle questioni di riparto di competenze legislative rispetto a quelle di merito. È evidente che il formante che si apre in questa zona di omissione appare interessante anche nella misura in cui difetti un compiuto parametro di sindacato⁵⁶, essendo il giudice amministrativo, in veste di giudice dell'economia⁵⁷ e dei diritti di cittadinanza⁵⁸, nondimeno chiamato a verificare la ragionevolezza delle scelte distributive e allocative di risorse adottate dall'amministrazione. In definitiva il giudice amministrativo è giudice dei lep perché è il giudice della discrezionalità che residua a valle della determinazione di livello per così dire elevato, ove quest'ultima sia intervenuta, e il riferimento ai lep consente al giudice amministrativo di dimostrare la presenza di spazi utili entro i quali inserirsi, più che operare, come si dirà, come un congegno risolutivo, destinato a spostare i termini delle questioni che si pongano in punto di esigibilità delle prestazioni e quindi di effettività dei diritti agiti.

Naturalmente giudice costituzionale e giudice comune (amministrativo) esibiscono, a fronte dei lep, sensibilità diverse e mettono in campo obiettivi dif-

⁵⁶ Segnala il cortocircuito che una predeterminazione legislativa dei lep, non rispettosa del dettato costituzionale o addirittura mancante, determinerebbe rispetto alla necessità di sindacare l'attività amministrativa a valle a causa dell'impossibilità di rinvenire un valido parametro di sindacato, R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, Torino, 2007, 244-245.

⁵⁷ F. MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in AA.VV., *I giudici e l'economia*, Torino, 2018, 51 ss.; S. AMOROSINO, *I giudici amministrativi e le attività economiche*, in *Analisi giur. dell'eco.*, 2/2018, 449 ss.; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6/2013, 951 ss.; P. DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme*, in *www.giustamm.it* (giugno 2007); G. TROPEA, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in M. Cafagno - G. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, vol. V, in L. FERRARA - D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*. Studi, (a cura di) Firenze, 2016, 577 ss.; A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2021, 1 ss.

⁵⁸ Questa prospettiva ermeneutica si legge nelle considerazioni di P. DE IOANNA, *La giurisdizione amministrativa come presidio dei diritti sociali di cittadinanza*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2/2016, 531 ss. spec. 535, che segnala che i motivi per i quali riconoscere una «specificità tecnica al g.a. sono da ricercare [...] non certo nella più attrezzata conoscenza tecnica del mercato», quanto nel fatto che il giudice amministrativo, essendo «specializzato nel bilanciamento degli interessi pubblici e privati è nella condizione effettiva di conoscere se e in che misura il nucleo interno ed essenziale della cittadinanza» – quello che si definisce intorno all'«aspettativa del singolo alla erogazione certa, stabile e sicura» di una serie di prestazioni, «che perimetrano la sua soggettività pubblica», come istruzione, sanità, previdenza, assistenza – «risulti difeso e valorizzato, secondo una interpretazione della legge costituzionalmente orientata». In tema si veda pure R. GALLIA, *Garantire diritti di cittadinanza omogenei sul territorio nazionale. Le dichiarazioni di principio non trovano riscontro nell'architettura dei procedimenti*, in *Italian Papers on Federalism*, Is-sirfa, 2/2023, 31 ss.

ferenti, e tale diversità di approcci emerge in un primo senso, in una declinazione più vistosa del dialogo tra i due, che è quella che si innesca quando al giudizio di costituzionalità si perviene, e in un secondo senso, su un piano meno vistoso del dialogo, laddove il giudice amministrativo eviti di sollevare l'incidente di costituzionalità e eserciti un controllo diffuso sulla conformità del parametro al quadro costituzionale. Ora, al primo livello di dialogo può riscontrarsi da parte del giudice costituzionale un'attenzione "di riflesso" al profilo che qui ci occupa – ossia il valore strumentale dei lep nella prospettiva di garanzia dell'effettività dei diritti – rispetto alla questione del prudente dosaggio della trasversalità della materia, che guida, nel quadro di un approccio garantista degli spazi regionali, una lettura rigorosa e restrittiva dei requisiti necessari per ravvisare il lep, e quindi della sussistenza del relativo titolo competenziale. Il giudice amministrativo può atteggiarsi più disinvoltamente in ordine alla perimetrazione del lep, come di fatto è avvenuto, a titolo meramente esemplificativo, nel caso in cui lo stesso ha rimesso la questione di legittimità costituzionale alla Consulta in ordine ad una normativa regionale che, nel disciplinare il rilascio delle tessere di trasporto pubblico regionale, consentendo la circolazione gratuita, agli invalidi civili in possesso della cittadinanza italiana e della residenza nel territorio regionale, aveva discriminato i cittadini stranieri residenti in regione. In particolare il giudice comune remittente aveva prospettato una violazione da parte della previsione in analisi, tra gli altri profili, della riserva legislativa statale circa la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m) Cost., in settori che non avrebbero potuto «non riguardare anche lo status giuridico dei cittadini stranieri»⁵⁹. La Corte ha, invece, ritenuto che il parametro violato dalla disciplina in esame fosse quello della ragionevolezza e quindi il principio di cui all'art. 3 Cost., per essere – aderendo su questo punto all'assunto della difesa regionale – la previsione rispon-

⁵⁹ C. cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. it.*, 12/2006, 2252 ss., con nota di G. ARCONZO.

dente a finalità sociali, come quella relativa a tariffe gratuite o agevolate per invalidi, non destinata a soddisfare diritti fondamentali ma eccedente i limiti dell' 'essenziale' sia sul versante del diritto alla salute, sia su quello delle prestazioni concernenti «i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»⁶⁰.

Del resto, se il fuoco di attenzione deve essere quello della garanzia dei diritti più che la questione organizzativa, che pure la materia dei lep compendia, ecco che viene in rilievo una ulteriore ragione per la quale guardare in modo privilegiato al giudice amministrativo, nel panorama dei giudici comuni. La ragione va ascritta alla specificità dell'assetto pluralistico-democratico, il quale si muove nella direzione del superamento del monopolio statale nella tutela dei diritti, consentendo in tal senso "anche agli enti decentrati di favorirne la ... piena espansione"⁶¹, e di conseguenza al giudice amministrativo di operare nel quadro delle politiche messe in campo dai diversi enti territoriali al fine di riconoscere i diritti oltre che al fine di verificare il corretto esercizio dei poteri organizzatori da parte di questi ultimi.

Muovendosi in questa prospettiva, che è tesa a ricostruire la funzione che assegnata ai lep dalla Costituzione nell'assetto accolto e valorizzato a valle della riforma del Titolo V, si finirà inevitabilmente per valorizzare le coordinate che ne restituiscono il compiuto inserimento nel progetto dello Stato sociale. In relazione a tale specifico elemento i livelli essenziali esibiscono un ulteriore criterio di selezione del formante giurisprudenziale al quale rivolgere attenzione per il suo interesse. A questo proposito rileva anzitutto, lasciando da parte il profilo strutturale e quindi la nozione di prestazione della quale vanno individuati gli standard da garantire, il profilo funzionale e cioè la lettura funzionale dei lep rispetto al principio di uguaglianza, e all'operare dei medesimi come strumenti

60 C. cost., 2 dicembre 2005, n. 432 cit., che sul punto ammette appunto che anche regimi di questo tipo debbano, nell'individuare le categorie dei beneficiari, operare in ossequio al principio di ragionevolezza.

61 G. RIVOSECCI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Riv. AIC*, 3/2019, 248 ss.

per il conseguimento di obiettivi di uguaglianza, essendone il “nuovo nome”⁶² nel prisma della doverosità.

Tanto che su questo rilievo si innesta il nesso tra eguaglianza e vocazione universalistica dei lep, enfatizzato da taluno sino a rintracciare una linea di continuità tra questi e l'istituto del servizio universale⁶³, e la correzione di tale spinta attraverso il gradualismo – ossia l'esigenza imprescindibile per la stessa sostenibilità del sistema di «graduare in base alle risorse disponibili» le situazioni di bisogno e di tracciare pertanto un quadro di priorità – e la selettività, che esprime la possibilità di includere alcune prestazioni a discapito di altre, giungendo talvolta sino al punto da richiedere «la compartecipazione ai costi degli utenti»⁶⁴. Ciò proietta in modo evidente e compiuto la funzione assolta dai lep nel disegno democratico dello Stato sociale e riproduce chiaramente i suoi tratti connotativi: le coordinate *redistributive* del benessere sul piano funzionale, e, sul piano strutturale, *pretensive*, tali da affidare tale disegno in misura qualificante a posizioni di vantaggio pretensive, a diritti a prestazione⁶⁵.

4. La funzione costituzionale dei lep e il contenimento della discrezionalità

La valorizzazione della missione che il progetto costituzionale affida ai livelli essenziali delle prestazioni induce ad indugiare sul valore determinante che in tale cornice assumono gli obiettivi di eguaglianza sostanziale. Come si accen-

62 E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, 27 ss.; V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, 2010.

63 La nozione di lep riecheggerebbe la logica del servizio universale per G. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e Diritto del lavoro, supplemento a Lavoro nelle p.a.*, n. 1/2002, 22 ss.

64 Sul punto V. MOLASCHI, *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla L. n. 328/2000*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, 47 ss.

65 Sulla opportunità e tenuta della duplice prospettazione, sul piano strutturale e funzionale, dei diritti sociali come, rispettivamente, pretensivi e redistributivi, si veda M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, V, Torino, 2012, 219 ss.

nava in precedenza, la funzione che i lep esercitano nel consentire il conseguimento di tali obiettivi, oltre che indurre a rivolgersi, oltre il dato estrinseco, ai diritti sociali come area privilegiata di impiego dei primi⁶⁶, disvela il carattere di doverosità⁶⁷ che connota l'intervento dell'amministrazione a soddisfazione dei bisogni. I livelli essenziali operano, infatti, come congegno di tutela dei diritti e della loro effettività, incidendo sulla polarità "diritto-potere" – non sovrapponibile a quella "diritto-obbligo"⁶⁸ – espressa dal rapporto amministrativo, ed esaltandone la componente doverosa. I dispositivi idonei a valorizzare la componente di doverosità sono funzionali a ridimensionare la portata del condizionamento connotativo delle correlate aspettative dei singoli, e dunque a correggere la tradizionale postura dei diritti sociali come diritti (anche) "finanziariamente condizionati"⁶⁹. Il condizionamento va riferito del resto non solo alla dimensione finanziaria, ma più in generale alla necessità di operare un bilanciamento e una sintesi di diversi interessi rispetto a quello coincidente con il diritto oggetto di tutela e riferibile al lep. I lep esibiscono dunque tale vocazione inibitoria e di contenimento delle fonti di dimensionamento del diritto che giungono dall'esercizio della discrezionalità, ai vari livelli (politico, amministrativo generale e puntuale) ai quali essa si situa nell'apprestarne la garanzia⁷⁰.

66 Cfr. le considerazioni svolte *supra* al par. 2.1.

67 Cfr. *supra* alla fine del par. 3.

68 Sul carattere articolato del piano cui rimanda la doverosità della provvista di certe prestazioni, come i servizi sociali, non riducibile alla relazione diritto-obbligo per l'impossibilità di esaurire la dimensione del dovere in quella dell'obbligo, si veda V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 251.

69 Come noto sulla categoria il riferimento essenziale è a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 28 ss., che riferiva la discrezionalità – nell'attivazione/assunzione dei servizi funzionali ad assecondare certe prerogative e nell'ammettere l'accesso alle prestazioni – alla scelta tra alternative allocative in ragione delle risorse finanziarie disponibili.

70 Cfr. C. cost. 26.6.2002, n. 282, nella quale si sostiene che la riserva statale in materia di lep deve svolgersi «senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle». In ordine all'impiego dei lep come strumento inibitorio dei condizionamenti provenienti dalla legislazione regionale sia consentito rinviare ai riferimenti più diffusi in C. ACOCELLA, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali. Decisioni pubbliche e sindacato giurisdizionale all'epoca del ritorno al bisogno del welfare*, Napoli, 2022, spec. 228 ss. Per l'impiego dei lep in funzione di «argini alla discrezionalità del legislatore» si veda E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Dai diritti sociali alla coesione economica sociale e territoriale*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 36 ss.

Tale capacità di operare a contenimento della discrezionalità è diversamente modulata a seconda che al riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni si intrecci o si sovrapponga, come pure accade, il concetto di nucleo essenziale dei diritti. Il differente “rendimento” nella ipotesi di accostamento dei due concetti⁷¹ rimonderebbe alla possibilità di far operare, in questo caso, la qualificazione in termini di diritti soggettivi delle posizioni rinvenibili nella “cintura” del nucleo essenziale⁷², con una fluidificazione delle dinamiche di tutela sul piano della esigibilità. Ma la lettura del formante giurisprudenziale impegnato, sul terreno dei diritti finanziariamente condizionati, a mettere in campo dispositivi utili al ridimensionamento di tale curvatura, segnala come il vero motore della descritta combinazione sinergica sia il nucleo essenziale dei diritti e che non sia risolutiva, nella prospettiva della esigibilità/effettività delle pretese e delle correlate prestazioni, la loro ascrivibilità all’area dei lep quanto piuttosto la loro sussumibilità nel nucleo essenziale.

Lo conferma per esempio la nota giurisprudenza in materia di assistenza sanitaria presso strutture non convenzionate e per specialità non convenzionate con il SSN (c.d. assistenza indiretta)⁷³ e di prestazioni sanitarie fruite all’estero, nel quadro della quale viene il rilievo la tutela del diritto alla salute e della correlata pretesa a ricevere prestazioni sanitarie funzionali ad inverare il primo, quale “diritto costituzionalmente condizionato”. Il condizionamento – che evoca la mediazione legislativa e il bilanciamento tra interessi non solo di natura econo-

⁷¹ Al quale è favorevole V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 167 e 199 ss., 248 e 255.

⁷² Sull’avanzamento del contenuto essenziale del diritto reso possibile dalla determinazione dei lep, si veda ancora V. MOLASCHI, *loc. ult. cit.* – in accordo sul punto con A. D’ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6/2003, 1063 ss., spec. 1116 ss. – sebbene la stessa Autrice (255) segnali l’idoneità dei livelli essenziali delle prestazioni – indipendentemente dalla valorizzazione, che lei sostiene, del nesso tra lep e contenuto essenziale dei diritti – a configurare diritti soggettivi in capo agli aspiranti e obblighi di prestazione di un servizio (incluso nei lep) in capo alla pa, circoscrivendo tale possibilità alle ipotesi in cui il rapporto di utenza sia già costituito.

⁷³ Istituto, come noto, abrogato ad opera del d. lgs. n. 229/1999, che aveva introdotto l’art. 8-septies del d. lgs. n. 502/1992. In tema si veda R. RUSSO VALENTINI, *Commento agli artt. 8 bis, 8 ter, 8 quater, 8 quinquies, 8 sexies, 8 septies, 8 octies, d. lgs. n. 502/1992*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 340 ss.

mica – viene contenuto non grazie al riferimento ad una standardizzazione praticata nella predeterminazione dei livelli essenziali ma, piuttosto, mediante il riferimento al «*nucleo irriducibile della salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*»⁷⁴. Si è ritenuto che la mancata assimilazione in sede di legislazione regionale delle ipotesi di assistenza sanitaria c.d. indiretta a quelle di assistenza all'estero in conformità con la disciplina nazionale – con riguardo alla possibilità di ottenere rimborso delle spese mediche per prestazioni non previamente autorizzate – avesse concretizzato infatti una violazione del nucleo essenziale del diritto alla salute. Questa stessa giurisprudenza inoltre ha segnalato come la eventuale inclusione di una prestazione nell'elenco dei lep o lea non elidesse questioni che finiscono per incidere in concreto sulla garanzia del diritto preso in considerazione, mettendo a nudo la consistenza organizzatoria dei poteri dell'amministrazione che residuano a valle della determinazione dei livelli essenziali, e che compendiano – come nel caso dell'esercizio del potere autorizzatorio di forme di assistenza sanitaria – un autentico temperamento di interessi, con le inevitabili conseguenze di tale rilievo sulla qualificazione della posizione giuridica che con tale potere interloquisce rispetto alle alternative prospettazioni di diritto o interesse. La natura fondamentale della pretesa ben si concilia dunque con tale ultima configurazione⁷⁵, piuttosto essa osta alla preclusione di una autorizzazione successiva (alla mancata previsione, dunque, di una deroga al carattere preventivo dell'autorizzazione alla fruizione di certe forme di assistenza sanitaria). In un'altra parte del formante giurisprudenziale discutibilmente si è sostenuta l'idea – della quale, da tempo, è stata provata con ricchezza di argomenti la debolezza teorica – della inconciliabilità tra diritti

⁷⁴ C. cost., 20 novembre 2000, n. 509.

⁷⁵ Cfr. C. cost. 17 luglio 1998, n. 267 cit. e 20 novembre 2000, n. 509 dove si segnala l'esigenza di comporre l'interesse ad assicurare una «*tutela piena ed effettiva del diritto alla salute nei casi in cui le strutture sanitarie preposte all'assistenza diretta non siano in grado di erogare le cure indispensabili*», con l'interesse a scegliere le modalità organizzative più appropriate ad assicurare una gestione finanziaria, per così dire sorvegliata («*esigenze organizzative e finanziarie che sono alla base della natura eccezionale del regime dell'assistenza indiretta*»).

fondamentali e potere verace⁷⁶, proprio attraverso il ricorso all'urgenza⁷⁷, che sarebbe assurda ad indicatore della inconfigurabilità di un potere autenticamente discrezionale e della sussistenza, al più, di un potere di mero accertamento della ricorrenza di una serie di condizioni, appunto quelle di «*indispensabilità, gravità ed urgenza*»⁷⁸. A parte questo elemento, ciò che più conta ai fini della riflessione sull'impiego giurisdizionale di congegni utili a ridimensionare la portata del condizionamento dei diritti, è l'idea, che pure emerge da questo formante, della distinzione tra situazioni soggettive «*a nucleo variabile – in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti – e 'posizioni soggettive a nucleo rigido*»⁷⁹. Volendo trascurare i punti di debolezza esibiti dai passaggi in cui si presuppone il modello dell'affievolimento⁸⁰, il dato che rileva nell'analisi che si sta conducendo, è che la seconda delle due condizioni richiamate (la consistenza di posizione a nucleo rigido) sia predicabile solo con riguardo a situazioni soggettive che trovano nella Costituzione il riferimento insormontabile alla loro inerenza a «*valori primari della persona*»; riferimento che opererebbe nel senso di precludere la possibilità di compromettere o sacrificare definitivamente tali pretese. La prefigurazione di pregiudizi «*gravi ed irreparabili*» alle stesse per ragioni di urgenza sarebbe tale, perciò, da privare l'amministrazione di «*qualsiasi potere discrezionale di incidere*» sugli stessi. Come che sia, nell'economia di un ragionamento che per più profili appare superato e criticabile, la parte del diritto

76 Su cui N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit. e la dottrina citata *supra* nota 2.

77 Sul punto F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit., 13.

78 Si rinvia a tal riguardo a Cass., SS.UU., 1 agosto 2006, n. 17461, che esemplifica la traiettoria di svolgimento di un intero formante giurisprudenziale sul punto. La giurisprudenza cui ci si sta riferendo utilizza l'argomento dell'urgenza per scriminare il riparto di giurisdizione, raducando la competenza del giudice ordinario in ragione del diritto soggettivo dell'aspirante alla prestazione a fronte del potere di apprezzamento tecnico-discrezionale nelle controversie relative alle questioni di assistenza sanitaria indiretta e di prestazioni sanitarie fruite all'estero.

79 Cfr. Cass., SS.UU., n. 17461/2006 cit.

80 Su questo criticamente ancora N. PIGNATELLI, *op. ult. cit.* Più in generale sull'equivoco alla base della teoria dell'affievolimento si veda F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 1989, 8 ss.

non sacrificabile dal potere amministrativo viene individuata sulla base di elementi coincidenti con null'altro che la loro dimensione costituzionale.

5. Tendenze del contenzioso davanti al giudice amministrativo

5.1. Livello e posizionamento delle controversie e indicazioni sulla qualità della garanzia delle posizioni in campo

L'accesso al contenzioso fornisce indicazioni relative al livello al quale si situano le controversie, e si tratta di "rami alti" della filiera decisionale lungo la quale si snoda il complessivo processo determinativo dei lep e l'esercizio della discrezionalità che residua rispetto alla loro determinazione e ne condiziona l'applicazione al caso concreto. Oggetto di contestazione sono atti che si appalesano direttamente determinativi dei livelli essenziali delle prestazioni, o comunque complementari ai primi rispetto alla definizione di profili indispensabili (quelli di natura economica ne integrano una tipologia emblematica) a rendere effettivamente operativo il sistema, e dunque in definitiva funzionali al perseguimento di obiettivi che sottendono i livelli essenziali delle prestazioni. Questo "posizionamento verticale" del contenzioso consente al contempo di ricavare qualche indicazione di ordine qualitativo sulle posizioni soggettive in campo.

Il primo dato che in questa prospettiva mette conto segnalare è rappresentato dall'esercizio dell'azione da parte di soggetti rappresentativi di interessi sovraindividuali, come è accaduto laddove siano stati fatti oggetto di impugnazione gli atti riguardanti la ripartizione di risorse economiche indispensabili alla erogazione delle prestazioni rilevanti. In un settore come quello socio-assistenziale, che è notoriamente rappresentativo della lacunosità del quadro determinativo dei livelli essenziali, per esempio, il giudice amministrativo ha ribadito che a valle di tale determinazione residuano una serie di passaggi che contraddicono in radice la sussistenza di automatismi nella prospettiva della esigibilità

delle prestazioni⁸¹. Nell'occasione che si sta considerando, oggetto di scrutinio era la discrezionalità, ricavabile dal dato positivo applicabile al comparto sociale a favore del Ministro del lavoro e delle politiche sociali nella utilizzazione del Fondo Nazionale per le non Autosufficienze; discrezionalità spesa attraverso un decreto adottato di concerto con i ministri della salute e dell'economia e delle finanze, in modo da concretare – a parere delle associazioni ricorrenti – una distrazione delle risorse verso finalità divergenti da quelle individuate nella disciplina regolamentare – ossia la garanzia di cure sanitarie e socio-sanitarie indifferibili alle persone non autosufficienti, sospinte in ragione di tale quadro in condizioni di povertà⁸² – e da individuare, in una sede pretesamente diversa da quella deputata a predeterminare i livelli essenziali, *«aree prioritarie di azione e aree secondarie di intervento non previste da alcuna legge nazionale»*. Il nodo della esigibilità delle prestazioni è frontalmente investito dalla pronuncia nella misura in cui viene scrutinato l'esercizio della discrezionalità operato dall'amministrazione di vertice rispetto al preteso pregiudizio, arrecato attraverso lo sviamento di potere, del *«diritto alla concreta erogazione delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie»*, *«non subordinabile all'argomento della "limitatezza delle risorse"»*, proprio in forza della ascrivibilità delle relative pretese a quel nucleo essenziale e irriducibile del diritto alla salute di cui si è detto. Secondo la lettura del Collegio, la disciplina in materia aveva, in punto di attuazione dei livelli essenziali di assistenza, consegnato alla discrezionalità politico-amministrativa – da esercitare in sede di intesa tra Governo e Regioni – profili inerenti alla ripartizione del Fondo Nazionale per l'Autosufficienza, non solo dal punto di vista quantitativo ma anche qualitativo. Nel motivare l'affermazione della sussistenza in capo all'amministrazione di una *“responsabilità politico-amministrativa”*, conferitale dalla legge in or-

81 Si veda la sent. del Cons. St., Sez. III, 14.9.2017, n. 4347 nella quale era oggetto di impugnazione il d.p.c.m. avente ad oggetto la ripartizione delle risorse del FNA da parte di associazioni.

82 Il FNA avrebbe dovuto coprire i fabbisogni finanziari degli ee.ll. in ordine agli oneri scaturenti nel d.p.c.m. del 2001 sui lea, quanto all'assistenza da fornire a una vasta platea di malati cronici non autosufficienti (anziani, persone colpite dal morbo di Alzheimer o da altre forme di demenza senile, soggetti con disabilità intellettiva, autistici con limitata o assente autonomia, e infermi affetti da disturbi psichiatrici).

dine alla individuazione dei destinatari e delle prestazioni da finanziare con le risorse del FNA, è stata rilevante la circostanza che quelle interessate non fossero le «prestazioni di carattere squisitamente sanitario cui è tenuto il S.S.N.», e che il riparto non toccasse quindi né le prestazioni sanitarie in senso stretto, né quelle socio-sanitarie ad elevata integrazione sanitaria⁸³.

Il dato disvelato da tale ultima circostanza attiene ad una ulteriore spigliatura della esigibilità delle prestazioni e dei diritti, quale profilo condizionato dalla variabile della assunzione dei costi. Ciò nel quadro di una dinamica che lega, secondo un rapporto di proporzionalità diretta, grado di puntualizzazione dei lep e correlata strutturazione del comparto in cui essi trovano campo, da un lato, ed esaurimento del nodo relativo al profilo economico dell'assunzione dei relativi costi, dall'altro lato. È evidente in sostanza che le opportunità di godimento di una prestazione – nell'essere condizionate comprensibilmente anche dal profilo economico dell'assunzione dei relativi costi – appaiano aumentare nel comparto che appare più strutturato, e anche caratterizzato dal più elevato grado di certezza in ordine alla assunzione dei costi della prestazione da parte dell'apparato organizzativo pubblico, e nel quale vale dunque la pena dedurre le relative prestazioni. La considerazione della nota differenza, rispetto ai parametri qui evocati, del comparto sanitario, da un lato, e di quello socio-assistenziale, dall'altro lato, è alla base della tensione che si avverte lungo la linea di confine tra i due, e che si scarica sulla spinta ad attrarre le prestazioni di cui si faccia questione nell'area finanziariamente coperta dal servizio sanitario nazionale.

La medesima questione relativa alle *chances* di tutela legate al profilo dell'assunzione dei costi e del livello di definizione dei lep si è posta in occasione dell'aggiornamento con il d.p.c.m. del 12.1.2017 dei livelli di assistenza sanitaria oggetto della disciplina risalente al 2001. Nello specifico il nodo sollevato dalla prospettazione delle ricorrenti – anche in quel caso soggetti sovraindivi-

⁸³ Cons. St., n. 4347/2017 cit., dove si osserva pure che «Non vi è peraltro alcuna tassativa disposizione che vieti il finanziamento di prestazioni assistenziali sul Fondo per l'Assistenza ovvero che imponga che la componente 'sociale' sia posta interamente a carico del SSN».

duali (formazioni sociali senza scopo di lucro, operanti nel campo della promozione e della difesa delle categorie sociali più deboli, minori, persone con disabilità, persone non autosufficienti) – era lo spostamento degli equilibri occorso tra il 2001 e il 2017 per effetto della introduzione, da parte del d.p.c.m. citato, di limiti alla imposizione a carico del SSN di una serie di prestazioni ad elevata integrazione sanitaria, la quale si sarebbe tradotta in una sostanziale «*dequotazione degli standard di garanzia precedentemente assicurati*»⁸⁴. Il nodo fondamentale affrontato dalla pronuncia è dunque la capacità o meno delle scelte politiche tradottesi nei d.p.c.m. in esame di rendere più gravose le dinamiche di godimento dei diritti sociali riguardati rispetto al parametro legislativo ordinario (in questo caso rappresentato per un verso dal d.lgs. n. 502/1992 e mm.ss. e, per altro verso, dalla L. n. 328/2000). L'affidamento della parte qualificante del processo di definizione dei lep alla fonte secondaria aveva finito per trasferire il bilanciamento delle priorità dal piano legislativo a quello del regolamento, così di fatto sfumando il parametro del sindacato da esercitare in sede giurisdizionale. Al risultato di escludere che si fosse prodotta, tra il 2001 e il 2017, una dequotazione delle pretese degli assistiti – per effetto di una esclusione illegittima di una serie di prestazioni di assistenza dall'ambito di quelle “da garantire” ad opera del SSN – il giudice amministrativo perviene con un impiego di superficie dell'argomento dei lep, a valle cioè di un sindacato ridotto alla verifica della sostanziale continuità e omologia tra le previsioni recate dai due d.p.c.m., senza investire il confronto, a monte, tra la fonte secondaria e quella primaria⁸⁵.

84 Cons. St., Sez. III, 21 marzo 2019, n. 1858. Sulla sostanziale continuità del d.p.c.m. del 2017 col d.p.c.m. di febbraio 2001 più che con quello di novembre 2001, si veda A.S. ALBANESE, *L'integrazione sociosanitaria*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 183 ss.

85 Per considerazioni più analitiche in ordine alle implicazioni della “legificazione” dei lea sanitari stabiliti col d.p.c.m. 29 novembre 2001, e pertanto della scelta compromissoria di riconoscere copertura agli interventi di aggiornamenti dei livelli, nonché sulla natura del procedimento a cascata di determinazione dei lep, anche in relazione ai motivi di criticità posti dall'impiego della fonte secondaria, sia consentito rinviare a C. ACOCELLA, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali. ...cit.*, 252 ss. anche per i riferimenti dottrinali ivi operati.

Altro punto sollevato dal giudice amministrativo sul piano del metodo è quello che investe il «*rapporto di reciproca implicazione*» tra vincolo di bilancio e rispetto dei diritti fondamentali, che è questione immediatamente rilevante nel processo determinativo dei lep, come dimostra la concatenazione tra questo passaggio e quello precedente in cui si richiama la sintesi compiuta nell'adozione dei d.p.c.m. di definizione dei livelli di assistenza, e segnatamente le esigenze di contenimento della spesa che in tale definizione trovano campo, unitamente alla finalità di assicurare i trattamenti di cui per il passato era integralmente onerato il S.S.N.. Ma qui persino il nucleo essenziale, non solo i lep, viene soggiogato dall'argomento della compatibilità della soddisfazione dei diritti con «*una prospettiva di effettiva sostenibilità e di lunga durata*», più che operare come congegno utile al ridimensionamento della natura condizionata dei diritti. In ragione di tale compatibilità finisce per indebolirsi anche la portata del principio di contestualità⁸⁶ (tra risorse disponibili e finalità da perseguire), che muove la puntualizzazione secondo la quale «*il vincolo deve includere il rispetto dei diritti*». Del principio viene evocata per così dire la portata minima e ne viene quasi prefigurato il superamento. Ed in questa accezione la contestualità appare sempre attingibile da parte del giudice amministrativo (lo sarebbe stata anche nell'ipotesi – per restare all'oggetto della pronuncia richiamata – in cui il giudice fosse giunto a riscontrare un impatto peggiorativo del d.p.c.m. rispetto al passato, per aver operato un'esclusione di una serie di prestazioni dal novero dei livelli ritenuti espressione di esigenze sanitarie indifferibili) in funzione adesiva delle scelte del decisore politico, e nello specifico della sintesi operata da questi ogni volta che si richieda l'aggiornamento dei livelli.

⁸⁶ La dottrina rileva opportunamente (S. LA PORTA, *Il sistema di finanziamento dei servizi sociali*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 213 ss.) come il principio di contestualità in ambito assistenziale imponga il doveroso reperimento delle risorse necessarie per finanziarie i livelli considerati idonei ad assecondare i bisogni emergenti, con ciò collocando nei fatti la quantificazione delle risorse in un momento successivo alla determinazione dei livelli.

5.2. Le dinamiche caratterizzanti il contenzioso del comparto socio-assistenziale. L'ambivalenza rispetto alla qualificazione della posizione giuridica soggettiva correlata alla prestazione e la discrezionalità "alta" e "bassa"

Tornando alla parte che nel formante riveste particolare interesse per il fatto di trovare campo nell'area di omissione o non compiuta declinazione dei leq, è utile fermare per un momento lo sguardo sul comparto socio-assistenziale, con riguardo al quale il concorso di alcuni fattori dà conto del naturale margine, rispetto alla possibilità di qualificare in maniera per così dire estemporanea nuove attività e prestazioni in termini di livelli essenziali, lasciato al legislatore ordinario e alla giurisprudenza in seconda battuta⁸⁷ (per questa seconda, in termini di possibilità di conseguire il risultato in via interpretativa, ritenendo cioè già operante nella realtà ordinamentale il livello essenziale della prestazione in ordine alla quale fosse sorta la contestazione dedotta dinanzi al giudice). In primo luogo rileva la tradizionale assenza, a partire dalla lettera dell'art. 22 della L. quadro n. 328/2000, di indicazioni univoche ed esaustive atte ad identificare compiutamente le prestazioni considerate afferenti ai livelli essenziali, riferendosi la disposizione ad aree di intervento senza ulteriori specificazioni, con il risultato di connotare quelle ivi contemplate come prestazioni di carattere eterogeneo sia riguardo al «contenuto» che riguardo «alle condizioni legittimanti la loro erogazione»⁸⁸. In linea di continuità con tale dato si pone la mancata adozione delle misure originariamente prefigurate nell'ambito di un complessivo disegno di determinazione dei liveas, per il contributo sostanzialmente incompiuto della pianificazione nazionale⁸⁹. Va infine richiamata l'incapacità degli interventi "de-

⁸⁷ Sul ruolo suppletivo della giurisprudenza costituzionale si veda V. MOLASCHI, *I livelli essenziali di assistenza sociale*, cit., 134.

⁸⁸ Sul punto si veda C. cost. ord., 13 giugno 2006, n. 224.

⁸⁹ L'incompiutezza alla quale si fa riferimento è ascrivibile anzitutto al tenore del Piano 2001-2003 – l'unico adottato ai sensi dell'art. 18 L. n. 328/2000 cit., che individuava (prima dell'intervento della L. n. 289/2002, che ha poi affidati ai d.p.c.m. la definizione dei livelli) la pianificazione nazionale come sede in cui definire una serie di elementi, e alle pianificazioni rispettivamente regionale e zonale ulteriori snodi di specificazione del sistema – il quale si limitava a dettare un metodo per la successiva definizione dei livelli e riproduceva le aree di intervento della legge quadro. Il modello di programmazione è stato poi sostituito dal Piano Sociale nazionale (introdotto dall'art. 21, d. lgs. n. 147/2017, approvato con D.M. 26.11.2018 e) non so-

dicati” alla predeterminazione dei livelli, ove effettivamente occorsi, di esaurire lo spazio riservato al decisore politico – questione che essenzialmente si è posta paradigmaticamente nella vicenda processuale richiamata in precedenza in relazione alla ripartizione delle risorse del FNA, e dunque alla pretesa individuazione delle priorità ad un livello non appropriato della filiera decisionale⁹⁰ –

vrapponibile al precedente schema. Oltre al PSN che, che è strumento programmatico di impiego del Fondo nazionale politiche sociali (Fnps), le funzioni di indirizzo nei settori di intervento delle politiche sociali trovano campo attraverso l'adozione di altri due piani, rispettivamente il Piano per gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà (Piano Povertà), che invece detta linee programmatiche per l'impiego delle risorse della quota del Fondo Povertà; e infine il Piano per la Non Autosufficienza che, appunto, definisce le linee programmatiche per l'utilizzo delle risorse del Fondo per le non autosufficienze (FNA). Il Piano Nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2021-2023, approvato nella seduta del 28 luglio 2021 dalla Rete della protezione e dell'inclusione sociale (presieduta dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali e costituita da rappresentanti sia dell'autorità statale che delle regioni e dei comuni, nonché dell'Inps), ai sensi dell'art. 21, d. lgs. n. 147/2017, al capitolo 2 include appunto il PSN 2021-2023, e dichiara al proposito che i piani citati su cui si articola la «progettualità programmatica» affidata alla Rete, «trovano aggiornamento» all'interno dello stesso Piano Nazionale degli interventi e dei servizi sociali. Quest'ultimo, assieme al riparto delle risorse del Fondo per le politiche sociali, è stato approvato col Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 22 ottobre 2021. Per le politiche familiari si veda inoltre il Piano nazionale per la Famiglia (la cui elaborazione è stata prevista dall'art. 1, c. 1250, lett. d) L. n. 296/2006) adottato il 10 agosto 2022; nonché il Piano “Agenda Sud” (cfr. D. del Ministro dell'istruzione e del merito del 30.8.2023, n. 176 e art. 10 del D.L. n. 123/2023) che ha previsto interventi a supporto delle istituzioni scolastiche del Mezzogiorno. Si veda poi il d.p.c.m. 1.7.2021 che, ai sensi della legge di bilancio 2017, disciplina le modalità di riparto del Fondo di solidarietà comunale, essenzialmente destinato a una parte rilevante della provvista di servizi sociali, e cioè al finanziamento e allo sviluppo dei servizi sociali comunali svolti in forma singola o associata dai Comuni e dalle Regioni a statuto ordinario; il d.p.c.m. 3 maggio 2022 che ha ridefinito i criteri di formazione e di riparto del FSC; il d.p.c.m. 13 ottobre 2022 che ha stabilito gli obiettivi di servizio dei Comuni; e infine la legge di bilancio 2024 (art. 1, cc. 494 e 495, L. n. 213/2023) che ha disposto una rimodulazione delle risorse del fondo, nel senso della riduzione della quota parte destinata al finanziamento e allo sviluppo dei servizi sociali comunali. Sul punto era intervenuta C. cost., 14 aprile 2023, n. 71 - alla quale il legislatore ordinario ha inteso allinearsi, intervenendo con la disciplina nel senso della descritta riduzione. La pronuncia, nel dichiarare l'invalidità delle questioni di l.c. poste nei riguardi delle previsioni della l. n. 234/2021 che avevano disposto l'incremento del FSC, stabilendo specifici vincoli di destinazione sulla relativa spesa «in funzione del raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni o, nell'attesa della definizione di questi ultimi, di obiettivi di servizio», aveva chiarito che «Le modalità con cui è possibile rimediare al vulnus prospettato e derivante dalla previsione di un vincolo di destinazione sulle risorse inserite nel FSC sono molteplici, senza che se ne possa individuare una costituzionalmente obbligata o adeguata», e che quindi «il compito di adeguare il diritto vigente alla tutela costituzionale riconosciuta all'autonomia finanziaria comunale ... al contempo bilanciandola con la necessità di non regredire rispetto all'imprescindibile processo di definizione e finanziamento dei LEP, non può che spettare al legislatore». Sulle funzioni della pianificazione M. MASSA, *Articolo 18*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla leg-*

che nella materia presa ora a riferimento dovrebbe corrispondere quantomeno agli ambiti indicati dall'art. 22 della L. n. 328/2000 cit.⁹¹.

Ora mi pare, quanto ai connotati che i lep esibiscono nell'area che si sta considerando, che dalla osservazione di una parte almeno del formante giurisprudenziale possa cogliersi in estrema sintesi l'ambivalenza della categoria rispetto alla qualificazione della posizione giuridica soggettiva correlata alla prestazione.

Guardando – a partire dall'ampio margine che caratterizza il quadro positivo nel settore – ai percorsi di costruzione dell'esigibilità delle prestazioni, rileva con evidenza la distinzione tra prestazioni economiche e altri servizi sociali/prestazioni assistenziali, posto che al cospetto delle prime emergono pretese più agevolmente configurabili in termini di diritti soggettivi, laddove per i secondi i percorsi di cui si diceva appaiono più tortuosi.

La distinzione e la conseguente biforcazione dei percorsi è preparata dalla legge quadro per la realizzazione del sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali, L. n. 328/2000 cit., che all'art. 2, prevede da un lato, al comma 2, che gli enti territoriali si impegnino *«a realizzare il sistema di cui alla presente legge che garantisce i livelli essenziali di prestazioni, ai sensi dell'art. 22»*, e dall'altro lato, che essi consentano l' *«esercizio del diritto soggettivo a beneficiare delle prestazioni economiche di cui all'art. 24»*.

La ragione della differenza delle soluzioni trovate in punto di esigibilità delle prestazioni a fronte rispettivamente delle due categorie, va naturalmente ascritta alla condizione “economica” di bisogno che agisce, con riguardo alle prime, come fattore condizionalmente l'accesso alle prestazioni economiche, emblematicamente rappresentate dalle prestazioni agevolate⁹².

ge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, cit., 401 ss., spec. 404.

90 Cfr. *supra* Cons. St., n. 4347/2017 cit.

91 Sulla assenza di organicità nell'esercizio della competenza statale in punto di lep da parte del legislatore statale nella materia dei servizi sociali si veda C. cost. 19.12.2012, n. 296.

92 Cfr. d.p.c.m. n. 159/2013 – recante il regolamento che ha rivisto le modalità di determinazione e applicazione dell'Isee – art. 1, c. 1, lett. e) che definisce le *«prestazioni sociali agevolate»* quelle *«non destinate alla generalità dei soggetti, ma limitate a coloro in possesso di particolari requisiti di na-*

Pur volendo circoscrivere l'attenzione alle prestazioni economiche, ossia alla tipologia di prestazioni meno problematiche a causa della semplificazione che il diaframma della condizione economica determina nella prospettiva della esigibilità (automatizzando le valutazioni che preludono alla presa in carico del bisogno e quindi alla erogazione delle prestazioni), va segnalato come esse schiudano comunque un duplice binario di sindacato sul quale intervengono rispettivamente i due diversi giudici comuni (giudice amministrativo e giudice ordinario). La determinazione dei lep in questo specifico sotto-sistema del comparto sociale può preludere – muovendo dal dato comune rappresentato dalla necessità di verificare l'occorrenza dei requisiti espressivi della situazione economica dell'aspirante alle prestazioni – alla spettanza sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi, naturalmente in corrispondenza di differenti condizioni caratterizzanti la fattispecie. Per semplificare va segnalato come, a valle della ricostruzione della situazione economica dell'aspirante, possano aprirsi spazi utili all'esercizio di accertamenti di natura vincolata che non pongono particolari ostacoli alla qualificazione della posizione soggettiva dell'aspirante in termini di diritto soggettivo al conseguimento della prestazione economica, mentre, a monte dell'esercizio di tale potere campeggi un nodo, che è anzitutto quello della definizione e declinazione dei criteri di accesso alle prestazioni (quelli indispensabili per ricostruire la situazione economica che è requisito di accesso), fase nella quale il decisore esercita un potere valutativo autenticamente politico-amministrativo. Ma l'esame delle fattispecie oggetto di questo contenzioso sconfessa la possibilità di escludere senza tentennamenti che la stessa verifica dei presupposti indicati dalla legge per la ricostruzione della situazione economica del richiedente sia attività sostanzialmente decisionale⁹³, mostrando in cer-

tura economica, ovvero prestazioni sociali non limitate dal possesso di tali requisiti, ma comunque collegate nella misura o nel costo a determinate situazioni economiche, fermo restando il diritto ad usufruire delle prestazioni e dei servizi assicurati a tutti dalla Costituzione e dalle altre disposizioni vigenti». Lo stesso d.p.c.m. identifica le prestazioni sociali (art. 1, c. 1, lett. d)) con quelle contemplate dal d. lgs. n. 112/1998 e dall'art. 1, c. 2, L. n. 328/2000.

⁹³ Si pone in prospettiva critica più in generale rispetto alle premesse su cui generalmente si fonda la individuazione dell'atto vincolato, e cioè la circostanza che esso sia integralmente

ti casi una attrazione per così dire del passaggio applicativo del criterio di accesso da parte della discrezionalità “alta”, che è quella intervenuta, invece, per definire o modulare il criterio stesso. In questa giurisprudenza, arrivati al nodo della esigibilità delle prestazioni, in entrambe le aree (accesso alla prestazione sociale economica e definizione dei criteri di accesso) può rintracciarsi l'impiego della nozione di livello essenziale delle prestazioni, ma la medesima qualificazione correda il riconoscimento, nell'un caso, di un diritto soggettivo, e nell'altro caso, al più di un interesse legittimo. Ove si faccia questione dell'accesso alla prestazione economica, una volta sciolto il nodo del possesso del requisito di accesso, la nozione di livello essenziale opera in modo estrinseco, cioè come strumento rafforzativo di una proprietà già insita nei tratti strutturali della pretesa alla prestazione sociale economica. Diversamente, nelle ipotesi in cui si guardi l'aspettativa a che il decisore eserciti in un certo modo, piuttosto che in un altro, il potere di stabilire i criteri di selezione dei beneficiari delle prestazioni, la nozione di livelli essenziali, non solo non è decisiva o indicativa della consistenza di diritto soggettivo della posizione riguardata, ma anzi rivela tutta la sua incapacità di ridurre effettivamente il condizionamento finanziario dei diritti considerati. Basti rammentare a tale ultimo riguardo come l'affermazione dell'Isee come criterio di selezione dei beneficiari delle prestazioni sociali agevolate si sia intrecciata con la qualificazione espressa dell'indicatore da parte del d.p.c.m. n. 159/2013 quale «*livello essenziale delle prestazioni*»⁹⁴. Ciò vale a confermare la sussistenza, in ordine all'attività di determinazione ma

prefigurato dall'ordinamento, F. FOLLIERI, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2017, 11 ss., spec. 140.

94 Cfr. art. 2, c. 1, d.p.c.m. n. 159/2013: «*La determinazione e l'applicazione dell'indicatore ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali agevolate, nonché della definizione del livello di compartecipazione al costo delle medesime, costituisce livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, fatte salve le competenze regionali in materia di normazione, programmazione e gestione delle politiche sociali e socio-sanitarie e ferme restando le prerogative dei comuni*». La C. cost. n. 297/2021 ha avallato la scelta del D.L. n. 201/2011 (art. 5) di affidare ad un d.p.c.m. la modifica della disciplina dell'ISEE, ritenendo che l'atto avesse natura regolamentare e che fosse pertanto adatto a determinare i liveas «*per le sue caratteristiche, tipiche di tutti i regolamenti, di flessibilità e snellezza nell'acquisizione di informazioni e di collaborazioni con gli enti territoriali ed eventualmente con le associazioni degli utenti*».

anche di applicazione dell'indicatore, di un margine di discrezionalità che va orientata e tale scelta qualificatoria si pone come strumento atto a promuovere una uniformità nell'esercizio della stessa. La strada per l'esercizio della discrezionalità nella modulazione dei fattori condizionanti l'erogazione a favore dei beneficiari è stata aperta, nel sotto-sistema di cui si discorre, o dalla circostanza che essi non siano stati definitivamente puntualizzati dalle fonti di rango primario che all'Isee facevano riferimento⁹⁵, o ancora dal fatto che i due fattori principalmente condizionanti la base di calcolo dell'Isee, ossia la composizione del nucleo familiare e la situazione economica del nucleo familiare, aprano una forbice entro la quale sono prospettabili una serie di possibili opzioni in ordine, per esempio, alla considerazione di alcuni componenti in luogo di altri nella definizione del nucleo, o ancora alla considerazione di alcune entrate piuttosto che di altre nella determinazione della situazione economica.

Il contenzioso che intercetta entrambi questi profili conferma la collocazione "alta" nella filiera decisionale delle determinazioni attinenti alla modulazione dei criteri di accesso alle prestazioni, e un impiego della nozione di *leq* non risolutivo nella prospettiva del radicamento in capo ai soggetti titolari dell'azione di un diritto soggettivo alla prestazione che essi fanno valere in giudizio. Nel quadro di un primo filone, in cui viene in rilievo la necessità di valutare, ai fini della ricostruzione della situazione economica del nucleo familiare, il solo reddito dell'assistito, il giudice amministrativo ha riconosciuto, quanto alla valutazione delle condizioni dell'azione, in coerenza con il posizionamento alto del contenzioso, che l'attinenza del regolamento comunale contestato (relativo all'accesso ai servizi erogati nel settore socio-educativo) al settore in cui operavano le associazioni rappresentative (a tutela degli interessi di persone anziane e disabili) che ne avevano promosso l'impugnazione, valesse a radicare la legittimazione ad agire e l'interesse ad ampliare attraverso le censure «*l'accesso al*

⁹⁵ A titolo puramente esemplificativo si veda l'art. 3, c. 2-*ter*, d. lgs. n. 109/1998 sulle prestazioni agevolate assicurate nell'ambito dei percorsi integrati socio-sanitari, che demandava ad un d.p.c.m. La determinazione di limiti per l'applicazione della disciplina ivi recata.

servizio sociale e ai servizi a domanda individuale erogati dal settore»⁹⁶. Nel merito, gli argomenti spesi per sostenere la legittimità del regolamento, che aveva nei fatti introdotto, fra quelli rilevanti nella determinazione dei criteri di accesso, un criterio aggiuntivo (consistente nella rilevanza della presenza, nel nucleo da considerare, di un soggetto obbligato agli alimenti) rispetto a quelli previsti dalla legislazione regionale – a sua volta ulteriormente restrittiva rispetto a quella statale – erano il carattere “aperto” del quadro delle fonti di rango primario che consentiva di inferire la competenza regolamentare degli enti erogatori – dunque anche dei Comuni – e, quanto alla ragionevolezza della misura, l’idoneità della stessa a realizzare, in linea di principio, l’approccio selettivo che informa la provvista di prestazioni agevolate, e in concreto a consentire di valutare «*in modo diverso*» «*chi ha comunque una fonte di sostentamento*»⁹⁷. La diversa considerazione dei disabili gravi e degli anziani non autosufficienti fonda, invece, la pronuncia di annullamento parziale del regolamento, per aver omesso di riservare un trattamento differenziato, quanto al condizionamento dell’accesso ai servizi a tali due categorie di destinatari, per le quali il quadro normativo primario esprimeva un principio di immediata precettività, quello della c.d. evidenziazione della situazione economica del solo assistito⁹⁸. In ciò il dato disvela il tentativo del giudice amministrativo di far avanzare il principio a livello essenziale del-

96 Cons. St., Sez. V, 16 marzo 2011, n. 1607.

97 Sul punto mette conto segnalare il successivo, prevalente, orientamento della giurisprudenza (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 ottobre 2021, n. 2192; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 341) che stigmatizza previsioni regolamentari comunali che hanno accordato rilevanza alla documentazione reddituale dei soggetti obbligati alla prestazione degli alimenti ai fini del relativo computo.

98 Nello stesso senso si vedano Cons. St., ordd. nn. 3065/2009, 11 settembre 2009 n. 4582, 2130/2010. Il principio implica la necessità di parametrare la condizione economica del richiedente sulla base di elementi reddituali e patrimoniali relativi al solo interessato (alle prestazioni), e non anche agli altri componenti del nucleo. L’art. 3, c. 2-ter d. lgs. n. 109/1998 (decreto abrogato dall’art. 15, c. 1 del d.p.c.m. n. 159/2013 cit.), limitatamente alle prestazioni agevolate assicurate nell’ambito dei percorsi integrati socio-sanitari a domicilio o in ambiente residenziale a portatori di gravi handicap, demandava ad un d.p.c.m. la fissazione di limiti per l’applicazione della disciplina ivi recata, «*al fine di favorire la permanenza dell’assistito presso il nucleo familiare di appartenenza e di evidenziare la situazione economica del solo assistito, anche in relazione alle modalità di contribuzione al costo della prestazione*».

la prestazione⁹⁹, e di ampliare così l'area della esigibilità delle pretese sociali attraverso lo strumento dei lep, sebbene, le operazioni cui tale tentativo viene affidato non si traducano in esiti univoci¹⁰⁰.

La considerazione del formante che indugia sull'ulteriore profilo delle voci di reddito rilevanti ai fini della ricostruzione della situazione economica del richiedente conduce a risultati analoghi. Ancora una volta il giudice si occupa di "rami alti" del processo determinativo dei lep, e questa condizione si riflette nell'accesso al giudizio da parte di enti esponenziali *«delle maggiori e più importanti categorie di richiedenti le prestazioni sociosanitarie e assistenziali»*, in ragione della sussistenza del loro interesse a ricorrere nei confronti della disciplina regolamentare che aveva, per esempio, rivisto le modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Isee, e della portata immediatamente lesiva di alcune previsioni relative a *«reddito disponibile»*, *«valorizzazione delle componenti patrimoniali»*, *«nucleo familiare»* ed obblighi connessi, le quali avevano, infatti, determinato un ampliamento della *«platea dei contribuenti della loro base imponibile e degli obblighi di solidarietà, sì da determinare un maggior sforzo contributivo in campo ai richiedenti le prestazioni e ai loro familiari»*¹⁰¹. In tali occasioni, prima di giungere al merito delle scelte relative alle voci da sussumere nel calcolo dell'Isee, il giudice amministrativo ha avuto occasione di svolgere considerazioni di sistema su una serie di aspetti, tra i quali: i margini di flessibilità che sopravvivono a valle della determinazione dei lep; l'inerenza della disciplina relativa all'Isee ai livelli essenziali delle prestazioni, in quanto elemento indefettibile di cui l'amministrazione è chiamata ad avvalersi al fine di valutare la situazione economica dei richiedenti

99 Secondo Cons. St., n. 1607/2011 cit. il legislatore regionale e i regolamenti comunali *«devono attenersi ad un principio, idoneo a costituire uno dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, attendendo proprio ad una facilitazione all'accesso ai servizi sociali per le persone più bisognose di assistenza»*.

100 Del d. lgs. n. 109/1998, cit., infatti si sosteneva e si negava la natura di lep, rispettivamente nelle sedi del giudizio amministrativo e di quello dinanzi alla Corte costituzionale, rispetto alle previsioni che aprivano spazi a metodi peculiari di calcolo della situazione economica, sul piano soggettivo, a favore di particolari categorie, e sul piano oggettivo, in ordine a peculiari prestazioni.

101 Cons. St., Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 838. Si veda pure Cons. St., Sez. III, 13 novembre 2018, n. 6371; TAR Milano, n. 2192/2021 cit., Id., n. 341/2021, cit.

prestazioni sociali agevolate¹⁰²; la fisiologica attitudine della fonte regolamentare ad accogliere la definizione di una serie di profili che sostanziano i lep, e a consentire peraltro alla eventuale pronuncia costitutiva di annullamento di spiegare la particolare efficacia connessa al sindacato sui regolamenti rispetto agli atti applicativi delle disposizioni annullate¹⁰³. Il merito delle soluzioni occorse in questo formante fornisce una ulteriore conferma della sostanza politica del bilanciamento rimesso ai decisori chiamati a completare il percorso di definizione di attività, qualificate a monte come livelli essenziali delle prestazioni, e in corrispondenza di tale snodo, dunque, incapaci di dare campo all'attribuzione di prestazioni esigibili¹⁰⁴.

102 Così Cons. St., n. 6371/2018 cit.; Cons. St., Sez. III, 4 marzo 2019, n. 1458; TAR Roma, Sez. II, 4 novembre 2021, n. 11333. Quest'ultima pronuncia ha avuto ad oggetto le determinazioni con le quali il Comune aveva revocato il riconoscimento a favore dell'interessato del servizio di assistenza alloggiativa temporanea (pienamente sussumibile secondo il giudice nello schema dei servizi sociali assistenziali, ed in particolare in quello delle prestazioni agevolate, di guisa da giustificare l'applicabilità alla fattispecie della disciplina recata dal d.p.c.m. n. 159/2013) a causa della perdita del requisito reddituale che non sarebbe più stato operante in ragione della introduzione, in sua sostituzione, dell'indicatore Isee. Il tema delle prestazioni e dei servizi, utili a soddisfare il bisogno abitativo, solleva quello assai delicato della consistenza della posizione giuridica sottostante. In tema si rinvia allo studio di M. DELSIGNORE, *Il diritto all'abitazione in emergenza*, in *Dir. amm.*, 3/2023, 473 ss. nel quale si sostiene come ciò che si ricava dalla situazione giuridicamente rilevante e azionabile di fronte al giudice, alla quale ci si riferisce con le espressioni di diritto all'abitazione o diritto alla casa, «è un diritto, solo se lo s'intenda come diritto-ragione con una forte dimensione etico sociale e valoriale», laddove «nella concessione strettamente giuridica ... sembra preferibile ... individuare nell'ordinamento la previsione di un dovere di intervento pubblico per risolvere l'emergenza abitativa, i cui contenuti sono molto lati e di fatto affidati alle scelte ragionevoli del legislatore nazionale».

103 Per tutte si veda la sent. del TAR Lazio, n. 11333/2021 cit., nella quale si ribadisce che la natura regolamentare delle disposizioni censurate «fa sì che il relativo annullamento» disposto in precedenza (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 dicembre 2020, n. 13941), «ne comporti la rimozione dall'ordinamento in modo assoluto ... con effetti non soltanto per il futuro, con conseguente preclusione, per l'amministrazione, di continuare ad applicare le disposizioni annullate, ma anche avuto riguardo a tutti i provvedimenti amministrativi ancora sub iudice adottati in attuazione delle stesse che, come tali, ne risultano viziati».

104 Nella sent. del Cons. St., n. 838/2016, cit., il d.p.c.m. del 2013 è stato ritenuto illegittimo nella parte in cui includeva tra le voci da considerare anche «i trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, incluse le carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche laddove non siano già inclusi nel reddito complessivo» ai fini Irpef. Ciò ha aperto la strada all'intervento normativo che ha eliminato tali voci nel calcolo della capacità economica d.l. 29.3.2016, n. 42, conv. in L. 26.5.2016, n. 89, art. 2-sexies. Il monito lanciato dal giudice amministrativo nella sentenza in esame fa perno sulla necessità di tenere in considerazione l'art. 53 Cost. nel perimetrare la nozione di reddito. Il giudice amministrativo ha così escluso con riguardo ad indennità di accompagnamento e a forme risarcitorie la natura di strumenti remunerativi o di accumulazione del patrimonio, essendo invece strumenti tesi a «compensare un'oggettiva ed ontologica ... situazione d'incapacità che provoca in sé e per sé disagi e diminuzione di capacità reddituale», e con ciò a ristabilire

Il contenzioso che si muove in senso discendente lungo la filiera decisionale, ossia quello che origina dai ricorsi promossi dai portatori di interessi individuali nei confronti di provvedimenti applicativi (degli atti sostanzialmente di natura regolamentare o di indirizzo) adottati dalle amministrazioni comunali, consente di svolgere qualche sintetico rilievo a conferma della natura non conclusiva dei *leq* nella prospettiva della esigibilità.

Si tratta di pronunce che insistono sull'esercizio del potere a fronte di istanze di accesso alle prestazioni agevolate o a quelle di compartecipazione ai costi dei relativi servizi, o ancora sul potere di intervento in una relazione amministrativa precedentemente instaurata per modificarne i termini, con l'interruzione, ad esempio, della compartecipazione o dell'assunzione dei costi del servizio per il passato occorsa, o anche per revocare l'accesso al servizio¹⁰⁵. Questo formante dimostra come, nonostante si tratti di provvedimenti applicativi, a valle degli atti presupposti di cui si diceva, residuino significative aree di espressione della discrezionalità amministrativa. Vi sono ipotesi nelle quali l'impugnazione dell'atto direttamente lesivo nei confronti del ricorrente diviene la prima occasione di pronuncia sull'atto presupposto, e perciò il sindacato del giudice amministrativo insiste sull'esercizio del potere regolatorio e di indirizzo col quale si definiscono i criteri di attribuzione delle sovvenzioni, o si modulano, grazie al margine concesso dalla disciplina statale e regionale, i criteri di accesso alle prestazioni o di compartecipazione ai costi delle medesime. Il sindacato sull'attività attuativa compiuta dall'amministrazione (organizzatrice delle risorse infrastrutturali in senso lato o anche sovente erogatrice delle prestazioni) si appunta, invece, su elementi ulteriori rispetto al profilo della illegittimità derivata da quella degli atti presupposti – regolamenti o atti apicali (delibere di Giunta) – e comunque involge una valutazione compiuta dall'amministrazione

una parità morale e competitiva, obiettivi sui quali deve necessariamente curvarsi «*la capacità selettiva*» dell'Isee.

¹⁰⁵ La decisione del TAR Roma, n. 11333/2021 cit. riguardava l'impugnativa di un provvedimento comunale di revoca del servizio di assistenza alloggiativa temporanea.

rispetto ad un ventaglio di opzioni possibili¹⁰⁶. Il caso della redazione dei progetti individuali per persone con disabilità a cura dell'amministrazione comunale è, per esempio, rappresentativo dell'esigenza di contemperare una serie di interessi rilevanti al cospetto dei quali non è configurabile una pretesa a soddisfazione certa o necessaria. A fronte della richiesta di un amministratore di sostegno di un disabile di stabilire la compartecipazione comunale al costo del servizio residenziale goduto da quest'ultimo, e alla mancata compiuta definizione di tale profilo nel progetto individuale, la sede del giudizio sul silenzio-inadempimento serbato dal Comune, astrattamente idonea, come noto, a consentire una pronuncia sulla fondatezza della pretesa, ove ne ricorrano i presupposti, aveva confermato, nel quadro di una decisione di accoglimento della domanda, la sussistenza di poteri di scelta inesercitati, e dunque l'assenza delle condizioni utili, ai sensi dell'art. 31, c. 3, c.p.a. per consentire una pronuncia di tale segno¹⁰⁷. Il risultato è la necessità di ritrasferire all'amministrazione le sorti della soddisfazione dei bisogni del disabile, essendo appunto il progetto individuale, alla cui predisposizione è subordinato il conseguimento del bene della vita cui il disabile aspira, la sede in cui si definisce un complesso assetto di interessi. A valle del riesercizio del potere da parte del Comune¹⁰⁸ il giudice amministrativo ha ritenuto che il diritto all'assistenza sociale del disabile, riconosciuto dall'art. 38, c. 1, Cost., imponesse di leggere la relazione amministrativa tra Comune e assistito in termini di rapporto diritto-obbligo. Ma il quadro nel quale si inscri-

106 V. TAR MI, n. 341/2021 cit., per una vicenda nella quale il profilo della compartecipazione comunale ai costi del servizio residenziale non era stato dall'amministrazione compiutamente definito all'esito di un procedimento di cui era stato comunicato l'avvio e che si era concluso con la predisposizione della bozza di progetto individuale, ma nei fatti, attraverso il rinvio alle previsioni del regolamento comunale in materia, era stato rimesso all'adozione di atti successivi (*«da adottarsi in conformità a quanto previsto dal regolamento»*); TAR Brescia, n. 263/2020 che interviene su provvedimenti di quantificazione del contributo economico gravante sul Comune per i servizi socio-assistenziali riconosciuti al disabile, fondati su regolamenti in materia di sovvenzioni, nonché su una delibera di giunta con la quale erano stati approvati i criteri di compartecipazione alle rette dei servizi gestiti dall'Ambito Territoriale di competenza.

107 TAR MI, n. 341/2021 cit.

108 Che si era limitato, nel caso di specie, a rinnovare l'invito al richiedente di depositare la documentazione ritenuta necessaria per il calcolo della compartecipazione ai costi, e aveva respinto l'istanza *«rilevando la mancata produzione della documentazione richiesta»*.

ve tale relazione resta comunque quello di un'operazione di apprezzamento (relativo alla situazione economica del richiedente), non connotato da automatismi¹⁰⁹, tanto che il giudice ha escluso, nel caso di specie, la configurabilità della pretesa di ottenere particolari prestazioni, e ha riferito l'obbligo all'intervento ai fini della *«integrazione della retta dovuta»* per i servizi erogati¹¹⁰, solo laddove tali servizi fossero stati giudicati necessari, e allorché si fosse verificata l'insussistenza dei presupposti economici della compartecipazione a carico dell'assistito.

L'unica componente vincolata realmente vincolata di tale operazione di apprezzamento concerne invero il profilo temporale, limitatamente alle ipotesi nelle quali, per quanto si è finora sottolineato, si ravvisino gli estremi per la integrazione economica. Con riguardo alla decorrenza dell'obbligo gravante sull'amministrazione (che, in queste ipotesi, non può che sorgere *«dal momento in cui si manifesta la situazione del bisogno»*) il giudice può indicare esattamente il segno del provvedimento da adottare¹¹¹.

Ad esiti analoghi in ordine alla latitudine dell'apprezzamento di cui si discorre conducono le ipotesi nelle quali più vistosamente manchi un progetto individuale, e l'unica strada attraverso la quale appare coltivabile la pretesa del disabile alla redazione del primo da parte del Comune è rappresentata dall'azione disciplinata dall'art. 31 c.p.a.¹¹².

109 Sempre TAR MI, n. 341/2021 cit.: *«non solo l'accesso, ma anche la compartecipazione al costo delle prestazioni sociosanitarie e sociali è stabilito avendo come base la disciplina statale sull'indicatore della situazione economica equivalente»*. Tale considerazione trascina nella operazione di determinare la quota eventuale di compartecipazione comunale ai costi, tutte le vischiosità che emergono nella determinazione e applicazione dell'Isee.

110 Naturalmente l'integrazione da parte dell'amministrazione territoriale per la copertura dei costi delle prestazioni sociali agevolate è riferita ai servizi erogati per la componente non sanitaria della retta, quindi esula rispetto alla quota coperta dal SSN (componente sanitaria dei servizi integrati socio-sanitari): su cui TAR Brescia, n. 263/2020 cit.

111 Nela decisione del TAR MI, n. 341/2021 cit., a fronte di un progetto individuale ritenuto illegittimo nella parte in cui, fissando la decorrenza dell'intervento economico comunale, non aveva preso *«minimamente in considerazione il momento in cui si è manifestato il bisogno»*, il giudice amministrativo ha, accanto all'annullamento, dichiarato il *«diritto dell'assistito ad ottenere l'integrazione comunale della retta di ricovero a decorrere dal momento in cui si è manifestato il suo bisogno»*.

112 Nella fattispecie oggetto della pronuncia del TAR MI, n. 2192/2021 cit., infatti, a fronte della richiesta, avanzata da un amministratore di sostegno di un soggetto con disabilità, di in-

Questo formante restituisce la pluralità dei livelli ai quali si svolge la decisione sull'accesso alle prestazioni sociali e sulla quantificazione dell'aiuto pubblico, e riflette uno spazio assai ridotto all'espressione di poteri di accertamento vincolati proprio perché tali decisioni implicano una spazio ponderativo importante in cui si allocano e si distribuiscono alternativamente risorse, come accade, per esempio, dinanzi della necessità di valutare il profilo della solidità economica del nucleo familiare dell'assistito e l'esigenza di compartecipare ai costi, elementi che appaiono legati, nel quadro delle coordinate costituzionali di solidarietà, da un rapporto di proporzionalità inversa¹¹³.

6. Brevi cenni di conclusione

In questo quadro i leri rivelano una inattitudine a fondare il riconoscimento di pretese a soddisfazione certa e necessaria, e non solo ai piani "alti" del sindacato svolto dal giudice amministrativo al cospetto della regolazione (e quindi della valutazione della conformità a legge dell'atto presupposto), ma anche al livello "inferiore" proprio della scelta di secondo livello in concreto adottata dall'amministrazione su aspetti specifici, come quello (relativo alla scelta di avvalersi o meno della possibilità di considerare gli obbligati alimentari nella ricostruzione della situazione economica del richiedente) da ultimo richiamati. D'altro canto risalendo la filiera delle decisioni discrezionali allocative, il giudice segnala uno sfilacciamento della posizione del richiedente in una aspettativa di mero fatto, come è condivisibilmente avvertita l'aspettativa coltivata dagli interessati nei confronti di una destinazione di più consistenti risorse pubbliche al finanziamento dei servizi agevolati, e segnatamente (ipotesi delle prestazioni sociosanitarie integrate) nei confronti di un incremento della quota di finanzia-

tegrazione della retta dovuta alla struttura sociosanitaria presso la quale il secondo era stato inserito, il giudice aveva declinato la possibilità di pronunciarsi sulla illegittimità della nota comunale (che aveva comunicato l'impossibilità dell'ente di farsi carico della retta), ritenendo che la stessa non integrasse gli estremi del progetto individuale e dunque per contrasto con l'art. 14 L. n. 328/2000.

¹¹³ V. ancora TAR Brescia, n. 263/2020.

mento a carico del S.S.N., che diminuisce proporzionalmente la pressione sui Comuni e sugli Ambiti territoriali.

All'esito dell'esame del formante giurisprudenziale selezionato secondo i criteri di interesse sopra enunciati, anche dell'ultima "fetta" presa in considerazione, apparentemente proiettata verso l'adozione di decisioni più automatiche, mi pare che si possa considerare il risultato offerto dal giudice amministrativo, anche solo con riguardo all'impiego occorso dell'Indicatore della situazione economica e al vincolo di bilancio esibito, non sia poca cosa nella prospettiva della effettività giurisdizionale dei diritti che sottendono le posizioni azionate in giudizio. Il ricorrente può conseguire all'esito di tale verifica, e sempre che ne sussistano i presupposti – in sintesi la circostanza che non residuino attività rispetto alle quali il giudice "anticipi" l'amministrazione, tenendo presente il divieto di cui all'art. 34, c. 2, c.p.a.¹¹⁴ e il volubile confine tra attività discrezionale e attività vincolata – proprio l'utilità alla quale aspira¹¹⁵. Laddove esistano le condizioni processuali, l'ordine di emanare il provvedimento può integrare l'effetto conformativo della pronuncia di illegittimità dei provvedimenti puntuali adottati, effetto di cui in ogni caso, non va sottovalutata la capacità di «astringere l'operato dell'amministrazione successivo alla pronuncia al rispetto di limiti che possono essere anche totalizzanti»¹¹⁶. Il che, per esempio, ricorre quando si annullano provvedimenti puntuali di determinazione del contributo economico, precludendo per il futuro alla p.a. – lo si è riscontrato, come si è visto, in diverse pronunce – l'attingibilità di precise modalità di calcolo della situazione econo-

114 V. TAR Brescia n. 263/2020 cit. che opera un riferimento espresso all'art. 34, c. 2, c.p.a. L'inutilità della previsione è sostenuta da M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 82 ss. Sulla introduzione dell'azione di esatto adempimento nel c.p.a. (art. 34, c. 1, lett. c)) si veda A. CARBONE, *L'azione di esatto adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 91; L. TORCHIA, *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2011, 1187; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *Federalismi.it*, 7/2011; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, cit. Sul rapporto tra la tutela offerta dall'art. 34 c.p.a. e quella offerta dall'art. 30 c.p.a. si veda F. LIGUORI, *Le regole della funzione e le regole della responsabilità*, in Id., *Liberalizzazione diritto comune responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2019, 133 ss., spec.138 ss.

115 Si pensi al profilo della compartecipazione della spesa.

116 F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, cit.

mica (ad es. considerare nel nucleo dei disabili maggiorenni anche i genitori, oltre che il coniuge e il figlio; includere tra i redditi rilevanti anche quelli provenienti da indennità corrisposte per la condizione di disabilità; considerare tra le voci rilevanti quelle relative agli obblighi alimentari, etc.). Il fatto che, in ragione di elementi accidentali, detti esiti possano non prodursi, non sconfessa l'idea che il giudizio di legittimità spieghi, sul versante dei poteri cognitori e decisorio del giudice, capacità che lo inscrivono compiutamente nello schema del controllo giurisdizionale pieno – per completezza dell'accesso al fatto, per la curvatura spiccatamente conformativa e di spettanza che la decisione talvolta assume – e conclusivamente in una traiettoria che ha approssimato tale giudizio ad un giudizio esteso al merito¹¹⁷. In questa prospettiva le conseguenze del riconoscimento della natura discrezionale del potere – che interviene, per esempio, ove siano implicati i livelli essenziali in punto di determinazione e applicazione degli indicatori della situazione economica dei bisognosi – non escludono una tutela effettiva, poiché il giudizio si mostra attrezzato a valutare l'operato della p.a. nel suo contenuto intrinseco, con il risultato finale di relativizzare anche il problema della qualificazione giuridica della pretesa.

117 Si rinvia alla dottrina indicata *supra* in nota 3.

FRANCESCO MARONE
ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa
francesco.marone@unisob.na.it

LIBERTÀ D'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA E GIUDICE AMMINISTRATIVO

FREEDOM OF PRIVATE ECONOMIC INITIATIVE AND ADMINISTRATIVE JUDGE

SINTESI

Il modello economico misto disegnato dalla Costituzione italiana nasce nonostante una diffidenza nei confronti del mercato in qualche modo condivisa dalle principali forze politiche presenti in Assemblea costituente. Il principio di concorrenza, che informa l'ordinamento eurounitario quale principio cardine dell'economia di mercato, ha trovato piena attuazione nell'ordinamento giuridico italiano nel quadro del progressivo processo di integrazione comunitaria. Ciò ha posto diversi problemi applicativi di quel principio alle tante fattispecie inevitabilmente legate all'interpretazione dell'articolo 41 della Costituzione, molte delle quali di competenza del Giudice amministrativo

ABSTRACT

The mixed economic model designed by the Italian Constitution was born despite a distrust of the market that was somewhat shared by the main political forces present in the Constituent Assembly. The principle of competition, which informs the European Union legal system as a cardinal principle of the market economy, has found full implementation in the Italian legal system as part of the progressive process of EU integration. This has posed a number of problems in applying that principle to the many cases inevitably linked to the interpretation of Article 41 of the Constitution, many of which fall under the jurisdiction of the administrative courts.

PAROLE CHIAVE: Costituzione, concorrenza, art. 41 Cost, Unione Europea, Giustizia amministrativa

KEYWORDS: Constitution, competition, art. 41 Cost, European Union, Administrative justice

INDICE: 1. Cenni introduttivi: economia e Costituzione. – 2. Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano: un difficile adattamento. – 3. Conclusioni.

1. Cenni introduttivi: economia e Costituzione

L'articolo 41 della Costituzione, che tutela e disciplina la libertà d'iniziativa economica privata, fa parte di quel gruppo di disposizioni che viene convenzionalmente indicato con l'espressione "Costituzione economica". Con questa espressione si è soliti indicare l'insieme delle disposizioni costituzionali che regolano i rapporti economici. Queste sono principalmente quelle contenute nel Titolo III della Parte I della Costituzione, ma anche in leggi ordinarie, quali ad esempio quella *antitrust* o quella che ha disposto la privatizzazione delle principali imprese pubbliche. Altre accezioni dell'espressione "Costituzione economica" comprendono anche il ruolo dell'opinione pubblica e, più interessante ai nostri fini, gli aspetti amministrativi, che trasformano la "Costituzione economica" in senso formale in diritto vivente¹.

Ciò detto se, con questa espressione, si vuole fare riferimento al modo in cui la Costituzione repubblicana guarda all'economia, è tuttavia probabilmente più corretto non limitare l'analisi alle sole disposizioni che espressamente si riferiscono ai rapporti economici. Il progetto di società che la Costituzione disegna comprende senz'altro anche i suoi aspetti economici, ma questi sono definiti da un insieme di principi che va oltre i rapporti economici formalmente e strettamente intesi, primo fra tutti il principio di uguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'articolo 3. In quest'ottica è condivisibile la posizione di

¹ Cfr. S. CASSESE, *Introduzione*, in ID (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, 3, il quale riferisce di altri due sensi che possono attribuirsi all'espressione costituzione economica. La seconda accezione è riferibile al professore di Oxford della fine del XIX secolo, Albert Venn Dicey, il quale ritiene che il diritto pubblico dell'economia non possa fondarsi solo sull'analisi delle norme, ma deve comprendere anche l'analisi dell'opinione pubblica, intesa nel senso di modo in cui i cittadini percepiscono il corso della storia economica. Il terzo significato dell'espressione costituzione economica include, oltre a norme costituzionali, leggi e opinione pubblica, anche gli aspetti amministrativi, ossia gli atti applicativi delle norme formali, che trasformano la costituzione economica in senso formale in diritto vivente.

chi ritiene che non vi sia «una Costituzione *economica* distinta dalla Costituzione *politica*»².

Comunque, al di là delle precisazioni terminologiche, il modello economico delineato dalla Costituzione è un modello misto, nel quale l'economia di mercato convive con l'intervento pubblico finalizzato a correggerne le dinamiche verso fini di utilità sociale, in ultima analisi rivolte a quella eguaglianza sostanziale dell'articolo 3, che rappresenta forse il più importante elemento di novità della nostra Costituzione.

Il disegno giuridico e istituzionale del nostro ordinamento costituzionale discende anche dalla nuova concezione del ruolo dello Stato nel sistema economico, nata per far fronte alla grande depressione degli anni trenta del '900. Non più un mercato che si autoregola in virtù di aspettative razionali, ma un mercato regolato dal potere pubblico che ne corregge le distorsioni, divenendone anche attore, là dove necessario³.

In quest'ottica, la Costituzione italiana si inserisce come un elemento centrale di quel nuovo disegno politico-istituzionale che aprirà la stagione storica della ripresa economica post-bellica e dello sviluppo pieno dello stato sociale. Tuttavia, il tema del mercato viene affrontato dai Costituenti in modo per certi versi contraddittorio. La diffidenza nei confronti del libero mercato accomuna, in qualche modo, i comunisti e la componente cattolica sociale. I primi, dopo un iniziale atteggiamento più morbido, assumeranno una posizione di più netta avversione, avendo compreso che la via dell'opposizione era inevitabile. I democristiani, d'altro canto, finiranno per difendere il mercato più come libertà politica dei singoli che come sistema economico regolato dal diritto pubblico a

2 O. CHessa, *La costituzione della moneta*, Napoli, 2016, 11.

3 L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 25: «Negli anni '30 si costruì, infatti, una nuova infrastruttura giuridica e istituzionale, destinata a durare a lungo e giustificata per l'appunto con la necessità di non tornare più al passato, di evitare per sempre una nuova crisi di quelle dimensioni e di attribuire, quindi, un nuovo ruolo allo Stato, all'intervento pubblico e alla regolazione che impedisse la stessa creazione delle condizioni di una crisi generale. Proprio per questa ragione, quell'insieme di misure fu pensato, se pur con gli ovvi e sempre presenti condizionamenti delle contingenze politiche, non come un rimedio temporaneo ad una crisi passeggera, ma come una infrastruttura stabile e permanente, che doveva appunto sia rimediare al passato, sia determinare un futuro più sicuro e scevro da rischi e pericoli».

tutela del suo regolare funzionamento. Francesco Saverio Nitti, in Assemblea, commentò che si trattava di una «*unione innaturale tra la falce e il martello e la croce e l'aspersione*». E Pasquale Saraceno, nella sua *Intervista sulla Ricostruzione* (Bari, 1977), sintetizzava la saldatura tra comunisti e democristiani nei confronti del mercato in questi termini: «*Il pensiero marxista e il pensiero sociale cattolico si congiungevano allora sul tema del controllo della anarchia capitalista*».

Ne verrà fuori un quadro nel quale tutela del mercato e tutela della singola impresa si confondono fino a creare un'economia assistita nella quale il rapporto tra politica e imprenditoria sarà troppo stretto e troppo interdipendente⁴.

Naturalmente, non può non ricordarsi che, nel quadro di quel disegno e di quegli equilibri, nacque e si sviluppò il *boom* economico italiano degli anni '50 e '60; ma ciò non toglie che questo sia avvenuto nel quadro di una infrastruttura giuridico-istituzionale del mercato peculiare. Rispetto al modello del libero mercato la Costituzione italiana disegna un'economia di mercato nella quale programmi e diritti individuali prevalgono sul principio di libera concorrenza.

2. Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano: un difficile adattamento

La concorrenza, come principio pubblicistico di regolazione del mercato atto a garantire parità tra i concorrenti, entrerà nell'ordinamento italiano dalla porta europea, affermandosi progressivamente fino alla sua piena attuazione con l'approvazione della legge n. 287 del 1990, che istituisce l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La piena apertura dell'ordinamento italiano al libero mercato e alle sue regole fondanti avviene, quindi, in ragione dell'adesione dell'Italia alle comunità europee. È un percorso progressivo nel quale quanto più i mercati europei si integrano, tanto più il principio di concorrenza si afferma pienamente e diffusamente⁵.

4 Si veda G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica. Atti del convegno dell'AIC del 11-12 ottobre 1991 a Ferrara*, Padova, 1997, 7 ss. Più diffusamente, su questi temi, G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976.

5 Sulla progressiva apertura del sistema giuridico-economico italiano in ragione del procedere dell'integrazione europea e sulle sue conseguenze si veda G. GUARINO, *Pubblico e privato*

Tuttavia, il principio di concorrenza non sembra essere stato del tutto assorbito dal nostro ordinamento, almeno non nei termini di principio generale di regolazione del mercato.

Questo dato è restituito molto chiaramente dall'analisi della giurisprudenza. Il Giudice amministrativo ha fatto e fa da filtro, in qualche modo da cuscinetto, tra un principio di concorrenza di derivazione eurounitaria, che fatica ad affermarsi pienamente, e un ordinamento interno, che pur riconoscendo ormai quel principio a livello di normazione positiva anche di rango costituzionale, è improntato a valori e principi non sempre con esso coincidenti.

Basta citare vicende recenti, tra le quali senza dubbio la più nota è quella relativa alle concessioni balneari marittime, per comprendere come il rapporto del nostro ordinamento con il principio generale che regola il libero mercato sia ancora un rapporto controverso.

Com'è noto, il Consiglio di Stato, con due decisioni dell'Adunanza Plenaria, la 17 e la 18 del 2021, ha ribadito che il principio di concorrenza che informa l'ordinamento eurounitario non è compatibile con una disciplina legislativa che sottrae un intero settore economico alla libertà di stabilimento garantita a cittadini e imprese dall'art. 49 TFUE. In quelle decisioni, il Consiglio di Stato, forse eccedendo i limiti della propria giurisdizione, ha fissato al 31 dicembre 2023 la data oltre la quale la disciplina legislativa di proroga dovrà ritenersi non più efficace, arrivando a dire che «oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento UE».

Il legislatore, ancora di recente, ha ulteriormente prorogato con il d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 (art. 10-*quater*), il termine di scadenza delle concessioni

nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie, in AA.VV., *La Costituzione economica* cit., 21 ss. Più di recente, per una puntuale ricostruzione di tutte le fasi di quel processo si veda F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Padova, 2019.

balneari, portandolo al 31 dicembre 2025, e ancora una volta il Consiglio di Stato ha ribadito (sentenza 1 marzo 2023, n. 2192) che la norma di proroga si pone *«in frontale contrasto con la disciplina di cui all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato»*.

In altro ambito, sempre il Consiglio di Stato è dovuto intervenire a chiarire che un'operazione societaria straordinaria che comporti *«l'allargamento della compagine sociale a soci privati o la creazione di una società nella quale coesistano soci pubblici e privati»*, deve rispettare le procedure di evidenza pubblica richieste dalla legge per la selezione dei soci privati nelle società pubbliche (Cons. Stato, sez. 5^a, 6 settembre 2021, n. 6213).

Ancora, in materia di limitazione dell'attività delle sale da gioco, dove è molto chiara l'esigenza di bilanciare l'iniziativa economica privata con il diritto alla salute e la tutela della dignità umana, il Consiglio di Stato ha più volte ribadito (da ultimo, con sentenza 10 luglio 2020, n. 4464), richiamando un consolidato orientamento della Corte costituzionale, che *«la tutela della salute (in cui rientra il contrasto alla ludopatia) è sussumibile tra gli obiettivi che, ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione, possono giustificare limitazioni all'iniziativa economica privata, tenuto conto della non assoluta preminenza del principio di libertà dell'attività economica privata nella nostra Costituzione»*, richiamando espressamente la "dignità umana" quale limite alla libera iniziativa economica.

Superfluo citare la vastissima giurisprudenza in materia di interdittive antimafia, nella quale l'esigenza del contrasto fermo del fenomeno mafioso fa premio sulla libertà d'impresa in modo molto evidente e comprensibile.

La tensione tra il principio della libertà d'iniziativa economica privata e gli altri valori costituzionali che si registra nelle decisioni del Giudice amministrativo trova riscontro anche nel dialogo di questi con la Corte costituzionale.

Solo per citare un paio di esempi, la Corte ha annullato una legge regionale che disponeva la proroga automatica delle concessioni di servizio di trasporto pubblico locale, ribadendo il carattere trasversale della competenza

esclusiva dello Stato in materia di concorrenza (Corte costituzionale, 15 marzo 2021, n. 38). E, ancora, nel decidere una questione incidentale sollevata dal T.a.r. delle Marche in tema di possibile discriminazione tra farmacie e parafarmacie nella somministrazione dei test anti Covid, ha avuto modo di ribadire che *«la giurisprudenza di questa Corte, d'altra parte, ha ripetutamente affermato che, in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata, il limite insuperabile deve essere individuato nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale»*. Dunque, il bilanciamento è rimesso al legislatore, il quale deve guardare necessariamente alla Costituzione nel suo complesso che, come è noto, non contempla una gerarchia di valori e, di conseguenza, non riconosce alla concorrenza un posto privilegiato nell'architettura dell'ordinamento.

Naturalmente, sono soltanto pochi esempi, ma che danno il senso di una difficoltà del principio generale di concorrenza, che informa l'ordinamento europeo, ad affermarsi pienamente nell'ordinamento italiano.

D'altra parte, non va dimenticato che si tratta di un principio originariamente non accolto, quantomeno non in termini espliciti, dalla Costituzione e che, forse, assume un carattere strumentale, e quindi in qualche modo anche recessivo, rispetto ai valori costituzionali che delineano il quadro socio-economico, a partire dall'eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma 2, della Costituzione⁶.

Questo dato, peraltro, sembra confermato dal tendenziale ritorno all'intervento pubblico nell'economia al quale stiamo assistendo negli anni più recenti. Al ritorno dello Stato, per dirla con il titolo di un recente libro di Giuliano Amato⁷.

La legge n. 118 del 2022, la cosiddetta legge annuale sulla concorrenza (che forse non a caso, pur essendo nominalmente annuale, è stata approvata

⁶ In questo senso, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale AIC, Torino 27-29 ottobre 2011*, Napoli, 2014, 3 ss.

⁷ G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022.

per la seconda volta in tredici anni a dispetto della sua cadenza annuale voluta dalla legge n. 99 del 2009) va, in alcune sue parti, nel senso di limitazioni della concorrenza in ragione del perseguimento di altri interessi, rispetto ai quali la concorrenza sembra essere un mezzo e non un fine.

Ci sono, anche qui, limitazioni agli obblighi di gara per le concessioni balneari. C'è la delega in materia di servizi pubblici locali, poi attuata con il d.lgs. 201 del 2022, che per la verità conserva un *favor* per la concorrenza, obbligando a una stringente motivazione la scelta dell'Amministrazione di ricorrere ad affidamenti *in house*, ma è comunque meno pro concorrenziale di quanto sia il quadro normativo europeo. Ancora, vi sono limitazioni in materia di rapporto tra sanità pubblica e privata e, in generale, sembra confermato il dato della non coincidenza tra libertà d'iniziativa economica privata e principio di concorrenza.

Anche il nuovo Codice dei contratti pubblici sembra andare nella stessa direzione, orientando tutta la disciplina degli appalti non più al *favor* per la più ampia concorrenza possibile tra le imprese, ma al principio del risultato, che non è altro che un'articolazione dell'interesse pubblico al quale deve essere orientata l'azione dei pubblici uffici in forza dell'articolo 97 della Costituzione.

3. Conclusioni

Credo che, in ultima analisi, si possa dire che l'ordinamento positivo si stia orientando verso una lettura del quadro costituzionale più aderente alla sua lettera, nella quale il disegno economico è improntato a un modello misto, nel quale la concorrenza come principio pubblicistico di regolazione del mercato è un mezzo e non un fine, essendo quel modello definito, invece, dal complesso del disegno costituzionale e, in primo luogo, da quell'uguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma 2, che impone alla Repubblica di *«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 e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»*.

Direi, in conclusione, che il lavoro del Giudice amministrativo nell'armonizzare concorrenza e interesse pubblico resta fondamentale e lo sarà ancor di più nei prossimi anni, vista la tendenza anche della normazione positiva alla limitazione dell'iniziativa economica privata in ragione di altri principî e valori. Basti pensare alla recente modifica dell'articolo 41 della Costituzione con l'aggiunta della salute e dell'ambiente ai limiti dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana già presenti nel testo originario della Costituzione che necessariamente orienteranno non solo il legislatore ma anche il Giudice nella definizione di ulteriori limiti puntuali all'iniziativa economica privata.

FEDERICO DINELLI

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università Telematica Pegaso
federico.dinelli@unipegaso.it

TUTELA DEL DIRITTO AL LAVORO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

PROTECTION OF THE RIGHT TO WORK AND ADMINISTRATIVE JUDGE

SINTESI

Il contributo, dopo una premessa sul rilievo costituzionale del diritto al lavoro, esamina le modalità con le quali il giudice amministrativo tutela (o non tutela) questo diritto fondamentale. Vengono presi in considerazione tre aspetti: l'accesso al lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione; la materia disciplinare; le prestazioni sociali e previdenziali che originano dal rapporto di lavoro. Dopo un'analisi giurisprudenziale, vengono tratte alcune conclusioni sul grado di tutela, invero insoddisfacente, che il giudice amministrativo, come d'altra parte il giudice ordinario, offre al diritto al lavoro.

ABSTRACT

The paper, after a premise on the constitutional importance of the right to work, examines the ways in which the administrative judge protects (or does not protect) this fundamental right. Three aspects are taken into consideration: access to work employed by the public administration; disciplinary matters; social and security benefits that originate from the employment relationship. Finally, some conclusions will be drawn on the degree of protection, admittedly unsatisfactory, that the administrative judge, like the ordinary judge, offers to the right to work.

PAROLE CHIAVE: diritto al lavoro – tutela – sindacato – discrezionalità – effettività

KEYWORDS: right to work – protection – judicial review – discretion – effectiveness

INDICE: 1. lo statuto costituzionale del diritto al lavoro. – 2. La tutela del diritto al lavoro nell'ambito dei concorsi pubblici. – 3. La tutela del diritto al lavoro al cospetto del potere disciplinare della pubblica amministrazione. – 4. Le prestazioni previdenziali connesse allo *status* di lavoratore pubblico: il caso dell'equo indennizzo e della pensione privilegiata per causa di servizio – 5. Considerazioni finali

1. Lo statuto costituzionale del diritto al lavoro

L'affermazione del diritto al lavoro si rinviene, come noto, in numerose norme costituzionali:

«L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro» (art. 1)¹;

«La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto» (art. 4, comma 1);

«La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. // Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori» (art. 35, commi 1 e 2);

«Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. // La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. // Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi» (art. 36);

«La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione. // La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato. // La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione» (art. 37).

Vi sono, poi: l'art. 38, comma 2, che fonda il sistema della previdenza sociale; l'art. 40, che riconosce e tutela il diritto di sciopero; l'art. 46, che ricono-

¹ È stato rilevato che questo riferimento al lavoro come elemento fondativo della Repubblica rappresenta un *unicum* italiano fra le costituzioni dei Paesi democratici: cfr. R. NANIA, *Riflessioni sulla costituzione economica in Italia: il lavoro come fondamento, come diritto, come dovere*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, a cura di E. Ghera e A. Pace, Napoli, Jovene, 2009, 62. V. anche, per una appassionata disamina sul significato della formula utilizzata dall'art. 1 Cost., il contributo di T. GROPPI, «*fondata sul lavoro*». *Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2012, che, rifacendosi dichiaratamente al pensiero di Costantino Mortati, individua nella formula dell'art. 1 il «perno dell'intero assetto costituzionale», nonché «il contributo più originale che l'Italia ha dato al costituzionalismo contemporaneo».

sce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende; l'art. 51, u.c., che sancisce il diritto alla conservazione del posto di lavoro per chi è chiamato a svolgere funzioni elettive².

Non meno rilevante è l'attenzione che anche l'ordinamento sovranazionale presta al diritto al lavoro: l'art. 15 della Carta di Nizza prevede infatti che «1. Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. // 2. Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro».

Nessun altro diritto, come il diritto al lavoro, viene menzionato con paragonabile frequenza dalla Carta costituzionale. La sua centralità, nel sistema costituzionale, è di tutta evidenza, al punto che Costantino Mortati ebbe a dire, nel 1969, che la Costituzione considera il lavoro «non come fine a sé stesso, né mero strumento per il conseguimento di mezzi di sussistenza, bensì come tramite necessario per l'affermazione della personalità»³.

I costituzionalisti si sono a lungo interrogati, anche sulla scorta della giurisprudenza della Consulta, sul carattere meramente programmatico, ovvero precettivo, dell'art. 4⁴.

2 Un'analogia, anzi ancor più estesa, elencazione è contenuta in M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 2010, 645 ss., che, nell'osservare come «il lemma "lavoro" e i lemmi derivati ricorrano in ben 23 commi della Costituzione repubblicana», senza peraltro considerare «le disposizioni nelle quali il lemma non è utilizzato, ma il riferimento al lavoro è palese (v., ad es., l'art. 117, comma 3 [...])», giunge finalmente a formulare la seguente domanda retorica: «Non è forse vero, dunque, che, al di là della formale proclamazione dell'art. 1, è l'intera Costituzione che, nell'oggettività delle sue previsioni, coerentemente fonda la Repubblica sul lavoro?».

3 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1969, 147 ss.

4 Ci si limita a riportare, in questa sede, quanto affermato da G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2009, 39, a proposito del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost: «È pacifico che non si tratta del diritto soggettivo ad ottenere un lavoro [...] La Repubblica cioè non è essa obbligata a dare lavoro a chiunque lo richieda; meno che mai sono obbligati a dare lavoro altri soggetti; la Repubblica ha l'obbligo di promuovere le condizioni, cioè di adottare misure (che la Costituzione ovviamente non indica) in grado di determinare una situazione tale per cui si creino possibilità di lavoro, nel massimo numero possibile (e cioè fino al massimo della piena occupazione, per cui tutti coloro che lo cercano trovano lavoro)». Tra i corollari di questa premessa, secondo Rescigno, vi è che se, nonostante tutti gli sforzi, non c'è pieno impiego (vi sono persone che cercano lavoro e lo chiedono non avendolo ottenuto), la Repubblica ha l'obbligo di dare ai richiedenti un equivalente in danaro, che però il testo costituzionale non

Probabilmente sono vere entrambe le affermazioni, perché la soluzione dipende da come si intende il diritto al lavoro. Se il diritto al lavoro si intende come libertà di lavoro, e quindi come libertà nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa, allora la norma ha un'indubbia valenza prescrittiva, nella misura in cui impedisce ai pubblici poteri, così come a chiunque altro, di coartare questa libertà, ovvero di ostacolarla⁵; se invece si intende il lavoro, in chiave più sociale, come pretesa allo svolgimento di una prestazione lavorativa, allora è chiaro che la dimensione programmatica assume una rilevanza preponderante. Il suo significato è infatti quello di imporre alle autorità pubbliche di intervenire con politiche consentanee allo scopo di assicurare la realizzazione concreta del diritto al lavoro, dotandolo (quanto più possibile) di effettività⁶.

configura come risarcimento nel senso civilistico, ma come una indennità da stabilire con legge, commisurata alle esigenze di vita, anch'esse ovviamente da quantificare (art. 38, co. 2). La conclusione cui giunge l'autore alla fine della sua analisi è che «il diritto al lavoro di cui parla l'art. 4, co. 1, e l'indennizzo per la disoccupazione involontaria sono demandati alla volontà politica delle maggioranze, e quindi in realtà ai rapporti di forza tra le componenti sociali». M. LUCIANI, *op. cit.*, 642, nota 57, dopo aver dato atto che «Il diritto al lavoro non si risolve in una situazione soggettiva immediatamente azionabile in giudizio», afferma però di non condividere la «pur articolata operazione di svalutazione di questa e di tutte le altre previsioni costituzionali sul lavoro condotta, in particolare, da G. U. Rescigno», osservando, fra l'altro, che «anche Rescigno [...] riconosce che giuridicità non equivale ad azionabilità in giudizio e a cogenza sanzionata, ma da questo non desume la conseguenza (della piena significatività e normatività delle previsioni costituzionali sul lavoro) che dovrebbe essere necessaria».

5 È questa la dimensione c.d. “negativa” del diritto al lavoro, che viene quindi in considerazione come diritto di libertà. Ma resta inteso che, come è stato giustamente rilevato, «la protezione di un diritto di libertà negativa, non permette di cogliere i significati — ben più centrali — del denso disposto costituzionale»: così P. LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutela: brevi appunti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2010, 96.

6 Lo stesso LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 96 osserva che «se nell'art. 4, primo comma, Cost. deve essere letto, innanzitutto, uno stretto collegamento con il precedente art. 3, secondo comma, Cost. con riguardo alla condizione di sottoprotezione del lavoro subordinato, allora la norma in discorso contiene un diritto sociale, in quanto implica uno specifico intervento dello Stato per renderne effettivo l'esercizio». In realtà, non sembra neppure necessario stabilire un collegamento fra l'art. 3, comma 2, Cost. e l'art. 4 per argomentare in ordine al carattere spiccatamente sociale del diritto al lavoro. Tanto più se si considera che, come sostenuto in dottrina, il riferimento ai *lavoratori* contenuto nell'art. 3, comma 2, deve essere più correttamente interpretato come sinonimo di *cittadini*. Cfr., in questo senso, G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 38, secondo cui «basta leggere l'intera e complessa frase [dell'art. 3, comma 2, Cost.] per capire che, se vi sono ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (e qui il testo dice proprio «cittadini»), e se la rimozione di tali ostacoli di fatto è necessaria per il pieno sviluppo della persona umana (e quindi di nuovo la frase parla di tutti i cittadini in quanto persone), la effettiva partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese di nuovo deve riguardare tutti i cittadini e non solo i lavoratori», tanto meno i soli lavoratori su-

Non sarebbe nemmeno corretto affermare che il diritto al lavoro, nel senso di pretesa allo svolgimento di una prestazione lavorativa, non sia dotato di diretta giustiziabilità. Ed infatti la norma è stata costantemente interpretata dalla Corte costituzionale nel senso della incostituzionalità di una normativa che non offrisse alcuna tutela contro il licenziamento⁷. L'art. 4, quindi, può essere invocato per tutelare – se non l'acquisizione *ex novo* di una posizione lavorativa – quanto meno la sua conservazione⁸.

L'art. 4 della Costituzione, secondo l'opinione della dottrina costituzionalistica, intende il lavoro in senso ampio, ricomprendendovi sia il lavoro subordi-

bordinati. Di opinione contraria è M. LUCIANI, *op. cit.*, 634, che, muovendo dal presupposto per cui i costituenti hanno scelto di «fondare la Repubblica su un elemento profondamente egualitario e addirittura universalistico, su un dato insuperabilmente umano», ravvisa un profondo legame fra il diritto al lavoro e «il profilo dell'eguaglianza sostanziale di cui al secondo comma (perché è solo con l'emancipazione dei lavoratori che il progetto di società “nuova” disegnato dalla Costituzione può essere realizzato)», ed afferma perciò che «Non ha commesso, dunque, alcun errore la Costituzione nell'aver parlato di lavoratori, anziché di cittadini».

⁷ Si legge da ultimo nella sentenza n. 125 del 2022 che «Questa Corte è costante nell'affermare che il diritto del lavoratore di non essere ingiustamente licenziato si fonda sui principi enunciati dagli artt. 4 e 35 Cost. e sulla speciale tutela riconosciuta al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, in quanto fondamento dell'ordinamento repubblicano (art. 1 Cost.). L'attuazione di tali principi è demandata alle valutazioni discrezionali del legislatore (fra le molte, sentenze n. 59 del 2021, n. 150 del 2020 e n. 194 del 2018), chiamato ad apprestare un equilibrato sistema di tutele. Questa Corte ha tuttavia ribadito che il legislatore, pur nell'ampio margine di apprezzamento di cui dispone, è vincolato al rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza (sentenza n. 59 del 2021). La diversità dei rimedi previsti dalla legge deve sempre essere sorretta da una giustificazione plausibile e deve assicurare l'adeguatezza delle tutele riservate al lavoratore illegittimamente espulso, nelle quali la reintegrazione non costituisce “l'unico possibile paradigma attuativo” dei principi costituzionali (sentenza n. 59 del 2021; così anche sentenza n. 46 del 2000, punto 5 del Considerato in diritto). Nell'attuazione dei principi sanciti dagli artt. 4 e 35 Cost., essenziale è il compito del giudice, chiamato a ponderare la particolarità di ogni vicenda e a individuare di volta in volta la tutela più efficace, sulla base delle indispensabili indicazioni fornite dalla legge». Per una efficace ricognizione della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela contro il licenziamento v. G. ARMIONE, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2022, 411 ss., il quale suddivide la giurisprudenza della Consulta in argomento in tre grandi fasi: la fase della spinta gentile, la fase dell'agnosticismo e la fase della ragionevolezza e dell'effettività.

⁸ È noto che il diritto del lavoro, inteso come branca del diritto, è stato spesso accusato di essere «orientato verso “la protezione del lavoratore in quanto titolare di una posizione lavorativa”, cioè verso una “iper-tutela degli occupati”, alla quale si è contrapposta una “sotto-tutela dei disoccupati” [...] creando così una netta linea di demarcazione tra gli “insider, i privilegiati arroccati nella cittadella del lavoro regolare iper-protetto, e gli outsider: i disoccupati, i precari, gli irregolari, che dalla cittadella sono permanentemente esclusi”» (così M. SPINI, *Lavoro, diritto al lavoro, diritto del lavoro*, in *Dir. relaz. ind.*, 2, 2006, 387 ss., che cita a sua volta il lavoro monografico di P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, Mondadori, 1996).

nato, sia il lavoro autonomo, sia ogni attività o funzione che «concorra al progresso materiale o spirituale della società»⁹.

È però evidente che non sarebbe possibile trattare in questa sede del diritto al lavoro in un'accezione così estesa, perché implicherebbe dover affrontare anche il tema della tutela avverso tutti i provvedimenti che, a vario titolo, incidono sulla libertà d'iniziativa economica, andando a coprire, nella sostanza, tutto il diritto amministrativo dell'economia (autorizzazioni, concessioni, attività di regolazione, ecc.).

Occorre dunque, necessariamente, restringere il campo di indagine, soffermando l'attenzione soltanto sulle situazioni nelle quali il cittadino si rivolge al giudice amministrativo come prestatore di lavoro in favore della pubblica amministrazione. In altri termini, ci si concentrerà sul "lavoratore pubblico", o, per meglio dire, sul *funzionario*¹⁰ o aspirante tale, per comprendere in che modo

⁹ Cfr., per tutti, M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 338 ss.

¹⁰ Il termine evoca la partecipazione alla funzione amministrativa e vale quindi a distinguere efficacemente il lavoratore privato dal lavoratore alle dipendenze della pubblica amministrazione. V., in tal senso, F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Roma, Donzelli, 2021, 87. La stessa Costituzione, d'altra parte, utilizza in primo luogo, nell'art. 28, il termine "funzionari" per riferirsi a coloro i quali prestano la loro attività lavorativa al servizio dell'amministrazione pubblica, anche se poi parla di «dipendenti dello Stato e degli enti pubblici», nello stesso art. 28, e di «pubblici impiegati», nell'art. 98. V. anche A. PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, 350, la quale ravvisa nel «passaggio dal lavoratore al funzionario» l'ultima fase di evoluzione della disciplina del pubblico impiego, definita dall'autrice, per l'appunto, come la fase della funzionalizzazione, che si concentra nell'ultimo decennio. È la fase della riscoperta delle norme costituzionali che finalizzano l'attività del lavoratore alle dipendenze della pubblica amministrazione, avendo riguardo non solo ai risultati conseguiti, ma anche al rispetto dei principi di legalità e imparzialità.

Sul rapporto fra i principi dell'art. 97, comma 2, Cost. e i diritti e i doveri dei lavoratori al servizio dell'amministrazione, anche nella prospettiva della individuazione della causa del contratto di lavoro pubblico, si sono affermate, specie presso la dottrina giuslavoristica, tesi diverse. Le tesi pubblicistiche e neo-pubblicistiche tendono, pur con varietà di accenti e di argomentazioni, a svalutare la rilevanza del contratto individuale di lavoro quale fonte regolativa del rapporto, assumendo che la disciplina di quest'ultimo derivi essenzialmente dalla legge. Le tesi privatistiche, invece, riconoscono la centralità del contratto individuale di lavoro, la cui causa rimane pur sempre quella dello scambio, senza sostanziali alterazioni derivanti dalla peculiare natura del datore di lavoro pubblico. Sul tema, si veda l'ampia ricostruzione di L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2, 2019, 1 ss., il quale osserva condivisibilmente che «Nel privato l'interesse standard dell'imprenditore (pur con crescenti eccezioni previste dalla legge: cooperative, terzo settore, ecc.) sarà quello di realizzare profitto e tale interesse si ripercuote indubbiamente anche sulla dimensione organizzativa. Nel pubblico ci sono invece le finalità imposte dalla Costituzione e

il giudice amministrativo offra tutela al fascio dei diritti e degli interessi che si collegano direttamente a tale *status*.

Si prenderanno in considerazione, in particolare, ovviamente senza pretesa alcuna di esaustività, i seguenti tre aspetti: 1) quello dell'accesso al lavoro; 2) quello disciplinare; 3) quello delle prestazioni previdenziali/assistenziali che si riconnettono alla posizione lavorativa.

2. La tutela del diritto al lavoro nei concorsi pubblici

La peculiarità più importante del lavoro pubblico rispetto al lavoro privato attiene alla sua fase genetica, retta dal principio del pubblico concorso. I funzionari devono essere selezionati su base meritocratica, potendosi derogare a tale principio soltanto nei casi previsti dalla legge, nel rispetto dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale¹¹.

dalla legge – e dalla catena organizzativa di ciascuna amministrazione – che il soggetto datoriale deve perseguire attra-verso la funzione organizzativa del contratto. Qui rientra anche un interesse pubblico, inteso non come interesse generale e finalistico, ma come interesse alla realizzazione delle specifiche azioni amministrative verso cui è orientata l'organizzazione in cui è inserita la prestazione del lavoratore “pubblico”».

11 Sebbene l'art. 97, comma 4, Cost. si limiti a prevedere che «Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge», senza dunque qualificare i predetti casi come “eccezionali”, né limitare in altro modo la discrezionalità del legislatore, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha sempre fornito un'interpretazione restrittiva della norma, affermando che «il pubblico concorso costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le amministrazioni pubbliche, quale strumento per assicurare efficienza, buon andamento e imparzialità e che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe a tale regola, con la previsione di un diverso meccanismo di selezione per il reclutamento del personale del pubblico impiego, deve essere delimitata in modo rigoroso alla sola ipotesi in cui esse siano strettamente funzionali al buon andamento dell'amministrazione e sempre che ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle (ex plurimis, sentenze n. 40 del 2018 e n. 110 del 2017)» (così, tra le più recenti, Corte cost., sentenza 27 febbraio 2020, n. 36). Riflettono sul tema M. ALLENA, M. TRIMARCHI, *La Costituzione «dimenticata». Il principio del concorso pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2021, 379 ss., i quali si soffermano, anche alla luce di alcuni dati statistici, sulle ragioni per cui il principio del pubblico concorso è stato frequentemente eluso, non senza osservare, peraltro, che «i concorsi, in ragione della loro disciplina, non sono sempre in condizione di realizzare i valori e gli obiettivi sottesi alla previsione costituzionale e, in particolare, l'affermazione del merito all'interno della pubblica amministrazione e l'acquisizione delle competenze necessarie per garantirne il buon andamento». In effetti, potrebbe forse affermarsi con riferimento al pubblico concorso, parafrasando un celebre aforisma attribuito a Winston Churchill, che il concorso pubblico è il peggior sistema di reclutamento dei funzionari amministrativi, ad eccezione di tutti gli altri.

La tutela in materia di concorsi pubblici, notoriamente riservata al giudice amministrativo¹², si caratterizza ancora oggi per un sostanziale *deficit* di effettività.

Il che, ad avviso di chi scrive, è da mettere in connessione con la circostanza per cui la procedura concorsuale è dominata dalla discrezionalità.

Vi è ampia discrezionalità sia nella fase della predeterminazione dei criteri di valutazione, sia nella fase della valutazione dei titoli e delle prove concorsuali.

Sono ricorrenti, presso la giurisprudenza, affermazioni come quella secondo cui «le commissioni esaminatrici dispongono di ampia discrezionalità nella valutazione dei titoli e già nella stessa catalogazione e graduazione dei titoli valutabili; ne consegue che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è ammesso nelle sole ipotesi di manifesta irragionevolezza, illogicità od abnormità dei criteri (ovvero di loro non intellegibilità e trasparenza) e delle valutazioni, nonché per travisamento di fatto od errore procedurale commesso nella formulazione di queste»¹³.

E ancora: «le valutazioni espresse dalle Commissioni giudicatrici in merito alle prove di concorso, seppure qualificabili quali analisi di fatti (correzione dell'elaborato del candidato con attribuzione di punteggio o giudizio) e non come ponderazione di interessi, costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero attitudinale, dei candidati, con la conseguenza che le stesse valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui

12 Sulle problematiche del riparto di giurisdizione in materia, che diventano a loro volta causa di ineffettività della tutela, si rinvia a S. DEL GATTO, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego. Sull'incerta (e variabile) nozione di "procedure concorsuali"*, in S. Del Gatto, F. Dinelli, G. Fares, G. Mari e M. Sinisi, *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2013, 33 ss.

13 Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2021, n. 2893, che richiama a sua volta Cons. Stato, Sez. V, 26 agosto 2020, n. 5208.

sussistono elementi idonei ad evidenziarne uno sviamento logico od un errore di fatto, o ancora una contraddittorietà *ictu oculi* rilevabile»¹⁴.

In quest'ottica, si afferma «l'estrema limitatezza del sindacato del giudice amministrativo», che può annullare le valutazioni delle commissioni soltanto per eccesso di potere nelle ipotesi-limite di vizi riscontrabili dall'esterno e con immediatezza dalla sola lettura degli atti, tanto da considerare come sostanzialmente irrilevanti anche autorevoli pareri *pro-veritate* prodotti al fine di confutare il giudizio della commissione¹⁵.

Se ne ricava che, nella materia dei concorsi pubblici, la discrezionalità tecnica – al contrario di quanto si sostiene comunemente, sia in sede dottrinaria che in sede giurisprudenziale, circa il suo essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale intrinseco, ancorché debole – si atteggia, nei fatti, alla stessa stregua della discrezionalità amministrativa¹⁶. Anzi, appare ancor meno sindacabile, perché il tecnicismo delle valutazioni espresse dalle commissioni rende più difficile il giudizio di ragionevolezza. Senza una conoscenza, seppur minima, della

14 In questi termini, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VII, 28 dicembre 2022, n. 11464, che cita a sua volta svariati precedenti.

15 Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7216, dove si legge che spetta in via esclusiva alla commissione «la competenza a valutare gli elaborati degli esaminandi e, a meno che non ricorra l'ipotesi residuale del macroscopico errore logico, non è consentito al giudice della legittimità sovrapporre alle determinazioni da essa adottate il parere reso da un soggetto terzo, quale che sia la sua qualifica professionale ed il livello di conoscenze e di esperienze acquisite nella materia in discussione». Cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 2018, n. 6103 e Sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2110.

16 Secondo D. GRANARA, *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 3, 2023, 596, «dottrina e giurisprudenza, superata la tralatizia distinzione tra sindacato forte (quello generale di legittimità, pieno) e debole (controllo di ragionevolezza estrinseco), [starebbero] convergendo verso una diversa declinazione di sindacato pieno, assistito dai mezzi istruttori previsti dal codice del processo, quale la consulenza tecnica, e governato dal criterio di “maggiore attendibilità” della scelta della Pubblica Amministrazione, la quale, in quest'ambito, è tesa appunto a individuare il criterio tecnico maggiormente attendibile (e quindi ragionevole), secondo le acquisizioni della comunità scientifica». Per una condivisibile rilettura, aggiornata ai più recenti sviluppi giurisprudenziali, della problematica della discrezionalità tecnica, v. A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 335 ss., nonché A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in ID. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, Jovene, 2021, 3 ss.

scienza applicata nelle prove concorsuali, è arduo riconoscere perfino le valutazioni affette da profili di manifesta irragionevolezza¹⁷.

La giurisprudenza afferma ancora, di frequente, che la fase della predeterminazione dei criteri di valutazione, oltre a costituire espressione di ampia discrezionalità, non richiede neppure «la specificazione di sub criteri e sub punteggi né la indicazione di una stringente griglia di valutazione»¹⁸, e che «una volta accertata la tempestiva predeterminazione e la adeguatezza dei criteri oggetto di applicazione nella valutazione contestata, non residua altro spazio per le cen-

17 Osserva condivisibilmente A. POZZI, *Il contenzioso lavoristico delle carriere non privatizzate innanzi al giudice amministrativo: principio di specialità, discrezionalità tecnica, risarcimento del danno, pregiudizialità amministrativa, colpa dell'amministrazione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 6, 2007, p. 1031 ss., par. 15, nel commentare una sentenza relativa ad un concorso universitario, che «fin quando le commissioni giudicatrici operano con tale maldestra imperizia, tutto è facile per il giudice, il quale non ha bisogno di ricorrere a complesse argomentazioni sulla portata e gli effetti delle valutazioni tecnico-discrezionali, bastando il ricorso agli sperimentati istituti del sindacato estrinseco sui sintomi c.d. esterni dell'eccesso di potere. Più difficile è il suo sindacato quando si tratti di giudizi delle commissioni implicanti un effettivo apprezzamento soggettivo, fondato non su regole e norme tecniche certe ed in equivoche, ma su dati del sapere umano opinabili o non consolidati». Ancora di recente, il Consiglio di Stato ha affermato che «Il giudice di primo grado ha affermato di non poter entrare nel merito della valutazione della commissione, il cui giudizio costituisce espressione di attività altamente discrezionale [...]». // Si tratta di una impostazione sui limiti del controllo giurisdizionale che non può essere condivisa in quanto tendente a integrare un sindacato meramente estrinseco [...]; al contrario, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che in base all'art. 1 cod. proc. amm. deve costituire la chiave interpretativa di tutte le disposizioni processuali, impone di adottare una tecnica di sindacato di tipo intrinseco, in cui il giudice amministrativo non si avvale solo delle massime di esperienza o rileva vizi macroscopici, ma di regole e conoscenze tecniche, appartenenti alla medesima scienza specialistica ed ai modelli applicati dall'amministrazione, eventualmente anche attraverso l'ausilio di un consulente» (così Sez. VII, 16 ottobre 2023, n. 9006). Muove dalle stesse premesse anche la sentenza, sempre relativa a concorsi universitari, della medesima Sez. VII, 7 agosto 2023, n. 7586, che tuttavia finisce per tradirle, laddove riconosce, nell'ordine: che non è prevista, né imposta, l'analitica previsione di punteggi da assegnare e separatamente indicare in relazione ai sub-criteri con un'apposita griglia; che attribuendo un punteggio numerico ai quattro criteri prescelti (pubblicazioni scientifiche; curriculum; attività didattica; attività assistenziale), la commissione ha reso evidente con sufficiente chiarezza i parametri di riferimento e l'iter motivazionale seguito nella valutazione concorsuale; che la valutazione dei titoli dei candidati, effettuata non titolo per titolo, ma complessivamente in relazione ai titoli ascrivibili ad una determinata categoria, non pone problemi di legittimità, poiché, attraverso i punteggi assegnati ai titoli dei candidati ascrivibili ad una medesima categoria, è possibile ricostruire l'iter logico - motivazionale seguito dalla commissione esaminatrice nella valutazione dei curricula dei candidati; che il rilievo critico dedotto dall'appellante appare inidoneo a comprovare un giudizio nel complesso abnorme o manifestamente illogico o irrazionale della commissione. Parole, queste ultime, che evocano chiaramente il più tradizionale sindacato sulla discrezionalità.

18 Cons. Stato, Sez. III, 18 novembre 2020, n. 7169.

sure svolte sul punto, né occorre [...] un voto in relazione ad ogni singolo criterio o sottocriterio»¹⁹.

È a tutti noto, poi, il granitico orientamento giurisprudenziale sulla sufficienza del voto numerico, laddove i criteri di valutazione siano stati adeguatamente predeterminati.

Ebbene, considerando unitariamente:

- la sostanziale insindacabilità dell'attività di predeterminazione dei criteri di valutazione;

- la sostanziale insindacabilità dell'attività di valutazione, che non può essere messa in discussione neppure con pareri *pro veritate* di autorevoli esponenti della materia specialistica oggetto della prova;

- l'idoneità del voto numerico ad integrare la motivazione del giudizio;

- la non obbligatorietà di attribuire sotto-punteggi per i singoli criteri;

non ci si può non domandare come possa un candidato tutelarsi efficacemente rispetto all'aver ricevuto (o, meglio, al ritenere di aver ricevuto) una valutazione erronea nell'ambito di una procedura concorsuale.

In effetti, la scarsa attitudine del giudice amministrativo ad esercitare un sindacato penetrante sugli atti delle procedure concorsuali, anche avvalendosi dei mezzi di prova appositamente previsti dal codice del processo amministrativo, determina un sostanziale vuoto di tutela, che consegna nelle mani dell'amministrazione datrice di lavoro una libertà d'azione prossima all'arbitrio. Una volta che siano state rispettate le (invero elementari) "formalità" tipiche di ogni procedura concorsuale (predeterminazione dei criteri e attribuzione di punteggi), il giudizio risulta intangibile, come se l'amministrazione fosse depo-

¹⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2021, n. 3955. La giurisprudenza ha peraltro chiarito che quando «la stessa commissione si è auto-vincolata prevedendo una griglia articolata di criteri di valutazione con un punteggio massimo assegnabile e con eventuali sottopunteggi, la stessa deve poi esplicitare le ragioni dell'assegnazione di quel determinato voto e indicare, ove previsti, i singoli voti assegnati per ciascuna sub-voce». E si è aggiunto che «se la commissione si limita ad indicare, accanto alla 'grande voce' un voto complessivo numerico il candidato non riesce a comprendere i motivi per i quali si è pervenuto a quel risultato» (così Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2219, ripreso da Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3199).

sitaria, in via esclusiva, delle regole che governano il sapere specialistico applicato nel valutare la prova²⁰.

Non è dunque azzardato affermare che il diritto al lavoro, nella sua declinazione di aspirazione ad essere assunto da parte della pubblica amministrazione in ragione dei propri meriti, riceva da parte del giudice amministrativo una tutela più apparente che reale. Il che si traduce, in ultima analisi, in un pregiudizio per il principio del buon andamento, nella misura in cui lo strumento del pubblico concorso finisce per offrire minori garanzie di riuscire effettivamente a selezionare i più capaci e meritevoli.

Non va taciuto, peraltro, che il principio del concorso pubblico ha rappresentato, nell'ambito del settore pubblico, il principale ostacolo all'affermazione del diritto alla stabilizzazione dei lavoratori precari. La conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, come conseguenza-sanzione di un abuso dello strumento del contratto a termine, è espressamente esclusa dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, e anche la giurisprudenza della Corte costituzionale ha avuto modo di affermare più volte che il principio dell'accesso per concorso ai pubblici impieghi giustifica che la sanzione per l'abuso del precariato, imposta dalla direttiva n. 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, sia rappresentata dal risarcimento del danno, anziché dalla stabilizzazione²¹. Ciò non esclude, tuttavia, che il legislatore possa prevedere

20 Emblematico è il caso dei questionari a risposta multipla, rispetto ai quali la giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato, anche di recente, che «sindacare la correttezza delle risposte significa sconfinare nel merito amministrativo, ambito precluso al giudice amministrativo, il quale non può sostituirsi ad una valutazione rientrante nelle competenze valutative specifiche degli organi dell'amministrazione a ciò preposti, e titolari della discrezionalità di decidere quale sia la risposta esatta ad un quiz formulato; ciò secondo la propria visione culturale, scientifica e professionale che ben può essere espressa in determinazioni legittime nei limiti, complessivi, dell'attendibilità obiettiva, nonché, quanto al parametro-limite logico "inferiore" di tale sfera di discrezionalità, della sua non manifesta infondatezza/travisamento rispetto ai presupposti fattuali assunti o della sua non evidente illogicità» (così Cons. Stato, Sez. VI, 29 marzo 2022, n. 2296, nonché Tar Lazio, Roma, Sez. IV-Ter, 13 settembre 2023, n. 13760).

21 Il riferimento è alla nota sentenza della Consulta 15 giugno 2016, n. 187, adottata dopo il primo rinvio effettuato dal Giudice delle leggi alla Corte di Giustizia dall'Unione Europea, da cui è scaturita la ancor più nota sentenza 26 novembre 2014, nelle cause riunite C-22/13, da C-

apposite misure volte a favorire il superamento del precariato, purché siano anch'esse rispettose del principio del pubblico concorso²². La tematica è vastissima e sarebbe impossibile darne esaurientemente conto in questa sede. È nondimeno interessante notare come, nel rapporto fra diritto al lavoro e principio del concorso pubblico – malgrado il carattere non assoluto di tale principio (l'art. 97, comma 4, si conclude con la clausola «salvo i casi stabiliti dalla legge») –, il secondo abbia sempre prevalso nelle interpretazioni del giudice nazionale²³, anche quando a farne le spese erano lavoratori mantenuti per anni in una

61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo*.

22 Per una sintetica, ma efficace, ricostruzione dell'annosa vicenda del precariato nel settore pubblico v. G. FONTANA, *La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, 2, 2018, 19 ss., il quale osserva come il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sulla legge delega da cui sarebbe scaturito l'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017, abbia «ravvisato nella finalità di prevenire il precariato perseguita dalla legge delega un'eccezionale esigenza di interesse pubblico, “anche in ragione della dimensione che ha assunto il precariato nella pubblica amministrazione”, così da “giustificare” la “deroga al principio costituzionale del concorso pubblico, purché il personale da stabilizzare sia stato all'epoca assunto, seppure a tempo determinato, mediante una procedura concorsuale”».

23 Nella sentenza 27 dicembre 2018, n. 248, la Corte costituzionale ha affermato che «se da una parte, non può che confermarsi l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato – secondo la pacifica giurisprudenza euronitaria e nazionale –, dall'altra sussiste una misura sanzionatoria adeguata, costituita dal risarcimento del danno nei termini precisati dalla Corte di cassazione». Per un condivisibile commento di questa pronuncia v., tra gli altri, F. ASTONE, *Lavoro pubblico a tempo determinato, divieto di conversione e risarcimento del danno: una querelle infinita, che celebra il cattivo funzionamento della Pubblica Amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1, 2019, 462 ss. Nella di poco precedente sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea aveva in realtà affermato il principio per cui, anche nel settore pubblico (si trattava delle fondazioni lirico-sinfoniche), l'abuso di una successione di contratti a tempo determinato merita di essere sanzionato con la stabilizzazione. Ciò anche in ragione della circostanza per cui «poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non consente in nessuna ipotesi, nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, essa può instaurare una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori, poiché questi ultimi, dopo la conversione del loro contratto di lavoro in caso di violazione delle norme relative alla conclusione di contratti a tempo determinato, possono diventare lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro». Questa innovativa applicazione orizzontale – cioè tra lavoratori precari di diversi settori (pubblico e privato) – del principio di non discriminazione di cui all'art. 4 dell'accordo quadro non è stata tuttavia confermata nelle successive pronunce in materia. Anzi, la Corte, nella sentenza della Sez. VI, 15 dicembre 2022, nelle cause riunite C-40/20 e C-173/20, è tornata ad affermare, a definizione del noto contenzioso che ha riguardato i ricercatori universitari “di tipo A”, che «per costante giurisprudenza, poiché il principio di non discriminazione è stato attuato e concretizzato dall'accordo quadro solo per quanto riguarda le differenze di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in situazioni comparabili, le eventuali differenze di tratta-

condizione di precarietà difficilmente conciliabile con il concetto di dignità della persona.

3. La tutela del diritto al lavoro al cospetto del potere disciplinare della pubblica amministrazione

Si passa ora ad esaminare il secondo aspetto, relativo al potere disciplinare dell'amministrazione datrice di lavoro. Come si atteggia, in questo caso, la tutela del lavoratore dinanzi al giudice amministrativo?

La maggior parte della casistica giurisprudenziale riguarda, per ovvie ragioni, l'ambito militare e delle forze di polizia. Non solo perché si tratta delle più numerose fra le categorie di lavoratori in regime di pubblico impiego non contrattualizzato, ma anche perché il codice di condotta dei militari è particolarmente rigoroso, e quindi sono più frequenti le ipotesi di illecito disciplinare.

Anche in questo caso, la giurisprudenza afferma che la valutazione della gravità della condotta addebitata costituisce espressione di ampia discrezionalità amministrativa, in via generale non sindacabile in sede di legittimità, salvo che nelle ipotesi di eccesso di potere nelle sue varie forme sintomatiche, quali la manifesta illogicità, la manifesta irragionevolezza, l'evidente sproporzionalità o il travisamento dei fatti²⁴.

mento tra determinate categorie di personale a tempo determinato non rientrano nell'ambito del principio di non discriminazione sancito da detto accordo quadro (sentenza del 13 gennaio 2022, MIUR e Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, C-282/19, EU:C:2022:3, punto 72 e giurisprudenza ivi citata)», con la conseguenza per cui «il fatto che taluni lavoratori a tempo determinato, come i ricercatori universitari, non possano beneficiare della stabilizzazione del loro impiego, mentre i ricercatori degli enti pubblici di ricerca che hanno stipulato un contratto a tempo determinato possano beneficiarne, costituisce una differenza di trattamento tra due categorie di lavoratori a tempo determinato». Questa sentenza è stata commentata da A.TROJSI, *La Corte di giustizia UE si pronuncia a favore della comparabilità tra ricercatori di ruolo e ricercatori a tempo determinato delle università*, in DRI, 1, 2023, 560 ss., ma si veda anche, per una più estesa disamina sulla disciplina dei docenti universitari, R. SANTUCCI, *La professionalità dei docenti universitari: le potenzialità oscurate*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3, 2023, 525 ss.

24 Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. II, 25 gennaio 2023, n. 873; Id., 17 giugno 2022, n. 4999. A. POZZI, *Il contenzioso lavoristico*, cit., par. 8, ha osservato in relazione alla disciplina militare che «È in applicazione del principio di specialità che gli istituti processuali classici del giudizio amministrativo, come l'eccesso di potere, vengono giustamente applicati con più restrittivi criteri di rigidità e severità. Ciò è avvenuto in tutti i casi di militari, per lo più dei Carabinieri o della GdF, nei confronti dei quali si è accertata – di solito a seguito di incidenti stradali – l'assunzione di alcool o stupefacenti e conseguentemente disposta la perdita del grado per rimozione. In questi casi, il generale principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, ed il

Dall'analisi della giurisprudenza, tuttavia, si ricava l'impressione che alle enunciazioni di principio non corrisponda un atteggiamento realmente conseguente da parte dello stesso giudice amministrativo. Questo perché il giudizio di proporzionalità lambisce, per sua stessa natura, il merito amministrativo, e quindi accade non di rado, soprattutto quando la sanzione disciplinare sia quella espulsiva, che il giudice amministrativo la annulli per eccesso di potere, ritenendola sproporzionata. È accaduto anche di recente rispetto ad un appartenente alla Guardia di Finanza, che era stato sorpreso nell'atto di consumare una sostanza stupefacente del tipo *cannabis*. Il Consiglio di Stato ha affermato, con sentenza adottata in forma semplificata²⁵, che, trattandosi della più grave delle sanzioni di stato previste dall'ordinamento militare, «la perdita del grado per rimozione non può, in particolare, che conseguire a una valutazione in termini di particolare gravità del comportamento disciplinarmente rilevante», la quale «presuppone, a sua volta, un'istruttoria completa e una ponderata valutazione di tutte le circostanze del caso concreto per riscontrarvi effettivamente i massimi livelli di disvalore del comportamento del militare e la sua incompatibilità con la permanenza nel Corpo».

In queste ipotesi, poiché il bene della vita che forma oggetto del giudizio è la conservazione del posto di lavoro, la giurisprudenza presta maggiore attenzione al contenuto della decisione assunta dall'amministrazione. Il diritto al lavoro, legandosi ad una posizione specifica che fa già parte del patrimonio giuridico dell'interessato, e venendo dunque in considerazione nella sua dimensione oppositiva (*rectius*: di interesse legittimo oppositivo), fa avvertire il suo “peso” nel rapporto dialettico con il potere, più di quanto non riesca a fare, come si è visto nel paragrafo precedente, nella sua dimensione “pretensiva”.

suo corollario in campo disciplinare rappresentato dal c.d. gradualismo sanzionatorio non sono stati ritenuti idonei a consentire al giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'autorità disciplinare, che possono essere sindacate esclusivamente ab externo, qualora trasmodino nell'abnormità».

²⁵ Cons. Stato, Sez. II, 21 settembre 2023, n. 8453.

Più delicati sono invece i casi in cui l'amministrazione non adotta provvedimenti propriamente disciplinari, ma che comunque incidono in senso latamente afflittivo nella sfera giuridica del dipendente: è il caso, ad esempio, della sospensione precauzionale dal servizio, collegata ad un procedimento disciplinare e/o penale attuale o futuro, che però potrebbe anche concludersi con una archiviazione o con una assoluzione; ed è il caso, ancora, del trasferimento per incompatibilità ambientale.

In questi casi, difettando un giudizio di riprovevolezza della condotta del militare, non solo non operano le garanzie tipiche del procedimento disciplinare a livello procedimentale, ma la giurisprudenza sembra adottare un atteggiamento di maggiore deferenza verso l'amministrazione. Quando non si tratti di "punire" direttamente un comportamento del lavoratore, ma di tutelare il prestigio e il buon funzionamento dell'amministrazione, l'interesse del dipendente viene percepito come inevitabilmente recessivo, talvolta fino al punto di degradare ad interesse di mero fatto²⁶.

Così, con riferimento alla sospensione precauzionale dal servizio, l'orientamento della giurisprudenza è univoco nel senso di escludere la necessità di una motivazione che vada oltre l'esternazione del pregiudizio che subirebbe l'amministrazione dalla permanenza in servizio del dipendente, trattandosi di esercitare un potere ampiamente discrezionale che, ove fondato sul presupposto della gravità e della rilevanza delle circostanze emerse nel corso delle indagini penali, intercetta valutazioni di merito riservate all'amministrazione ed insindacabili da parte del giudice amministrativo²⁷.

²⁶ Cfr., *infra*, nota n. 28.

²⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 8 ottobre 2020, n. 5974, che contiene un'ampia ricognizione dei principi elaborati dalla giurisprudenza in relazione all'istituto della sospensione precauzionale dal servizio, a partire dalla constatazione per cui «Quanto ai presupposti per l'adozione della misura di che trattasi, il carattere "precauzionale", ovvero "cautelare", nella stessa rinvenibile, esclude la ravvisabilità di una valenza disciplinare o sanzionatoria, in quanto prescinde da qualsiasi accertamento in ordine alla responsabilità dell'inquisito e non implica, quindi, alcuna valutazione, neppure approssimativa e provvisoria, circa la colpevolezza dell'interessato, non arrelando pregiudizio all'integrale reintegrazione del dipendente nelle funzioni e negli assegni non percepiti».

Con riferimento al trasferimento per incompatibilità ambientale, si afferma, analogamente, che l'amministrazione gode di un'ampia discrezionalità in ordine alla valutazione delle ragioni di opportunità che giustificano tale tipologia di trasferimenti, i quali non necessitano nemmeno di una particolare motivazione, dal momento che l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio è prevalente sugli altri eventuali interessi del dipendente²⁸.

Questa impostazione, sia pure in parte giustificata dalla delicatezza dei compiti assegnati alle amministrazioni alle quali trova principale applicazione, amplifica, tuttavia, il rischio dello sviamento. Questo perché si dà la possibilità all'amministrazione datrice di lavoro di sanzionare surrettiziamente il dipendente con un provvedimento che, di fatto, lo danneggia ed è da lui percepito alla stessa stregua di una punizione, pur non essendo considerato tale dal punto di vista "oggettivo". La lesione che ne deriva per il diritto al lavoro, però, è analoga: poco importa che la sospensione dal servizio sia precauzionale o che sia sanzionatoria, se la conseguenza che ne discende per il lavoratore è che egli smette comunque di lavorare e di percepire la corrispondente retribuzione.

Sarebbe dunque auspicabile che la giurisprudenza acquisisse maggiore consapevolezza di questo dato, adottando anche rispetto a provvedimenti non disciplinari, ma comunque fortemente invasivi della sfera giuridica del dipendente, un approccio più incline alla valorizzazione del rapporto tra il fine perseguito e la misura del potere esercitato (che è appunto il senso del principio di

28 Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 24 luglio 2023, n. 7197, che prosegue osservando che il trasferimento per incompatibilità ambientale, essendo riconducibile alla categoria degli ordini, non presuppone né una valutazione comparativa da parte dell'amministrazione circa le esigenze organizzative dei propri uffici, né l'esplicitazione dei criteri con cui sono stati determinati i limiti geografici della incompatibilità ai fini della selezione della sede più opportuna e comunque le modalità di individuazione della nuova dislocazione del proprio dipendente. La scelta dell'amministrazione non può essere neppure condizionata dalle situazioni personali e familiari del dipendente, che sono recessive dinanzi all'interesse pubblico alla tutela del buon funzionamento degli uffici e del prestigio dell'amministrazione. E ancora che «l'interesse del dipendente a prestare servizio in una determinata sede assume, di norma, una rilevanza di mero fatto e non necessita né di particolare motivazione, né di comunicazione di avvio del procedimento e della partecipazione al procedimento dell'interessato».

proporzionalità), senza riconoscere all'amministrazione eccessivi margini di insindacabilità delle proprie valutazioni²⁹.

4. Le prestazioni previdenziali connesse allo status di lavoratore pubblico: il caso dell'equo indennizzo e della pensione privilegiata per riconoscimento della causa di servizio

Veniamo, da ultimo, al tema delle prestazioni sociali connesse allo *status* di lavoratore.

È interessante esaminare, in particolare, la problematica relativa al riconoscimento della c.d. causa di servizio in presenza di patologie che il dipendente assuma come eziologicamente connesse alle mansioni espletate.

Le conseguenze che si riconnettono alla sussistenza della causa di servizio sono due: l'erogazione dell'equo indennizzo e la pensione privilegiata.

²⁹ Nella recente sentenza Cons. Stato, Sez. II, 3 novembre 2023, n. 9546, si legge che «Non ci sono poi elementi per ritenere che l'Amministrazione abbia sviato dal proprio potere tipico, irrogando una sanzione disciplinare surrettizia, non avendo in alcun modo la stessa fatto riferimento a condotte già commesse o accertate, ma anzi avendo dato espresso conto, nel provvedimento di sospensione, di «ipotesi accusatorie» che, «qualora dovessero trovare conferma in sede dibattimentale potrebbero comportare la pena accessoria della rimozione», quindi senza alcuna valutazione in termini di colpevolezza o di presunzione della stessa». Sennonché, nel provvedimento di sospensione cautelare era testualmente scritto: «la condotta ascritta al Sovrintendente risulta connotata da estrema gravità»; «con tali esecrabili condotte ha arrecato grave nocumento all'immagine ed al prestigio del Corpo dinanzi agli Organi Giudiziari»; «spiccata pericolosità sociale del militare»; «la permanenza del V.B. [...] nel Corpo, determinerebbe elevatissime criticità sotto il profilo dell'impiego non possedendo, lo stesso, sufficienti requisiti di carattere morale per svolgere qualsiasi incarico». Si tratta di affermazioni che, evidentemente, poco o nulla concedono al dubbio sulla colpevolezza del militare, ma che comunque non hanno impedito all'amministrazione di differire il procedimento disciplinare alla conclusione del procedimento penale, sospendendolo nelle more dal servizio, per la durata massima di cinque anni, a titolo precauzionale. La giurisprudenza amministrativa sembra rifiutare anche l'idea che la sospensione precauzionale dal servizio debba fondarsi su una prognosi in concreto di quello che potrebbe essere l'esito del giudizio penale. Si afferma infatti che «Non rileva neppure l'eventuale pena in concreto, che avrebbe potuto essere irrogata alla conclusione del processo penale, in quanto ai fini dell'adozione della misura della sospensione precauzionale è sufficiente che da una eventuale condanna possa derivare in astratto la perdita del grado, essendo stato richiesto il rinvio a giudizio per reati che possono astrattamente comportare l'applicazione della pena accessoria della interdizione temporanea dai pubblici uffici senza alcuna valutazione della pena irrogata o irrogabile in concreto (Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2017 n. 559; IV, 6 novembre 2017, n. 5115); né, quindi, può rilevare la possibilità del beneficio della sospensione condizionale (cfr. Cons. Stato Sez. VI, 26 aprile 2023, n. 4182)»: così la medesima sentenza n. 9546 del 2023.

Sulla domanda di riconoscimento della causa di servizio si pronuncia, dapprima, la commissione medica ospedaliera, che deve accertare la sussistenza delle patologie lamentate, e poi il comitato di verifica per le cause di servizio, al quale compete l'accertamento del nesso di causalità tra la patologia riscontrata e le mansioni svolte dal dipendente.

Dal punto di vista delle tecniche di tutela, la fattispecie è interessante perché, rientrando nella giurisdizione del giudice amministrativo la domanda di equo indennizzo, e nella giurisdizione del giudice contabile la domanda di riconoscimento della pensione privilegiata³⁰, è agevole confrontare il *modus operandi* dei due giudici. Anche perché le due provvidenze dipendono esattamente dal medesimo presupposto, vale a dire la sussistenza della causa di servizio in relazione ad una o a più patologie sviluppate dal lavoratore.

La giurisprudenza amministrativa è assolutamente pacifica e costante nel ritenere che il giudizio espresso dal comitato di verifica per le cause di servizio costituisca espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile in sede giurisdizionale solo per assenza di motivazione, travisamento dei fatti, illogicità manifesta e violazione delle regole procedurali³¹. La valutazione conclusiva sul nesso eziologico tra l'attività lavorativa svolta e l'infermità sofferta dal pubblico dipendente, basata su cognizioni di scienza medico-specialistica e medico-legale, «non è sindacabile nel merito in sede giurisdizionale, a meno che non emergano vizi del procedimento o vizi di manifesta irragionevolezza della motivazione per l'inattendibilità metodologica delle conclusioni, ovvero per il travisamento

30 A. POZZI, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva tra principi costituzionali e effettività di tutela*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3-4, 2007, par. 3.1, critica «il mantenimento della giurisdizione esclusiva (tale da sempre qualificata in giurisprudenza) in materia tributaria e pensionistica alla Corte dei Conti, tenuto, tra l'altro, conto che la giurisdizione sulle pensioni non è costituzionalizzata, che mentre si è omogeneizzato il regime processuale per tutti i dipendenti, pubblici e privati per quanto riguarda il rapporto di lavoro e le indennità di fine rapporto «comunque denominate» (art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165), si è mantenuta una distinzione tra le due grandi categorie per quanto concerne il consequenziale rapporto pensionistico; che avere mantenuto una speciale giurisdizione pensionistica per tutto il personale pubblico, privatizzato e non, significa avere contraddetto alle finalità di semplificazione, concentrazione e maggior tutela perseguite dalla riforma».

31 Cons. Stato, sez. II, 22 luglio 2022 n. 6456; Id., 21 aprile 2021, n. 3222; Id., 18 giugno 2021, n. 4702.

dei fatti o, ancora, per la mancata considerazione di circostanze di fatto tali da poter incidere sulla valutazione finale, senza che in ogni caso tale sindacato possa estendersi al merito delle valutazioni medico-legali dell'amministrazione»³². In questo contesto, il giudice amministrativo può compiere soltanto «una valutazione esterna di congruità e sufficienza del giudizio di non dipendenza, vale a dire sulla mera esistenza di un collegamento logico tra gli elementi accertati e le conclusioni che da essi si ritiene di trarre, mentre l'accertamento del nesso di causalità tra la patologia insorta ed i fatti di servizio, che sostanzia il giudizio sulla dipendenza o meno dal servizio, costituisce tipicamente esercizio di attività di merito tecnico riservato all'organo medico»³³.

Corollario di questa impostazione è che i pareri medico-legali di parte volti a dimostrare la sussistenza del nesso eziologico vengono normalmente liquidati come irrilevanti, nella misura in cui si risolvono nel contrapporre la diversa tesi del ricorrente a quella – per definizione prevalente – dell'amministrazione.

Anche nei rari casi in cui il giudice amministrativo accoglie i ricorsi, non si pronuncia sulla spettanza del bene della vita, ma nel senso di rimetterne all'amministrazione la (ri)valutazione alla luce dell'effetto conformativo della sentenza, secondo lo schema classico del processo demolitorio avente ad oggetto interessi legittimi pretensivi fronteggianti un'attività latamente discrezionale.

Per contro, la Corte dei conti, quando è chiamata a pronunciarsi sulle istanze, rigettate in sede amministrativa, di pensione privilegiata, adotta un approccio completamente diverso. Non muove dall'apriorismo che la valutazione del comitato di verifica delle cause di servizio sia “superiore” alle valutazioni medico-legali allegate dal ricorrente. Si avvale frequentemente dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio e si conforma all'esito di questa, anche quan-

32 Cons. Stato, Sez. II, 5 gennaio 2023, n. 196.

33 *Ibidem*. V. anche Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1454; Id., 8 giugno 2009, n. 3500; Id. 9 marzo 2017, n. 1435 e 27 giugno 2017, n. 5357; Sez. II, 28 maggio 2021, n. 4136.

do è di segno opposto rispetto dalla valutazione espressa dall'amministrazione³⁴.

Emblematico è il caso della sentenza n. 88 del 2022 della Sezione giurisdizionale Abruzzo della Corte dei conti, che ha accolto il ricorso di un ex dipendente pubblico finalizzato ad ottenere la pensione privilegiata, dopo che il Tar Lazio, Sez. I Stralcio, nella sentenza n. 3871 del 2021, aveva respinto il ricorso proposto dallo stesso soggetto per ottenere la concessione dell'equo indennizzo, per la medesima patologia sviluppata in conseguenza della medesima causa di servizio.

La consulenza di parte del ricorrente era stata liquidata dal Tar con le seguenti testuali parole: «Né in senso contrario può dirsi determinante il contenuto dell'elaborato peritale depositato in giudizio che non proviene da una struttura pubblica ma esprime considerazioni medico-legali di un perito di parte che non sono idonee ad inficiare le argomentazioni del comitato», e l'istanza di espletamento della c.t.u. non era stata neppure presa in considerazione.

La Corte dei conti, per contro, ha accolto la richiesta di espletamento della c.t.u. e, all'esito di quest'ultima, ha riformato il giudizio del comitato di verifica.

Se ne ricava che, mentre il sindacato esercitato dal giudice contabile si caratterizza per un accesso pieno al fatto, mediante l'ausilio di una consulenza tecnica d'ufficio assistita dalle garanzie della terzietà e della imparzialità, viceversa il sindacato esercitato dal giudice amministrativo è meramente "estrinseco", come se fosse espressione del merito amministrativo, anziché della discrezionalità tecnica, l'accertamento relativo alla sussistenza del nesso eziologico tra l'insorgere di una determinata patologia e le mansioni svolte dal lavoratore durante il servizio.

34 Cfr., *ex multis*, Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Siciliana, 9 novembre 2020, n. 607; Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Umbria, 16 giugno 2015, n. 66/M/15; Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Campania, 3 maggio 2022, n. 635; Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Sardegna, 6 marzo 2015, n. 38; Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Friuli-Venezia Giulia, 7 aprile 2022, n. 18.

5. Considerazioni finali

Se lo scopo di questa analisi era verificare quale fosse la tecnica di tutela del diritto al lavoro applicata dal giudice amministrativo, la conclusione che se ne trae è che si tratta della tecnica di tutela tipica del processo amministrativo tradizionale, avente ad oggetto interessi legittimi. Anzi, verrebbe da dire che alcuni dei più significativi progressi che la giustizia amministrativa ha conosciuto sul piano della effettività della tutela, essenzialmente in termini di accesso pieno al fatto, di sindacabilità della discrezionalità tecnica e di giudizio sul rapporto, abbiano riguardato in modo molto limitato l'ambito delle controversie *latu sensu* "lavoristiche".

La primaria rilevanza costituzionale del diritto al lavoro, specialmente nella sua dimensione pretensiva, non riesce a vincere le resistenze di un'impostazione anacronistica che assimila ancora la discrezionalità tecnica a quella amministrativa e che mostra ritrosia ad accedere direttamente al fatto, utilizzando i mezzi istruttori a disposizione (c.t.u. e verifica)³⁵. E questo produce sostanziale ineffettività della tutela giurisdizionale del diritto al lavoro.

Quanto sin qui osservato, sia chiaro, non riguarda soltanto la tutela del diritto al lavoro da parte del giudice amministrativo, perché analoghe considerazioni possono ben svolgersi anche rispetto alle controversie di lavoro pubblico appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario, almeno per quanto concerne gli incarichi dirigenziali e i concorsi interni³⁶. È opinione comune, al riguardo, che la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico e la devoluzione delle

³⁵ Si condivide quanto osservato da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, 428, e cioè che «Del tutto paradossalmente — mentre con riguardo alle valutazioni di commissioni mediche o di concorso il giudice esclude la possibilità di entrare nella logica "interna" dei saperi specialistici che sottintendono la decisione — con riguardo a procedimenti assai complessi, fortemente partecipati e guidati da amministrazioni altamente specializzate sul piano tecnico, il giudice amministrativo è giunto ad affermare l'esigenza di effettuare un controllo "con gli occhi dell'esperto", ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'autorità, al fine di "falsificare" la scelta del modello scientifico adottato dall'autorità e verificare la stessa "correttezza del modello economico"». L'Autore effettua una interessante ricognizione in chiave critica degli ambiti di "deferenza" del sindacato sulla discrezionalità amministrativa tra merito, politica e tecnica, ricomprendendovi anche l'ambito dei concorsi e, più in generale, delle procedure comparative, nei quali «Frequente è il riferimento ad un "merito" riservato alla p.a.».

relative controversie alla giurisdizione ordinaria abbiano determinato una complessiva riduzione della tutela delle situazioni soggettive di natura “pretensiva” dei lavoratori, essenzialmente in ragione della difficile adattabilità alle dinamiche tipiche dell’organizzazione amministrativa delle logiche che riguardano, invece, la sfera del lavoro privato.

Così, in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, il sindacato del giudice ordinario, da un lato, non differisce strutturalmente da quello di legittimità del giudice amministrativo; dall’altro, poiché è sprovvisto del bagaglio “culturale” formatosi intorno al vizio dell’eccesso di potere, risulta ancora meno idoneo a raggiungere il “cuore” della decisione datoriale, specialmente quando essa si trincerò dietro lo schermo della fiduciarità³⁷.

Va poi considerato che la violazione delle regole di correttezza e buona fede – che già di per sé «rappresentano strumenti alquanto rozzi per indagare la discrezionalità amministrativa»³⁸ – viene sovente ricondotta dal giudice del la-

36 Diversamente, in materia disciplinare, la devoluzione al giudice ordinario delle controversie lavoristiche dei dipendenti pubblici privatizzati ha determinato un rovesciamento dell’approccio seguito dal giudice amministrativo, fondato, come si è visto, sul riconoscimento di un ampio margine di valutazione all’amministrazione datrice di lavoro in ordine all’individuazione, alla qualificazione e all’apprezzamento della gravità delle condotte rilevanti: cfr., in questo senso, la condivisibile analisi di B. CIMINO, *Il giudice del lavoro che «rema contro»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, par. 2, secondo cui «il giudice [ordinario] non incontra alcun limite nel sovrapporre e sostituire la propria valutazione a quella dell’amministrazione, adottando decisioni di annullamento delle sanzioni irrogate. Si è già visto in precedenza, poi, come i giudici ordinari abbiano adottato un approccio spesso formalistico in ordine al rilievo delle disposizioni su termini e competenze del procedimento disciplinare, che si è spesso risolto in provvedimenti di favore per dipendenti anche gravemente colpevoli».

37 Sulle implicazioni della logica “fiduciaria” nella scelta dei dirigenti si sofferma, con pertinenti considerazioni, A.L. TARASCO, *Giurisdizione e merito(crazia) nell’accesso alla dirigenza statale*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, 402 ss., il quale sottopone a critica la “debolezza” del sindacato che il giudice ordinario è solito esercitare sugli incarichi dirigenziali conferiti dalla pubblica amministrazione, nonché la decisione della Corte di cassazione di attribuire alla giurisdizione del g.o. anche le procedure comparative per la nomina dei direttori museali, disciplinata dall’art. 14, comma 2-bis, del d.l. n. 83 del 2014. In argomento, v. anche, fra gli altri, M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2019, 489 ss.

38 B. CIMINO, *op. cit.*, par. 3. Di contrario avviso A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell’amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, 234, la quale si sofferma ampiamente sull’uso che il giudice ordinario fa del principio della buona fede in sede di sindacato sull’esercizio dei poteri datoriali dell’amministrazione, osservando come tale principio possa fungere da veicolo per l’ingresso nel giudizio ordinario di alcuni principi tipici del pubblico potere (imparzialità e buon andamento). L’Autrice conclude peraltro nel senso che «L’impiego dei principi pubblicistici come riferimenti utili a ricostruire il comportamen-

voro, nella logica che contrappone le regole di validità alle regole di condotta, a queste seconde, con la conseguenza per cui viene ritenuto «incompatibile coi principi generali del diritto privato che l'atto negoziale di attribuzione ad un dipendente di un incarico dirigenziale possa risultare “invalidato” o “caducato”, ossia nullo o annullabile, sol perché, in un ambito comunque discrezionale ancorché regolato, il datore sia incorso in violazione dei canoni di correttezza e buona fede nei confronti di un concorrente, per di più per violazione di un obbligo motivazionale non espressamente prescritto dalla legge»³⁹.

Più in generale, la giurisprudenza della Corte di Cassazione evoca costantemente, tutte le volte in cui l'amministrazione datrice di lavoro sia chiamata a compiere valutazioni discrezionali, la figura dell'interesse legittimo di diritto privato, specificando che sarebbe pur sempre «riconducibile, quanto alla tutela giudiziaria, nella più ampia categoria dei “diritti” di cui all'art. 2907 cod. civ.»⁴⁰.

In definitiva, e al di là delle “etichette”, si può tranquillamente affermare che il diritto fondamentale al lavoro venga tutelato, sia dinanzi al giudice amministrativo che dinanzi al giudice ordinario, secondo le modalità tipiche dell'inte-

to che ragionevolmente ci si può attendere da parte dell'amministrazione datore di lavoro fa sì che imparzialità e buon andamento, quando sono impiegati dal giudice ordinario per il tramite della buona fede, non esprimano più il “dover essere” del potere, come siamo abituati a constatare nel diritto pubblico, ma traccino le linee del suo particolare “modo di essere”, in quanto potere privato esercitato da una pubblica amministrazione. La differenza è che per il giudice ordinario siffatti principi non guidano l'utilizzazione del potere, ma lo delimitano, indicando un confine oltre il quale non può spingersi, dal momento che rappresenta la frontiera del diritto altrui».

39 Trib. ord. Roma, Sez. III Lav., 15 ottobre 2020. Questa pronuncia è interessante perché, nel rifarsi agli approdi della giurisprudenza di legittimità, osserva che «Se, come si ritiene, tali principi restano validi, non appare ammissibile aggirarli, come talvolta ha in realtà fatto anche la S.C., argomentando dall'istituto del risarcimento in forma specifica per affermare che il giudice possa/debba ordinare la ripetizione del procedimento di selezione». Sul punto, si registrano comunque delle incertezze. Si consideri, infatti, quanto è dato leggere, ad esempio, in Cass. civ., Sez. lavoro, ord., 11 ottobre 2017, n. 23870: «la Corte territoriale, correttamente ha ritenuto di non poter attribuire l'incarico al ricorrente, ma erroneamente ha escluso che, qualora oggetto della domanda introduttiva del giudizio, fosse la pretesa all'accertamento della mancanza di una valutazione comparativa tra gli aspiranti ostesa mediante la motivazione, non conseguisse l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere alla valutazione in questione; 2.3. che la ritenuta illegittimità dell'atto adottato implica l'esercizio di una nuova valutazione, pur sempre rimessa al datore di lavoro, al quale non può sostituirsi il giudice, salvo che non si tratti, e non è il caso di specie, di attività vincolata e non discrezionale».

40 Così, ad esempio, Cass. civ., Sez. lavoro, 22 febbraio 2017, n. 4621.

resse legittimo che fronteggia un'attività discrezionale. Il che appare del tutto fisiologico, beninteso, perché l'amministrazione datrice di lavoro esercita comunque un "potere". È invece patologica la riluttanza che sia il giudice amministrativo che il giudice ordinario mostrano nel sindacare in modo pieno ed effettivo l'esercizio della discrezionalità datoriale, pur avendo a disposizione tutti gli strumenti per farlo⁴¹.

In questo senso, non è esagerato affermare che, nella prassi, sebbene non siano mancate pronunce della Corte costituzionale che, nell'ottica del bilanciamento, lo abbiano posto sullo stesso piano del diritto alla salute⁴², il diritto al lavoro venga percepito come un diritto fondamentale "minore"⁴³. Occorrerebbe

41 Si condivide quanto osservato, in linea generale, da L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *Persona e PA*, 2, 2018, 260 s., e cioè che il problema della piena giurisdizione è un problema innanzitutto culturale, anche legato ad una concezione del potere che non si è ancora compiutamente affermata nel senso della sua funzionalizzazione «al godimento pieno ed uguale di quei diritti e libertà che lo pongono e che, stabilmente, si trattengono nella sovranità». D'altra parte, osserva l'Autore, poiché il diritto europeo sembra affermare la separazione dei poteri come regola cedevole rispetto a quella della pienezza della tutela, «il sindacato del giudice si deve estendere fin dove sia necessario perché il bene della vita sia assicurato alla persona». Ciò, peraltro, nella consapevolezza che, come osservato da B. GILIBERTI, *Λέγειν nel processo amministrativo tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo*, in *Persona e PA*, 1, 2017, 291, «il sindacato sostitutivo può essere pieno in quanto giuridico ma non va inteso quale forma di sostituzione dei gradimenti del giudice a quelli dell'amministrazione». A cura dello stesso Autore v. anche *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, Giapeto, 2019.

42 Il riferimento non può che essere alla nota sentenza "Ilva", cioè la n. 85 del 2013, nella quale si legge che «La ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. // 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. // Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona». Sulle implicazioni di questa pronuncia sulla nota teoria dei diritti indegradabili si rinvia a F. DINELLI, *Il riparto di giurisdizione e la teoria dei diritti indegradabili*, in S. Del Gatto, F. Dinelli, G. Fares, G. Mari e M. Sinisi, *Problematiche del riparto di giurisdizione*, cit., p. 63 ss.

43 Si utilizza questo termine nella consapevolezza che anche il diritto soggettivo, come ogni altra situazione giuridica soggettiva, vive di relazioni con altre situazioni giuridiche soggettive,

indagare le ragioni di questa “percezione”, ma, trattandosi di indagine più sociologica che giuridica, trascenderebbe sia le finalità di questo intervento, sia le competenze del suo autore.

anche attive, e che pertanto l'effettivo grado di tutela dello stesso dipende dalle interferenze che si generano. Non necessariamente, pertanto, diritto soggettivo significa, secondo un'impostazione ormai superata, incondizionatezza della tutela offerta dall'ordinamento. Sul punto, non può che rinviarsi alle considerazioni di G. ROSSI sul carattere relazionale delle situazioni soggettive, sviluppate in *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2020, 454 ss.

RICCARDO URSI

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Palermo
riccardo.ursi@unipa.it

SICUREZZA E DIFESA NEL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

SECURITY AND DEFENSE IN ADMINISTRATIVE JUDGE'S REVIEW

SINTESI

Lo scritto evidenzia le peculiarità del sindacato giurisdizionale nelle materie della difesa e della sicurezza allorquando l'esercizio del potere amministrativo determina la compressione di diritti fondamentali. In particolare, prendendo ad oggetto di analisi il tema della disciplina militare e delle misure di prevenzione amministrative, si evidenzia come nella prassi giurisprudenziale si registri un *self-restraint* del giudice amministrativo, il quale, nel bilanciamento tra interessi pubblici e libertà individuali, tende a riconoscere in queste materie un'ampia discrezionalità all'amministrazione.

ABSTRACT

The paper highlights the specificities of judicial review in the matters of public security and military defense when the exercise of administrative power results in the compression of fundamental rights. In particular, taking as its object of analysis the subject of military discipline and administrative preventive measures, it shows how in jurisprudential practice there is a self-restraint of the administrative judge in which in the balancing of public interests and individual freedoms tends to recognize in these matters a broad to the administration.

PAROLE CHIAVE: Sicurezza pubblica – Ordinamento militare – Sindacato giurisdizionale

KEYWORDS: Public Security – Military Discipline – Judicial Review

INDICE: 1. Una "enclave" ottocentesca nel sistema di giustizia amministrativa. – 2. La disciplina militare. – 3. Le misure di prevenzione amministrative. – 4. Conclusioni.

1. Una “enclave” ottocentesca nel sistema di giustizia amministrativa

Il tema che mi è stato assegnato riguarda i rapporti tra l'esercizio dei c.d. compiti di conservazione e la tutela dei diritti fondamentali. Come diceva Zanobini si tratta di compiti che rappresentano il primo e fondamentale fine essenziale dello Stato: il nocciolo duro ed originario del potere amministrativo, quello indirizzato a tutelare l'interesse dello Stato da turbative esterne ed interne indirizzate a minacciare la propria integrità territoriale, la propria indipendenza e quindi la sua stessa sopravvivenza, ovvero finalizzato a garantire una situazione di ordinata e pacifica convivenza della comunità funzionale allo scopo di permettere ai singoli di agire in esso per la manifestazione della propria individualità e per il soddisfacimento dei propri interessi¹. Pertanto, si tratta di una funzione amministrativa il cui fondamento va rinvenuto nell'esistenza stessa dello Stato e dei suoi poteri ed in cui la tensione tra l'esercizio di questi e l'ambito delle libertà riconosciute agli individui coinvolge inevitabilmente non solo il principio stesso di legittimazione del potere amministrativo ma anche l'esatto dimensionamento delle relazioni tra individuo, la sua sfera giuridica di interessi, e la comunità nella sua dimensione istituzionale².

La conservazione, per il suo connotato immanente, rinvia ad un concetto ancestrale di preminenza dell'interesse pubblico colto nella sua valenza di primazia e, per certi versi, a-relazionalità che era il tratto caratterizzante dello stato liberale ottocentesco. Un interesse pubblico che si consustanzia in un potere fortemente invasivo e conformante, fondato sul monopolio della forza, destinato a tutelare l'esistenza stessa della comunità. Concetto che riporta ad una lettura tradizionale e formale del principio di legalità e del sistema di garanzie dello stato di diritto come catalizzatore del rapporto tra autorità e libertà.

Tale assunto appare quanto mai significativo perché i rapporti tra libertà individuale e sicurezza collettiva rivelano, da una parte, la natura relativa delle libertà costituzionali garantite dalla Carta del 1948 e, dall'altra, la configurazione

¹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, III ed., 1959, 15 ss.

² A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, XVI ed., 1984, 947 ss.

in termini oggettivi e funzionali della sicurezza. In questa prospettiva il sistema del controllo della legalità amministrativa, il sindacato sull'uso discrezionale del potere in questo ambito testa la tenuta delle garanzie costituzionali dell'individuo. L'effettività del sistema di giustizia amministrativa può e deve testarsi proprio in relazione alla sua capacità di definire un equilibrio tra compiti di conservazione della comunità e diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento, senza una pregiudiziale primazia dei primi rispetto ai secondi.

In proposito, nella prassi giurisprudenziale generale si registra un evidente *self restraint* del giudice amministrativo che in questi settori, anche per ragioni sistematiche, riconosce uno spazio sostanzialmente riservato e tendenzialmente insindacabile del potere amministrativo: quasi che nel quadro costituzionale ci sia in fondo una "enclave" ottocentesca dominata dalla prevalenza dell'interesse pubblico "a prescindere", confinando la tutela degli interessi contrapposti negli spazi tradizionali della legalità formale.

Tale autolimitazione del giudice amministrativo si è manifestata in maniera più eclatante in due diversi temi in cui maggiormente si rivelano le tensioni tra sicurezza e difesa da una parte e libertà costituzionalmente garantite dall'altra: la disciplina militare, le misure di prevenzione amministrative.

2. La disciplina militare

L'art. 52 cost. al III comma afferma che l'ordinamento militare si informa allo spirito democratico della Repubblica rivelando innanzitutto come diceva Vittorio Bachelet il principio «della piena soggezione dell'ordinamento militare all'ordinamento statale»³.

Tale affermazione non ha trovato immediato riscontro, né nel diritto positivo, né nella prassi giurisprudenziale, ed ha, altresì, tardato ad essere inequivocabilmente sposata dalla dottrina, la quale, invece, almeno fino agli anni Sessanta, è rimasta legata ad un confronto con le tesi romaniane sull'ordinamento interno, oppure ancorata alla teoria dei rapporti di supremazia speciale.

3 V. BACHELET, *Disciplina militare ed ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, 324.

Secondo Bachelet, «la nostra costituzione non consente che la disciplina dei “cittadini in divisa”, quali sono indubbiamente i militari, possa considerarsi irrilevante per l’ordinamento dello Stato e tanto meno svolgersi in modo con esso contrastante». In questo senso, l’art. 52, comma III, Cost., con il suo richiamo allo spirito democratico dell’ordinamento militare, da un lato, impone una necessaria coerenza tra disciplina militare e principi fondamentali della Costituzione, dall’altro, «ribadisce che il militare non cessa mai di essere uomo e cittadino» e «le deroghe che al godimento di determinati diritti il legislatore può apportare disciplinando il servizio militare o l’organizzazione delle Forze armate, non costituiscono un ordinamento separato, non li sottraggono all’impero e alla garanzia ultima dell’ordinamento statale (...) e non possono fondarsi su prerogative sovrane di organi dell’ordinamento militare»⁴.

La prassi giurisdizionale è pressoché incentrata sull’aspetto formale del rispetto delle procedure previste dai regolamenti di disciplina, esclusivamente per gli ufficiali ed i sottufficiali, nonché risulta contraddistinta da un perimetro di sindacato circoscritto alle sole sanzioni di stato e fondato, in un’ottica di supremazia speciale, sul riconoscimento della portata cogente, e prevalente, delle regole dell’onore militare. Anche allorché si svolga all’interno di un rapporto professionale e volontario, il servizio militare si caratterizza in termini peculiari rispetto al pubblico impiego proprio in considerazione delle norme di disciplina che lo regolano. Lo spazio riservato ad un sindacato basato sull’eccesso di potere è ritagliato solo sul profilo dell’errore di fatto⁵.

La legge 11 luglio 1978, n. 382, che si configura quale normazione di principio sulla disciplina militare segna una netta soluzione di continuità rispet-

4 V. BACHELET, *op. cit.*, 322. L’art. 52 Cost., pertanto, offrirebbe copertura costituzionale alle limitazioni della libertà personale imposte dalla disciplina militare, la quale, tuttavia, deve essere ispirata al rispetto dei valori della persona umana. Tale assunto è criticato da G. VASSALLI, *Libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, V, Padova, 1958, 379 ss., secondo il quale il servizio militare non è da considerare un istituto attinente alla libertà personale e, quindi, le sanzioni disciplinari che comportano restrizione della libertà personale devono essere considerate incostituzionali.

5 Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 1956, n. 906.

to al passato poiché, superando la concezione tradizionale secondo la quale l'inserimento nella struttura militare comportasse una *deminutio* dei diritti di cittadinanza e l'integrale sottoposizione all'ordinamento militare e all'impero della disciplina autoprodotta in cui esso si consustanzia, formalmente si riconosce che «ai militari spettano i diritti che la Costituzione della Repubblica riconosce ai cittadini» (art. 3). Si tratta di un'affermazione di principio temperata, però, dalla successiva statuizione, secondo la quale «per garantire l'assolvimento dei compiti propri delle Forze armate la legge impone ai militari limitazioni nell'esercizio di alcuni di tali diritti, nonché l'osservanza di particolari doveri nell'ambito dei principi costituzionali». Questi ultimi devono essere espletati nel rispetto della personalità degli individui in armi e in modo tale che sia assicurato un dignitoso trattamento di vita.

Il richiamo ai principi costituzionali ed alle libertà garantite dalla Carta consegna al passato ogni interpretazione tesa a configurare l'ambito militare come *legibus solutus* ovvero anche solo come ordinamento interno. Le Forze armate, al pari di ogni altro ramo dell'amministrazione, si muovono all'interno delle coordinate del principio di legalità: le eventuali limitazioni al catalogo dei diritti costituzionalmente riconosciuti nei confronti dei suoi membri sono giustificate dalla peculiare funzione ad esse attribuita.

Se è vero che, in virtù dell'art. 52, comma III, Cost., si deve prefigurare una necessaria compressione del principio di autorità, caratteristica intrinseca dell'ordinamento militare in sé, tuttavia ciò non significa che venga meno la disciplina quale fattore di coesa e ordinata convivenza nell'ambito del consorzio militare.

Tale assunto ha trovato l'avallo della Corte costituzionale che ha affermato che la disciplina militare è un bene irrinunciabile che è alla base dell'ordinamento militare, senza la quale si verificherebbe la sovversione dell'ordinamento stesso⁶. Infatti, come osserva la Consulta, «il sistema normativo introdotto dalla

⁶ Corte cost., 31 maggio 1990, n. 278.

legge n. 382 del 1978 risulta intimamente connotato dalla volontà di rendere positiva una visione moderna del concetto di disciplina militare, in linea con le mutate esigenze della società ed ossequiente al disposto costituzionale, secondo cui l'ordinamento delle Forze armate dev'essere informato allo spirito democratico della Repubblica. Tale visione, peraltro, viene necessariamente correlata con la peculiarità della posizione del cittadino militare, che si caratterizza tra l'altro per la stretta sottoposizione di questo al rapporto gerarchico ed alla disciplina militare: elementi, senza i quali sarebbe impossibile strutturare le forze armate in modo che esse siano in grado di assolvere la funzione fondamentale della difesa della Patria, loro assegnata dalla Costituzione»⁷.

In sostanza, la specialità della funzione non preclude l'impero della legalità – intesa come parametro di valutazione e vincolo di scopo – né sul piano organizzativo, né su quello disciplinare. Quando si è in presenza di un servizio di tipo professionale, ai militari vanno garantite le medesime tutele riconosciute agli altri dipendenti pubblici nell'ambito dei procedimenti disciplinari⁸.

Tuttavia, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 499/1999, «se è fuori discussione il riconoscimento ai singoli militari dei diritti fondamentali, che loro competono al pari degli altri cittadini della Repubblica, è pur vero che in questa materia non si deve considerare soltanto il rapporto di impiego del militare con la sua amministrazione e, quindi, l'insieme dei diritti e dei doveri che lo contraddistinguono e delle garanzie (anche di ordine giurisdizionale) apprestate dall'ordinamento, laddove rileva nel suo carattere assorbente il *servizio*, reso in un ambito speciale come quello militare»⁹.

La disciplina, e la correlata gerarchia, sono strumentali alla corretta funzionalità del consorzio militare qualificato da un ordinamento speciale.

Nonostante l'evoluzione dell'ordinamento militare verso una maggiore aderenza alle previsioni costituzionali la giurisprudenza ha continuato ad asse-

⁷ Corte cost., 22 aprile 1997, n. 113.

⁸ Corte cost., 22 gennaio 1992, n. 37.

⁹ Corte cost., 17 dicembre 1999, n. 499.

starsi su una lettura tradizionale della legalità formale del quadro tracciato dalla legge del 1978 e oggi dal Codice dell'ordinamento militare che si declina prevalentemente nei doveri procedimentali e nell'adeguatezza della motivazione.

Così si afferma che in ambito militare, nell'esercizio del potere disciplinare in cui l'Amministrazione è sicuramente titolare di un elevato tasso di discrezionalità che soggiace al sindacato giurisdizionale solo nei limiti della manifesta arbitrarietà, irrazionalità e illogicità ovvero se basata su un evidente travisamento dei fatti, è necessario ed ineludibile, al fine di evitare che l'esercizio di un potere così ampio sconfini in una condotta illegittima, che sia resa congrua, anche se sintetica, motivazione in ordine alle ragioni per le quali un determinato atto è giudicato contrario ai doveri attinenti al giuramento ed al senso di responsabilità che deve sempre caratterizzare l'agire del militare¹⁰.

Nel procedimento disciplinare nei confronti dei pubblici dipendenti (ivi compreso il personale militare), l'Amministrazione è titolare di un'ampia discrezionalità in ordine alla valutazione dei fatti addebitati al dipendente, circa il convincimento sulla gravità delle infrazioni addebitate e sulla conseguente sanzione da infliggere: ciò in considerazione degli interessi pubblici che devono essere – attraverso tale procedimento – tutelati. A ciò consegue che il provvedimento disciplinare sfugge ad un pieno sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, non potendo in nessun caso quest'ultimo sostituire le proprie valutazioni a quelle operate dall'Amministrazione, salvo che le valutazioni di questa siano inficiate da travisamento dei fatti ovvero il convincimento non risulti formato sulla base di un processo logico e coerente ovvero sia inficiato da palese irrazionalità¹¹.

L'eccesso di potere rimane confinato nel travisamento dei fatti, i quali assumono valore oggettivo sottraendo qualsiasi sindacato sulla corretta qualificazione degli stessi.

10 TAR Piemonte, sez. I, 16 ottobre 2015, n. 1445.

11 TAR Sicilia, Catania, sez. III, 6 giugno 2017, n. 1302.

In proposito, ancora di recente si è affermato che l'Amministrazione militare, nell'ambito del procedimento disciplinare, compie valutazioni sulla gravità delle condotte contestate e sulla conseguente sanzione da irrogare connotate da ampia discrezionalità, che possono essere sottoposti a sindacato giurisdizionale sotto il profilo dell'eccesso di potere, qualora sussista un travisamento dei fatti ovvero un'illogicità manifesta della motivazione¹². La valutazione della gravità del fatto, ai fini della commisurazione della sanzione, costituisce espressione di ampia discrezionalità amministrativa, insindacabile salvo che per evidenti profili di manifesto travisamento o manifesta illogicità o irragionevolezza, che palesino con immediatezza una chiara carenza di proporzionalità tra l'infrazione e il fatto. L'obbligo motivazionale è attenuato e assolto attraverso il puntuale riferimento al fatto addebitato, in relazione a condotte di particolare gravità che rendono insuscettibile di ridimensionamento la sanzione irrogata¹³.

3. Le misure di prevenzione amministrative

La Costituzione repubblicana configura la sicurezza pubblica in termini oggettivi. Questa viene inquadrata quale pubblico interesse correlato ad una situazione di ordinata e pacifica convivenza, una condizione propedeutica indispensabile all'esercizio di altri diritti fondamentali, oppure come interesse obiettivo dello Stato, dell'ordinamento, e quindi della comunità nel suo complesso. Si esprime un'idea di sicurezza pubblica, da una parte, come limite all'esercizio delle libertà, dall'altra, come compito, normativo ed amministrativo, dei pubblici poteri e, in particolare, dell'apparato dello Stato¹⁴.

Il primo aspetto che qui maggiormente rileva si coglie nei richiami al concetto di sicurezza contenuti nelle disposizioni della prima parte della Costituzione (artt. 13, comma III, 14, 16, 17, comma III, 25, comma III, Cost.), nelle quali il carattere oggettivo e funzionale della sicurezza emerge, sia dall'uso impersonale che ne viene fatto nel testo, sia dall'individuazione di precipui

12 TAR Emilia-Romagna, sez. I, 25 marzo 2022, n. 283.

13 TAR Campania, sez. VI, 9 gennaio 2023, n. 187.

14 G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 439.

compiti dello Stato al riguardo. Si tratta di un interesse pubblico diffuso, la cui tutela, di competenza esclusiva dello Stato, è discrezionalmente esercitata dall'esecutivo¹⁵.

Un mandato “oggettivo” all'esercizio di una funzione essenziale, posta al servizio di quel valore della persona, della sua dignità e del suo pieno sviluppo che costituisce il fulcro del nostro sistema costituzionale¹⁶.

In questa prospettiva, la polizia di sicurezza è una funzione di garanzia: le sue attività, i suoi servizi organizzati e soprattutto l'esercizio dei suoi poteri coercitivi aspirano, in ultima analisi, a tutelare l'esercizio delle libertà civili e dei diritti sociali a protezione dei cittadini e delle istituzioni democratiche. Essa designa l'attività amministrativa per l'ordine e la sicurezza pubblica e, come tale, riguarda tutte le azioni che lo Stato esplica per consentire la vita tranquilla e pacifica della comunità, allo scopo di permettere ai singoli di agire in essa per la manifestazione della propria individualità e per il soddisfacimento dei propri interessi¹⁷.

Ai sensi dell'art. 1 T.u.l.p.s., l'Autorità di pubblica sicurezza «veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà».

La scelta del verbo “vegliare” connota la funzione di sicurezza pubblica quale attività amministrativa di carattere prevalentemente preventivo. In questo senso, essa si connota come attività amministrativa funzionalizzata al mantenimento dell'ordine, della pace, della tranquillità sociale, della sicurezza delle persone, della proprietà e della moralità e di qualunque altro bene tutelato con disposizioni penali ovvero con disposizioni amministrative penalmente sanzionate¹⁸.

15 B. TONOLETTI, *Ordine e sicurezza pubblica*, in *Enc. dir., Tematici*, vol. III, *Funzioni amministrative*, Milano, 791 ss.; A. STERPA, *Libertà dalla paura*, Napoli, 2021; T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010, 49 ss.

16 A. D'ALOIA, *La sicurezza tra i diritti*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, 1105.

17 F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee evolutive e prospettive*, Padova, 1996, 299.

18 R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, 80 ss.

La prevenzione qualifica l'azione dello Stato sia con riferimento allo scopo perseguito, sia nella determinazione dei mezzi da adottare. Così, qualsiasi situazione di pericolo di un pregiudizio al complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni (art. 159 D.lgs. n. 112/1998), diventa fattore di attivazione del potere amministrativo. Infatti, come sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale, la Costituzione riserva allo Stato «le funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento»¹⁹.

La circostanza che la funzione di polizia di sicurezza si focalizzi sui pericoli alla convivenza civile derivanti dalla condotta umana determina la sua fisiologica interferenza con gli spazi di libertà riconosciuti e garantiti dalla Costituzione. Ciò impone che l'attività amministrativa in tale settore sia contrassegnata da un'applicazione rigorosa del principio di legalità sia sul piano procedimentale, sia sul piano della ricorrenza dei presupposti di esercizio del potere coercitivo.

In proposito, la Corte costituzionale ha osservato che «l'attività di prevenzione della polizia, se e in quanto importi una restrizione della sfera giuridica del cittadino in ordine ai suoi futuri comportamenti, potrà esercitarsi soltanto nei casi e nei modi espressamente indicati dalla legge»²⁰.

A ben vedere si tratta di una lettura del rapporto tra libertà e autorità che risulta tributaria alla tradizione liberale, la quale risulta pienamente coerente con l'impianto costituzionale repubblicano. Al riguardo, si può rilevare come nelle parole della Consulta si possa agevolmente ritrovare anche quanto affermato da Oreste Ranelletti nel suo fondamentale scritto dell'inizio del secolo XX. In particolare, l'illustre giurista liberale ha sottolineato come sia «la legge che sola

¹⁹ Corte cost. 25 luglio 2001, n. 290.

²⁰ Corte cost., 18 marzo 1957, n. 45.

può stabilire il contenuto giuridico del diritto di libertà» e «l'autorità amministrativa non può imporre restrizioni a questo diritto più ampie di quelle che sono consentite dal diritto obiettivo (...); per conseguenza, il provvedimento dell'autorità amministrativa, comunque si ponga in rapporto all'individuo, si deve dire legittimo, finché è fondato sopra quei motivi, per i quali si può ritenere che l'autorità abbia quel potere»²¹.

Tuttavia, l'estrema varietà delle situazioni potenzialmente lesive non permette una predizione normativa del contenuto delle decisioni, in ciò rivelando la discrezionalità dell'Autorità di pubblica sicurezza nella valutazione della sussistenza delle condizioni di intervento e nella scelta dei mezzi da adottare nel caso concreto per evitare i pericoli che minaccino l'ordine e la sicurezza pubblica. E ancora Ranelletti sottolinea che «è la legge che sola deve e può stabilire l'ampiezza di libertà dell'individuo (...) e l'autorità amministrativa può esplicare in questo campo (la polizia di sicurezza n.d.r.) il suo potere discrezionale solo perché, per l'impossibilità di prevedere e determinare preventivamente tutte le cause di perturbazione e i mezzi per provvedervi, le leggi sono condannate a rimanere deficienti»²².

In tale prospettiva, l'esercizio del potere di polizia di sicurezza dovrebbe muoversi secondo una direttrice che va dalla preventiva osservazione della situazione all'informazione accurata sul suo sviluppo e prognosi circa il suo tradursi in effettivo danno. In quest'ultimo caso, seguirebbe un ulteriore intervento, eventualmente anche per mezzo di coercizione, indirizzato a limitare o eliminare la situazione di pericolo. Si tratta di attività discrezionale che risulta perimetrata da tre elementi: la pericolosità della situazione; l'idoneità del mezzo da impiegare; la determinazione degli obblighi da imporre²³.

La decisione dell'Autorità di P.S., infatti, assume i caratteri di scelta contrassegnata, non solo da una verifica dei presupposti di attivazione del potere,

21 O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, IV, Milano, 1904, 348.

22 *Ivi*, 351.

23 P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, 6 e 31.

secondo una formale sequenza procedimentale, ma soprattutto da una valutazione della portata lesiva dei fattori di rischio, nonché degli strumenti idonei ad inibirne o a limitarne l'impatto.

I fattori di rischio si qualificano sempre sul piano soggettivo, vuoi perché la persona stessa e la sua condotta futura possono essere pericolose, vuoi per il rischio soggettivo dello svolgimento di un'attività pericolosa in sé.

Così, si caratterizza sul piano soggettivo, seppur in forma aggregata, l'apprezzamento delle situazioni pericolose che possono dare luogo a provvedimenti di carattere generale limitativi della libertà. In tutti questi casi, l'Autorità di P.S. compie una valutazione discrezionale contrassegnata da un rilevante connotato tecnico: la sussistenza del pericolo, nel caso concreto, sfugge ad una stretta definizione normativa e trova fondamento in precetti parametrati su dati extra-legali di carattere sociale quali la criminologia, la sociologia, l'antropologia, la psicologia, oppure di carattere scientifico, quali i giudizi medico-legali.

Nelle situazioni puntuali, spesso il legislatore limita il margine di apprezzamento dell'amministrazione enucleando degli indici presuntivi di pericolosità derivanti da accertate situazioni di fatto – ad esempio la presenza di sentenze di condanna penale – che circoscrivono l'indagine soggettiva e, in un certo senso, vincolano la decisione dell'amministrazione. In altri casi, invece, la dimensione di fatto della decisione si fonda sulla valutazione del soggetto, ossia della sua condotta passata e, in senso predittivo, futura.

Le misure di prevenzione non rappresentano la reazione statuale all'accertamento della responsabilità per un fatto di reato, quanto piuttosto la reazione all'accertamento della pericolosità sociale del soggetto.

L'espansione della strategia preventiva, *ante*, o meglio *praeter probationem delicti*, si è realizzata, infatti, attraverso l'ampliamento della base soggettiva dei destinatari e dei presupposti del relativo giudizio di pericolosità: la prevenzione si costruisce sulla pericolosità di un soggetto come potenziale autore di un reato. La pericolosità sociale diventa il fattore di attivazione del potere pubblico;

essa, però, viene configurata dall'ordinamento in relazione al grado di prossimità e, quindi, di concretezza.

Le misure special-preventive costituiscono l'archetipo dei poteri ablatori di polizia, poiché attraverso di esse l'ordinamento mira ad evitare la realizzazione di comportamenti socialmente pericolosi e penalmente rilevanti.

Viene conferito all'autorità amministrativa il potere di inibire comportamenti che sfuggono al giudizio penale, o alla sanzione penale, ma che, potenzialmente, possono tradursi in condotte criminose²⁴.

Tale potere si impernia sulla soggettivizzazione della pericolosità e sulla conseguente limitazione della libertà di persone capaci di delinquere in concreto.

Come è stato correttamente osservato, poiché le fattispecie di prevenzione sono costruite secondo indici di uno *status* soggettivo, «le norme che ne governano l'impiego identificano categorie di potenziali nemici della collettività civile, dell'intera comunità, ammettendo, in via di mera ipotesi, che essi meritino di essere assoggettati ad una misura che ne limiti le libertà e le facoltà. Sarà attraverso il giudizio individuale di pericolosità che sarà possibile progredire dalla “comminatoria in astratto” all'effettiva inflizione del “rimedio”»²⁵.

Nelle misure di prevenzione amministrative il presupposto per l'attivazione del potere preventivo da parte dell'Autorità di P.S. è la condizione di pericolosità sociale.

L'accertamento degli indizi di attività criminale, quindi, rappresenta la parte constativa sulla quale si fonda la parte prognostica della valutazione della pericolosità sociale. In altri termini, il destinatario di una misura di prevenzione non viene giudicato in ordine alla realizzazione di un fatto specifico, ma viene

24 G. FIANDACA, *Misure di prevenzione* (profili sostanziali), in *Digesto disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 114.

25 A. MARTINI, *Il mito della pericolosità. alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017, 2, 547.

ritenuto “pericoloso” in rapporto ai suoi comportamenti pregressi che divengono indice rivelatore della possibilità di compiere future condotte criminali²⁶.

In particolare, il giudizio di pericolosità espresso in sede di prevenzione va scisso in due momenti: una prima fase, rapportata alla disamina del passato del soggetto proposto (tra cui, ovviamente, ben possono rientrare i pregiudizi penali derivanti dall'accertamento di fatti costituenti reato); una seconda fase di tipo essenzialmente prognostico, per sua natura alimentata dai risultati della prima, tesa a qualificare come “probabile” il ripetersi di condotte antisociali, inquadrare nelle categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge²⁷.

L'inflizione di una misura di prevenzione personale intanto appare sostenibile, in quanto il suo destinatario sia attualmente e persistentemente pericoloso. In tal senso, il giudizio di attuale pericolosità individuale dovrebbe assumere il ruolo di argine alle valutazioni di potenziale ed astratta pericolosità conseguenti all'appartenenza ad una delle classi di prevenzione. La pericolosità va accertata in concreto in relazione alla situazione di fatto attraverso una attività logico-ricognitiva che richiede una valutazione globale della personalità del soggetto, risultante da tutte le manifestazioni sociali della sua vita e dall'accertamento di un comportamento illecito e antisociale.

Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che «pur spettando all'Autorità amministrativa la valutazione in concreto dell'inaffidabilità del soggetto in forza di un equo bilanciamento tra il prevalente interesse pubblico alla tutela dell'ordine e della sicurezza dei cittadini e l'interesse privato ad accedere liberamente negli stadi, è in ogni caso sempre necessario che al destinatario del divieto sia ascrivibile un comportamento concreto, volto con chiarezza e univocità alla commissione del fatto potenzialmente pericoloso o espressamente previsto dalla legge come tale»²⁸.

26 Cass. pen., sez. I, 14 giugno 2017 n. 54119.

27 Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641.

28 Cfr. TAR Piemonte, sez. I, 20 maggio 2020, n. 303.

Tuttavia, requisito imprescindibile è la dimostrazione dell'attualità del pericolo, la quale va riscontrata in relazione al momento in cui si applica la misura di prevenzione personale.

Infatti, le pregresse manifestazioni di pericolosità sarebbero irrilevanti se non si registrassero sintomi rivelatori della persistenza nel soggetto di comportamenti antisociali ed illeciti: se lo scopo è la prevenzione, appare assolutamente illogica l'applicazione di una misura di prevenzione personale ad un soggetto che, nonostante il suo passato, non risulti più pericoloso. In tal senso, la Corte costituzionale ha evidenziato come l'organo che adotta il provvedimento debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura²⁹.

In sostanza, la manifestazione di pericolosità deve essere anche "specificata" e "concreta", vale a dire desunta da una base empirica di elementi di fatto e di comportamenti (frequentazione con pregiudicati, rapporti di polizia, precedenti e carichi pendenti, etc.) che, seppure all'interno del carattere indiziario del contesto ricostruttivo, valgono ad illuminare l'intera personalità del soggetto³⁰, rappresentandone la persistente estraneità della condotta sociale agli stili di vita ed ai canoni legali della convivenza civile³¹.

Ai fini della valutazione complessiva della personalità del soggetto, possono essere utilizzati elementi come: i precedenti penali e di polizia del prevenuto; eventuali misure di prevenzione già applicate in passato; il tenore di vita; l'abituale compagnia con pregiudicati. In questo senso, la giurisprudenza ha affermato che «è legittimo avvalersi di elementi di prova o indiziari, tratti da procedimenti penali, benché non ancora conclusi e, nel caso di processi definiti con sentenza irrevocabile, anche indipendentemente dalla natura delle statuizioni terminali in ordine all'accertamento della penale responsabilità dell'impu-

²⁹ Corte cost., 6 dicembre 2013, n. 291.

³⁰ Cass. pen., sez. I, 5 dicembre 2014, n. 6878.

³¹ Cass. pen., sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880.

tato, sicché anche una sentenza di assoluzione, pur irrevocabile, non comporta la automatica esclusione della pericolosità sociale»³².

Infatti, poiché l'art. 29 del D.lgs. n. 159/2011 ha stabilito la piena autonomia tra azione penale ed azione di prevenzione, l'applicazione di una misura di prevenzione prescinde così dall'accertata commissione di un reato in sede di giudizio penale: essa è finalizzata all'individuazione di soggetti potenzialmente pericolosi per la sicurezza pubblica per la prevenzione di eventuali attività illecite. Da ciò deriva che le misure di prevenzione amministrative sono «legittimamente applicate indipendentemente dal riscontro di condotte immediatamente qualificabili come delitto e anche in assenza di precedenti penali a carico del prevenuto»³³. Così, come rilevato dal Consiglio di Stato, «la prognosi di pericolosità sociale può fondarsi su concreti elementi di fatto, desumibili anche dalle denunce riportate, a prescindere dal fatto che per le stesse siano intervenute pronunce giudiziali, così come la valutazione dell'attitudine del soggetto a commettere reati può fondarsi, sempre sulla scorta di oggettivi elementi di fatto, anche su condotte irrilevanti sotto il profilo penale»³⁴.

La misura di prevenzione amministrativa, pertanto, è il risultato di una valutazione caratterizzata da un'ampia discrezionalità che può essere sindacata da parte giudice amministrativo solamente sotto il profilo dell'abnormità dell'iter logico, della macroscopica illogicità, dell'incongruenza della motivazione e del travisamento della realtà fattuale.

Tale ordine di considerazioni trova conferma nell'analisi della prassi giurisprudenziale relativa alle singole misure di prevenzione.

Il c.d. foglio di via, tradizionale strumento preventivo di polizia, oggi disciplinato dall'art. 2 del D.lgs. n. 159/2011, si fonda su una caratterizzazione soggettiva della pericolosità la cui funzione è quella di garantire e prevenire *ex ante* la commissione di reati attraverso l'allontanamento del destinatario della

32 Cass. pen., sez. I, 7 gennaio 2016, n. 6636.

33 Cons. Stato, sez. I, 5 aprile 2016, n. 860.

34 Cons. Stato, sez. I, 13 settembre 2012, n. 3886.

misura dai luoghi che potrebbero propiziarla. In questo senso, il giudizio prognostico inferisce sulla condotta potenziale di un soggetto che, per stabili frequentazioni o accertati rapporti con persone residenti da cui possa ipotizzarsi il concorso in attività criminose, ovvero commissione nella località di illeciti non penalmente rilevanti, possa tradursi in danno delle condizioni di sicurezza e della pacifica convivenza dei cittadini nel luogo diverso da quello dell'ordinaria residenza³⁵.

Il presupposto del provvedimento è, allora, costituito dall'individuazione, da parte del Questore, degli elementi di fatto attraverso i quali si manifesta concretamente la pericolosità sociale di un soggetto in un determinato ambito territoriale, e dalla constatazione ovvero dall'accertamento di altri episodi di vita che, secondo la prudente valutazione dell'Autorità di P.S., rivelino tendenzialmente un'apprezzabile probabilità di futuri comportamenti penalmente rilevanti. In questa prospettiva, secondo la giurisprudenza «tale misura costituisce esercizio di ampia discrezionalità, che sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, se non sotto i profili dell'abnormità dell'iter logico, della macroscopica illogicità, del travisamento della realtà fattuale»³⁶.

Parimenti, può rilevarsi per il Divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (c.d. D.A.Spo.), ossia per il provvedimento emanato dal Questore, ai sensi del più volte modificato art. 6 della legge n. 13 dicembre 1989 n. 401, nei confronti di quelle categorie di soggetti ritenuti pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica, con particolare riferimento ai luoghi in cui si svolgono le manifestazioni sportive, ovvero a quelli, specificatamente indicati, interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle competizioni stesse. Si tratta di una misura di prevenzione che ha come finalità prevalente la creazione di un ambiente che prevenga comportamenti violenti o pericolosi a protezione dell'ordine pubblico e degli altri spettatori. La condizione di pericolo che legittima l'adozione del provvedimento si

35 Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2020, n. 741.

36 T.A.R. Lombardia, sez. I, 29 settembre 2022, n. 214.

può fondare sul semplice riscontro di «elementi di fatto» gravi, precisi e concordanti, secondo un ragionamento causale di tipo probabilistico improntato ad una elevata attendibilità³⁷.

Nel complesso sussiste una logica dimostrativa a base indiziaria e probabilistica che informa l'intero diritto amministrativo della prevenzione³⁸.

La connotazione probabilistica del pericolo sotteso all'intervento preventivo si conferma, ed anzi si amplifica, anche nella disciplina delle c.d. informative interdittive antimafia, disciplinate dall'art. 84 del D. Lgs. n. 159/2011.

Al riguardo, occorre evidenziare come, secondo un orientamento, ormai consolidato, della giurisprudenza amministrativa, il Prefetto, nella valutazione del pericolo di infiltrazione mafiosa, sia tenuto a seguire un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico³⁹, che implica una prognosi sostenuta da un affidabile grado di verosimiglianza, fondata su indizi gravi, precisi e concordanti, esaminati e vagliati in modo unitario e non atomistico, così da far ritenere “più probabile che non” l'ingerenza della criminalità organizzata⁴⁰.

In questo senso, tenendo conto del contesto delle relazioni tra i soggetti coinvolti, l'ipotesi deve risultare «più probabile di tutte le altre messe insieme (“probabilità cruciale”)⁴¹, «alla luce di una regola di giudizio (...) che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso»⁴². Così, si deve esse-

37 Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 866. Quello del D.A.Spo., inoltre, è un modello di misura di prevenzione utilizzata dal legislatore anche in altre fattispecie per le quali si paventa una minaccia all'ordinata e pacifica convivenza civile. Al riguardo, si deve rammentare il Divieto di accesso ad aree urbane (il c.d. D.Ac.Ur.), disciplinato dagli artt. 10 e 13 del Decreto Minniti (D.l. n. 14/2017 e s.m.i.), mediante il quale si inibisce la libertà di circolazione in ragione di esigenze di ordine pubblico correlato ad un divieto di stazionamento in aree urbane ovvero ad un divieto di accesso a pubblici locali.

38 Ad esempio, in materia di ammonimento per atti persecutori si è rilevato che «secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2021, n. 6958; id. 25 maggio 2015, n. 2599), all'ammonimento deve applicarsi quella logica dimostrativa a base indiziaria e di tipo probabilistico che informa l'intero diritto amministrativo della prevenzione» (Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2023, n. 3420).

39 Cons. Stato, sez. III, 9 settembre 2020, n. 5416.

40 Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657.

41 Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657.

42 Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2018, n. 6707.

re in presenza di un quadro indiziario costruito su elementi fattuali caratterizzati da gravità, precisione e concordanza, dai quali il Prefetto, chiamato a verificare l'effettivo pericolo di infiltrazione mafiosa, possa «pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole e più probabile che sussista il mero “rischio” di permeabilità dell'impresa, e non l'avvenuta infiltrazione, da parte di associazioni mafiose, valutate e contestualizzate tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona»⁴³.

Come attentamente osservato, si tratta di un modello di ragionamento incentrato sull'inferenza causale tra il quadro fattuale e la prospettata sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa: un sillogismo in cui la premessa maggiore è certa e la premessa minore è probabile e, attraverso la ricerca di riscontri per corroborarla, si giunge ad una valutazione finale che, al confronto con le ipotesi alternative, risulta maggiormente probabile di altre. In tal modo, a differenza dell'accertamento penale, non serve che si dimostri l'insussistenza di qualsivoglia ipotesi alternativa plausibile e, dunque, che si scartino tutte le ricostruzioni alternative, o che addirittura il Prefetto provi che esse si configurerebbero come ipotesi solo teoriche, sfornite di appigli nella realtà (esterne al “mondo possibile”): basta che si presentino come maggiormente probabili rispetto a quelle possibili⁴⁴.

La discrezionalità riguarderebbe non solo l'accertamento dei presupposti dell'atto, dunque l'apprezzamento prognostico di pericolosità sociale, ma anche altri elementi.

43 Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1563. Infatti, ancora di recente, si rileva come «la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già chiarito che il pericolo di infiltrazione mafiosa deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipica dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma che implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere “più probabile che non”, appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa», (Cons. Stato, sez. III, 31 marzo 2023, n. 3338; 16 giugno 2023, n. 5976; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 6 luglio 2023, n. 2282)

44 F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio”*. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3, 1147.

In primo luogo, l'opportunità di adottare l'atto stesso: «trattandosi di una misura di prevenzione e non repressiva, non occorre la prova dell'avvenuta commissione di reati, bensì una motivata indicazione dei comportamenti e degli episodi, desunti dalla vita e dal contesto socio-ambientale dell'interessato, da cui oggettivamente emerga una apprezzabile probabilità di condotte penalmente rilevanti e socialmente pericolose. Ciò implica che l'Amministrazione può emettere misure di prevenzione anche nei confronti di coloro che con condotte materiali - potenzialmente lesive di terzi - turbino la tranquillità della convivenza civile, a prescindere dal fatto che esse integrino una fattispecie di reato. Le norme anzidette, dunque, riconoscono all'Amministrazione un ampio margine di discrezionalità nella valutazione della pericolosità sociale di un individuo e la necessità di adottare una misura di sicurezza personale, indicando quale unica condizione la sussistenza di ragioni basate su elementi concreti, anche non rilevanti dal punto di vista penale e/o amministrativo»⁴⁵.

In secondo luogo, talvolta, la discrezionalità riguarda anche le modalità di conduzione dell'istruttoria procedimentale. In materia di ammonimento per atti persecutori si è affermato che «l'amministrazione gode di ampia discrezionalità nella conduzione dell'istruttoria procedimentale, dal momento che la norma afferma che il questore emana il provvedimento di ammonimento “assunte se necessario informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti”. Infatti; la disposizione in commento, nella parte in cui subordina ad una valutazione di necessità (“se necessario”) l'acquisizione delle informazioni, evidentemente affida alla libera valutazione dell'autorità di pubblica sicurezza la modulazione degli strumenti di approfondimento istruttorio. È quindi rimessa al Questore non solo la scelta di emettere o meno la misura, ma anche quella di stabilire la tempistica della sua iniziativa e le modalità dell'indagine»⁴⁶.

Al riguardo, si è correttamente sottolineato che in considerazione dell'attribuzione all'Autorità di Pubblica sicurezza di un ampio margine di ac-

45 T.A.R. Marche, sez. I, 27 marzo 2020, n. 199.

46 Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2023, n. 748.

certamento e di apprezzamento occorre che «per salvaguardare i principi di legalità e di certezza del diritto, evitando al contempo che si costituisca uno “stato di polizia”, non possono reputarsi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, occorrendo l'individuazione di idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o collegamenti con la criminalità organizzata⁴⁷.

Il riconoscimento in capo all'Autorità di Pubblica sicurezza di una riserva di valutazione del fatto che innesca l'esercizio del potere pubblico si giustifica sulla base del ruolo e dell'expertise che l'amministrazione ha: una funzione di prevenzione si basa su meccanismi di acquisizione dei fatti in cui l'utilizzo di strumenti di indagine forniscono conoscenze la cui valutazione non può che essere appannaggio di una struttura amministrativa di carattere tecnico-operativo.

Tuttavia, si è registrata una apertura significativa allorché la III sezione del Consiglio di Stato, proprio in materia di informative antimafia, ha osservato che «il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame. Il sindacato per eccesso di potere sui vizi della motivazione del provvedimento amministrativo, anche quando questo rimandi *per relationem* agli atti istruttori, scongiora il rischio che la valutazione del Prefetto divenga, appunto, una “pena del sospetto” e che la portata della discrezionalità

47 TAR Lombardia, sez. I, 9 ottobre 2017, n. 1922.

amministrativa in questa materia, necessaria per ponderare l'esistenza del pericolo infiltrativo in concreto, sconfini nel puro arbitrio»⁴⁸.

4. Conclusioni

Dalla disamina giurisprudenziale fornita emerge un orientamento teso a valorizzare gli spazi di discrezionalità dell'amministrazione. Gli interessi pubblici dedotti, infatti, sembrerebbero rivestire una primazia pregiudiziale, la quale abiliterebbe solo ad un sindacato di irragionevolezza ovvero di stretta legalità procedimentale. Il giudice amministrativo appare quasi sempre arrestarsi sulla qualificazione del fatto. Quest'ultima costituisce invece quasi sempre la base del *thema decidendum*: la gravità della condotta disciplinarmente illecita del militare, ovvero la pericolosità del soggetto, costituiscono gli spazi dove si manifesta la discrezionalità del potere, poiché gli effetti consequenziali della qualificazione sono viepiù definiti dalla legge. In queste materie, lo stringente vincolo di legalità correlato al potere tende ad assorbire anche il profilo della proporzionalità, la quale è ancorata ad un quadro normativo, spesso dettagliato, sull'utilizzo del mezzo coercitivo. Invece, il fatto, che costituisce la scaturigine del potere, viene lasciato ad una qualificazione pressoché libera dell'amministrazione, sebbene ancorata ad un dovere di motivazione accurata. La domanda sulla modalità con cui si perviene alla qualificazione, ossia l'istruttoria procedimentale, rimane spesso inevasa, vuoi per una istituzionale segretezza che copre l'operato dei pubblici poteri in queste materie, vuoi per la ritrosia del giudice amministrativo ad utilizzare mezzi istruttori di accesso al fatto⁴⁹. Inoltre, la garanzia proce-

48 Cons. St., sez. III, 28 giugno 2022, n. 5375; 10 maggio 2023, n. 4733.

49 In proposito si rammenta come anche la presenza di una palese contraddittorietà tra atti istruttori, tesi ad escludere la qualificazione di pericolosità, ed il provvedimento finale, il giudice abbia in taluni casi adottato una linea giustificazionista, tale che nell'ottica della sicurezza e della prevenzione anche i più tradizionali principi sulla invalidità degli atti e sulla costruzione procedimentale della decisione amministrativa possono essere elusi, se non proprio obliterati del tutto. Il Consiglio di Stato, infatti, afferma chiaramente che l'eventuale vizio deve essere sempre verificato con riferimento all'atto terminale della sequenza amministrativa, ossia la parte motiva dell'informativa, sulla base della considerazione che «l'attribuzione al Prefetto del compito di operare la *reductio ad unitatem* delle molteplici, e non necessariamente convergenti, acquisizioni istruttorie endoprocedimentali non consente di ravvisare la rilevanza di un vizio lamentato con riferimento ai segmenti intermedi e/o preparatori della complessiva sequenza procedimentale».

dimentale del contraddittorio viene degradata alla sostanziale irrilevanza ovvero, come nel caso delle recenti riforme in tema di interdittive antimafia⁵⁰, viene assunta più quale rimedio di difesa di fronte ad un preavviso di provvedimento che come strumento cooperativo di accertamento dei fatti in sede istruttoria.

Le recenti aperture del Consiglio di Stato tese a spingersi verso una maggiore incisività del sindacato in queste materie attraverso un effettivo scrutinio di idoneità e congruenza della motivazione rispetto alle risultanze istruttorie non sembrano ancora consolidarsi⁵¹.

Occorre precisare che si è ben coscienti che la tipologia e la rilevanza degli interessi pubblici al corretto funzionamento dello strumento militare o alla prevenzione dei reati non possano che prefigurare una riserva di valutazione del fatto all'amministrazione: solo quest'ultima è dotata delle competenze tecniche per potere operare una qualificazione delle condotte; tuttavia, per un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e, quindi, per una effettiva garanzia di tutela dei diritti fondamentali antagonisti, nelle materie della sicurezza e della difesa occorre auspicare un maggiore protagonismo del giudice amministrativo. In tal senso, si dovrebbe coltivare e sviluppare quell'orientamento, secondo il quale in questi ambiti «il nucleo del sindacato giurisdizionale

(Cons. Stato, sez. III, 13 settembre 2018, n. 5480).

50 Allo scopo di ampliare l'area delle garanzie procedurali in questa materia, con l'art. 48 del d.l. 6 novembre 2021 n. 152, il legislatore ha modificato gli artt. 92 e 93, comma 7, del Codice antimafia introducendo una forma di contraddittorio procedimentale: il prefetto è adesso onerato di comunicare preventivamente all'interessato gli elementi sintomatici di infiltrazione mafiosa assegnando un termine per la presentazione di deduzione da parte degli interessati ovvero disponendo la loro audizione personale. Rimane salva la possibilità del Prefetto di derogare a tale confronto nell'ipotesi in cui ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento.

51 In tema di interdittive antimafia in linea con la lettura consolidata lettura restrittiva del sindacato si è di recente affermato che «nella specie correttamente il coacervo di elementi è stato ritenuto dal Prefetto di Reggio Calabria sufficiente ad evidenziare il pericolo di contiguità con la mafia, con un giudizio connotato da ampia discrezionalità di apprezzamento, con conseguente sindacabilità in sede giurisdizionale delle conclusioni alle quali l'autorità perviene solo in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, mentre al sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia rimane estraneo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento. Tale valutazione costituisce espressione di ampia discrezionalità che, per giurisprudenza costante, può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati». (Cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2023, n. 8395).

non riposa tanto nella ricognizione, operata alla stregua della copiosa giurisprudenza che si è occupata dell'argomento, dei principi fondanti l'esercizio *secundum legem* del potere preventivo e dei criteri ai quali il giudice amministrativo deve ispirare la sua attività di controllo di legittimità del provvedimento sottoposto alla sua attenzione, ma nella attenta verifica che, nella fattispecie concreta e pur sullo sfondo della innegabile discrezionalità che caratterizza l'azione amministrativa di matrice preventiva, sia stata fatta corretta e coerente applicazione di quei principi, nel rispetto della loro *ratio* di fondo»⁵². Si tratta di una lettura che appare equilibrata e coerente con il quadro costituzionale.

In altri termini, occorre che il giudice amministrativo si spinga fuori dai confini dell' "enclave ottocentesca" in cui si è collocato il sindacato su difesa e sicurezza e, come in tanti ambiti dimostrato, si ponga come il garante dei diritti fondamentali, dando giustizia nel caso concreto e, nel complesso, rivesta il ruolo di guardiano ultimo del corretto utilizzo del potere amministrativo.

⁵² Cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 dicembre 2022, n. 11265; Id., 18 luglio 2023, n. 7052.

MARCO CALABRÒ

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Architettura e
disegno industriale dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli
marco.calabro@unicampania.it

L'AMBIENTE QUALE DIRITTO FONDAMENTALE A TITOLARITÀ DIFFUSA

ENVIRONMENTAL PROTECTION AS A COLLECTIVE FUNDAMENTAL RIGHT

SINTESI

Lo scritto è volto a verificare se e in che termini – anche alla luce della recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost. – la qualificazione del diritto ad un ambiente integro e salubre come diritto fondamentale sia prospettabile in chiave teorica e, soprattutto, se questa abbia una concreta portata consequenziale nell'ottica del processo di transizione ecologica. In particolare, l'autore si sofferma sulle criticità concernenti l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire in sede processuale a tutela delle risorse ambientali, prospettando il superamento dell'attuale regime accentrato di legittimazione processuale. In tale ottica – attraverso la valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale e del criterio della *vicinitas* in senso assiologico e non meramente fisico – si prospetta il passaggio della qualificazione degli interessi ambientali da interessi adespoti a interessi comuni e la connessa configurazione di un diritto fondamentale meta-individuale alla tutela dell'ambiente, con la consequenziale estensibilità della legittimazione ad agire anche al singolo cittadino.

ABSTRACT

The essay is aimed at verifying whether and in what terms - also considering the recent reform of the articles 9 and 41 of the Italian Constitution - the qualification of the right to an intact and healthy environment as a fundamental right can be envisaged from a theoretical perspective and, above all, whether this has a concrete consequential scope from the perspective of

the ecological transition. In this context, the author especially examines the absence of a clear system of legal standing in the environmental protection field, suggesting the overcoming of the current centralized legal standing regime. In this perspective – and through the enhancement of the horizontal subsidiarity principle and the *vicinitas* criterion in an axiological and not merely physical sense – the essay outlines a new classification of environmental interests, from interests with no titular to common interests, and the related configuration of a meta-individual fundamental right to environmental protection, consequently extending even to the individuals the environmental legal standing.

PAROLE CHIAVE: Tutela dell'ambiente – Diritti fondamentali – Legittimazione ad agire – Beni comuni

KEYWORDS: Environmental protection – Fundamental rights – Legal standing – Commons

INDICE: 1. L'ambiente tra doveri e diritti nell'attuale processo di transizione ecologica. – 2. Il pilastro “traballante” della Convenzione di Aarhus: l'accesso alla giustizia. – 3. L'incerta strada della qualificazione dell'ambiente come oggetto di un diritto fondamentale e la prospettiva della valorizzazione del *public-spirited citizen*. – 4. Conclusioni. Per una relazione di compatibilità tra la prospettiva del dovere e la contestuale configurazione di un diritto fondamentale meta-individuale.

1. L'ambiente tra doveri e diritti nell'attuale processo di transizione ecologica

Interrogarsi sulla possibile ricostruzione dell'ambiente come oggetto di un diritto fondamentale, richiede innanzitutto un netto mutamento di prospettiva rispetto a come il legislatore italiano e la stessa dottrina siano soliti inquadrare le risorse ambientali. Dall'analisi della normativa di settore emerge che la loro tutela si sostanzia essenzialmente in obblighi, di fare e non fare, facendo sorgere situazioni soggettive di tipo doveroso¹: dovere in alcuni casi individuali, ma in buona parte inteso come dovere pubblico.

1 F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: Art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2/2002, 215 ss.; ID., *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir. econ.*, 3-4/2009, 491 ss.; G. GRASSO, *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, in *www.eticaeconomica.it*, 2022; P. FERRETTI, *La tutela dell'ambiente in Costituzione: tra dovere di solidarietà e prospettive di bilanciamento*, in *Biolaw Journal*, 2/2023, 23 ss.; J.P. MEENA, *Protection of Environment as a Fundamental Duty*, in R. MITTAL, K.K. SINGH (a cura di), *Relevance of Duties in the Contemporary World*, Springer, Singapore, 2022, 295 ss.

Numerose disposizioni del d. lgs. n. 152/2006 (t.u. ambiente), in effetti, introducono situazioni giuridiche di doverosità che gravano tanto sugli apparati pubblici – in qualità di titolari di funzioni di protezione in nome della collettività – quanto sul singolo individuo, in veste di potenziale “aggressore” della risorsa naturale. È noto anche che parte della dottrina tende a mettere in dubbio che l’ambiente possa anche solo in astratto configurare un «“terminale” di posizioni giuridiche attive»², di veri e propri diritti.

La recente riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione non pare abbia mutato il quadro d’insieme. Da un lato, infatti, si individua finalmente un fondamento costituzionale per il dovere delle istituzioni della Repubblica di porre in essere politiche e azioni direttamente finalizzate alla protezione delle risorse ambientali³. Dall’altro lato, si identifica uno specifico dovere in capo al cittadino, inteso come *homo oeconomicus*, di rispettare e tutelare l’ambiente⁴. La prospettiva, in altri termini, resta quella del dovere. La riforma non introduce alcuna posizione giuridica attiva in relazione ai beni ambientali⁵.

Esula dal tenore del presente contributo l’esame del dibattito sorto in relazione alla utilità o meno della novella costituzionale⁶, ma non vi è dubbio che

2 B. MARCHETTI, M. RENNA, *I processi di giuridificazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: la giuridificazione*, Firenze, 2016, 14.

3 Cfr. F. DE LEONARDIS, *La riforma “bilancio” dell’art. 9 Cost. e la riforma “programma” dell’art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, e M. MONTEDURO, *Riflessioni sulla primazia ecologica nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, entrambi in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente*, Napoli, 2022, rispettivamente 49 ss. e 221 ss. Sul punto, sia consentito rinviare anche a M. CALABRÒ, *El debate sobre la economía circular en Italia a la luz de la reciente reforma de la Constitución*, in *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n. 104-105/2023, 116 ss.

4 Cfr. V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos*, 1/2023, 5 ss.; L. CASSETTI, *La riforma dell’art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell’ambiente*; B.G. MATTARELLA, *Le nuove previsioni dell’articolo 41 della Costituzione in materia di ambiente*; M. RAMAJOLI, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell’ambiente nel nuovo art. 41 della Costituzione*, tutti in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente*, cit., rispettivamente 141 ss., 165 ss. e 169 ss.

5 F. FRACCIA, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, in *Il diritto dell’economia*, 1/2022, 21.

6 Diverse sono le voci critiche che si sono levate all’indomani della riforma costituzionale del 2022: G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull’inutile, anzi dannosa modifica dell’articolo 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme*, 2021, 1 ss.; G. DI PLINIO, *L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente*, in *Federalismi*, 16/2021, 1 ss.; C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale ‘dell’ambiente’: un profilo critico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2/2022, 119 ss., la quale esprime perplessità cir-

un pregio della riforma è quello di aver inquadrato la tutela dell'ambiente in un'ottica anche solidaristica: l'espresso richiamo agli interessi delle future generazioni introduce l'idea di una responsabilità personale e collettiva da parte di ciascuno nei confronti delle risorse ambientali; una presa di coscienza del ruolo centrale che l'ambiente assume per la stessa sopravvivenza dell'essere umano⁷. Il che, tra l'altro, consente di fondare la prospettiva della doverosità non su libere scelte del legislatore, bensì su veri e propri imperativi, legati ad un dover essere basato sullo spirito di conservazione della specie⁸.

Ancora una volta emerge l'idea del dovere, declinata però in una differente accezione, di tipo solidaristico⁹, che – come cercherò di chiarire nel prosieguo – potrebbe essere rafforzata proprio dalla valorizzazione di diritti connessi alla protezione delle risorse ambientali.

ca la valenza innovativa della riforma, parlando di «operazione di maquillage normativo», 136. Non sono mancati, di contro, commenti favorevoli, che hanno sottolineato essenzialmente il valore conformativo della novella costituzionale: R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 7 ss.; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022, 145 ss.

⁷ P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi*, 1/2023, 149 ss.; M.C. CAVALLARO, *L'interesse delle generazioni future in costituzione*, in G. CORSO, M. IMMORDINO (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia*, Napoli, 2022, 185 ss.; L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2022, 20 ss.; D. PORENA, *Anche nell'interesse delle generazioni future. Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi*, 15/2022, 121 ss. Di particolare interesse la prospettiva avanzata da M. MONTEDURO, *Note sul lessico dell'art. 9 novellato*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 3/2022, 270 ss., secondo il quale nella categoria "future generazioni" potrebbero includersi «anche i bambini, gli adolescenti e i giovani, sebbene si tratti di soggetti *already born*», 289.

⁸ A. RUGGERI, *Principio di responsabilità e integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo (prime notazioni)*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2/2022, 225 ss. In dottrina, al riguardo, si è prospettata la teorizzazione di una vera e propria "Costituzione della terra", intesa come la sussistenza di un interesse universale alla sopravvivenza dell'umanità, e, quindi, come la necessità di assicurare l'indisponibilità e l'intangibilità delle risorse naturali non rinnovabili (L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, Milano, 2017).

⁹ E' stato condivisibilmente osservato come questa prospettiva consenta altresì «di attualizzare il principio personalistico – basato sulla priorità di valore del "pieno sviluppo della persona umana" – legandolo ad una visione solidaristica che da un lato lo allontana da forme troppo spinte di sfruttamento delle risorse e dall'altro lo avvicina a una dimensione più autentica, in senso costituzionale, delle posizioni giuridiche soggettive» (A.G. PIETROSANTI, *Consumo di risorse naturali non rinnovabili. Tra diritti della natura, bilanciamento di interessi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2023, 19).

Del resto, sarebbe errato sostenere che nel nostro ordinamento l'ambiente non sia in alcun modo considerato oggetto di situazioni giuridiche attive. È noto che l'evoluzione della tutela ambientale in Italia è il prodotto di una prospettiva marcatamente antropocentrica. Le prime pronunce della Cassazione legavano la tutela dell'ambiente alla tutela della proprietà, per poi giungere ad ampliare la sfera di intervento ancorando il diritto all'ambiente direttamente al diritto alla salute¹⁰. Si trattava, in ogni caso, di una impostazione che poneva l'uomo e i suoi interessi al centro dell'azione, escludendo la possibilità di individuare nell'ambiente un bene giuridico in sé, in grado di dare vita a situazioni giuridiche da tutelare in maniera autonoma, prescindendo dal suo più o meno diretto legame con altri diritti/interessi della persona¹¹.

In effetti, la nota disputa tra le tesi unitaria e frammentaria della materia ambiente¹², l'indeterminatezza del concetto stesso¹³, hanno di fatto contribuito a rendere particolarmente difficoltoso, sia per il legislatore che per la dottrina, ricostruire una definizione autonoma e condivisa di ambiente quale bene giuridico, oggetto di diritti e pretese soggettive¹⁴.

10 Per una ricostruzione di tale percorso giurisprudenziale sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. e società*, 4/2016, 817-818.

11 R. GIOVAGNOLI, *Problematiche giuridiche della protezione dell'ambiente*, in R. GIOVAGNOLI (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Torino, 2018.

12 La dottrina italiana si è a lungo divisa in due orientamenti: il primo, volto a sostenere che l'ambiente, dal punto di vista giuridico, non potesse che essere oggetto di analisi e disciplina differenziata, in relazione ai diversi ambiti e interessi dallo stesso incisi (tesi per la prima volta prospettata da M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.); il secondo indirizzo, al contrario, riteneva che – pur nella sua frammentarietà – si potesse individuare un nucleo essenziale tale da giustificare una nozione giuridica unitaria di ambiente (A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32 ss.). Per una ricostruzione di tale dibattito, sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004, 169 ss.

13 Da ultimo, su tale profilo, v. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, 19.

14 A. GIANNELLI, *La giuridificazione dell'ambiente*, in L. FERRARA, D. SORACE, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, III, Firenze, 2016, 281 ss. Per le prime interessanti ricostruzioni in dottrina tese a teorizzare l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo alla tutela dell'ambiente, avente un contenuto autonomo e più ampio rispetto ai singoli interessi (di natura culturale, sanitaria o urbanistica) di volta in volta protetti dall'ordinamento, si rinvia a A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, cit.; S. PATTI, *Diritto dell'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 859 ss.

Tradizionalmente, insomma, l'ambiente in Italia è stato letto come un "problema" – e, quindi, come un oggetto di doveri di protezione – o, in alternativa, come un elemento che assume valenza giuridica unicamente allorquando impatta su uno o più interessi dell'individuo. Il che non ne esclude affatto una ormai universalmente riconosciuta centralità, ma comunque in un'ottica fortemente antropocentrica, e solo raramente in una dimensione (anche solo lontanamente) ecocentrica, che guardi all'ambiente come un "valore" in sé, suscettibile di cura e protezione in quanto tale¹⁵.

Mi riferisco, evidentemente, a quella diversa idea di ambiente, presente in alcune Carte Costituzionali di più recente introduzione approvate agli inizi di questo secolo in diversi Paesi dell'America latina, laddove la protezione dell'ambiente è declinata come tutela della "Madre terra", soggetto giuridicamente rilevante, titolare di diritti specifici quale quello di mantenersi e rigenerarsi¹⁶. La prospettiva sudamericana è senza dubbio culturalmente e spiritualmente – prima ancora che giuridicamente – troppo lontana dalla nostra per poter essere presa a modello, ma – come cercherò di dimostrare – questo non esclude che essa possa aiutarci ad individuare chiavi di lettura innovative di alcuni fenomeni, tali da agevolare il necessario percorso di transizione ecologica che il diritto, così come l'intero sistema ordinamentale, sta vivendo¹⁷.

E' innegabile, infatti, che negli ultimi anni molto è cambiato, anche nella sensibilità del legislatore ai temi ambientali. Dal vecchio antropocentrismo "puro" si sta transitando verso un nuovo assetto, al quale non si è ancora ap-

15 J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Politica del diritto*, 1989, 673 ss.; M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in *Dig. Disc. Pubbl. (agg.)*, Milano, 2017, 486 ss.

16 Il riferimento è alle Costituzioni dell'Ecuador (2008) e della Bolivia (2009), dall'analisi delle quali emerge una vera e propria "soggettivizzazione" della natura, le cui funzioni ed i cui cicli vitali travalicano l'esperienza umana, in una prospettiva per la quale «the concept extruded from the Andean view is cosmocentric in which human beings have a subordinate role to the order of nature and things» (D. FUSCHI, *Rights of nature in the Constitutions of Ecuador and Bolivia. The principle of Buen vivir and the constitutional subjectivity of nature*, in *Ambienteditto*, 2/2023, 3).

17 F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023; ID., *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4/2021, 779 ss.; G. SEVERINI, *La transizione come ordinamento giuridico*, in *Giustiziainsieme*, 2022.

prodotti, attraverso una svolta biocentrica, che trae dai diritti della natura elementi per ricostruire un nuovo equilibrio. In dottrina si sostiene che ciò debba fondarsi sugli elementi della responsabilità comune (solidale) e sulla interdipendenza tra le azioni umane e il destino della natura¹⁸. Insomma, in una dimensione comunque legata al dovere, alla responsabilità intra e inter generazionale¹⁹. Pur aderendo a tale ricostruzione, la presente indagine è volta a verificare se e in che termini questa evoluzione possa fondarsi non solo sulla prospettiva del dovere, ma anche su quella del diritto, ovvero se la qualificazione del diritto ad un ambiente integro e salubre come diritto fondamentale sia prospettabile in chiave teorica²⁰ e, soprattutto, se questa abbia una concreta portata consequenziale nell'ottica della transizione ecologica.

Del resto, l'attuale assetto costituzionale – sebbene non qualifichi espressamente l'ambiente come diritto fondamentale – non è incompatibile con una ricostruzione in tal senso, e ciò non solo alla luce della positivizzata centralità riconosciuta dalle nuove formulazioni degli artt. 9 e 41, ma anche a fronte del contenuto “aperto” dell'art. 2 Cost. Nel contesto in esame, tale disposizione viene generalmente anch'essa valorizzata in relazione al perimetro della doverosità: individui, collettività e istituzioni hanno il dovere inderogabile di tutelare le risorse ambientali, quali presupposti imprescindibili per il pieno sviluppo della persona²¹. Tuttavia, come noto, lo stesso art. 2 introduce la parallela categoria

18 A. PORCIELLO, *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Roma, 2022; G. DEMURO, *I diritti della natura*, in *Federalismi*, 6/2022.

19 P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Il diritto dell'economia* (numero monografico), 2021; P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Federalismi*, 2011. Per un diretto e indissolubile legame tra solidarietà intergenerazionale e intragenerazionale v. F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, cit., 27.

20 Si sono espressi in tal senso, tra gli altri, G. AMENDOLA, *L'inserimento del diritto all'ambiente nella Costituzione all'esame del Senato*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 6/2019, 1 ss.; P. MADDALENA, *Il diritto all'ambiente come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*, in *Cons. St.*, 1983, II, 427 ss.

21 A.G. PIETROSANTI, *Consumo di risorse naturali non rinnovabili. Tra diritti della natura, bilanciamento di interessi e tutela giurisdizionale*, cit., 36-40; M. POTO, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, in *Resp., civ. e previd.*, 3/2022, 1057 ss.; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2002, 215 ss.

dei “diritti inviolabili dell’uomo”, evidentemente finalizzata ad accogliere tutte quelle libertà e pretese connesse allo sviluppo della persona e, pertanto, connotata da un carattere dinamico, adattativo²², che non esclude affatto la possibilità di configurare il diritto ad un ambiente salubre come nuovo diritto inviolabile²³.

2. Il pilastro “traballante” della Convenzione di Aarhus: l’accesso alla giustizia

Sul piano sostanziale, anche grazie agli obblighi derivanti dall’adesione dell’Italia alla Convenzione di Aarhus²⁴, sia la disciplina speciale dell’accesso ai documenti amministrativi che quella relativa alla partecipazione procedimentale appaiono tendenzialmente compatibili con una ricostruzione del diritto alla tutela ambientale in termini di diritto fondamentale²⁵.

L’accesso è riconosciuto a chiunque, ha ad oggetto non solo documenti ma anche dati non ancora cristallizzati in un atto formale, e deve conformarsi a standard di qualità elevati, essendo richiesto che le informazioni fornite al cittadino siano aggiornate, precise e confrontabili²⁶. Non è un caso che una delle

22 E’ stato osservato come il costituzionalismo contemporaneo sia connotato da una tendenziale asimmetria tra il catalogo dei diritti fondamentali effettivamente riconosciuti dall’ordinamento e quelli espressamente disciplinati dalle Carte costituzionali, con la conseguenza che «in alcuni ordinamenti costituzionali, come quello italiano, l’individuazione di nuovi diritti fondamentali per via interpretativa appare autorizzata o perfino richiesta dalla Costituzione stessa», G. PINO, *Diritti fondamentali*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 212.

23 V. BALDINI, “Che cosa è un diritto fondamentale”. *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in *Diritti fondamentali*, 1/2016, 1 ss., parla al riguardo di «dinamismo creativo che implica un continuo adeguamento e ricomposizione del sistema dei diritti fondamentali», 2.

24 “Convenzione sull’accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l’accesso alla giustizia in materia ambientale”, firmata nella cittadina di Aarhus, in Danimarca, nel 1998 e ratificata in Italia con la l. n. 108/2001. Per una analisi del documento si rinvia a J. HARRISON, *Legislazione ambientale europea e libertà di informazione: la Convenzione di Aarhus*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, 27 ss.; M. MACCHIA, *La compliance al diritto amministrativo globale: il sistema di controllo della convenzione di Aarhus*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 639 ss.; A. TANZI, F. FASOLI, E L. IAPICHINO (a cura di), *La Convenzione di Aarhus e l’accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011; G. LIGUNANA, *La Convenzione di Aarhus nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE del 2011*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2012, 331 ss.

25 In merito alla disciplina del diritto di accesso ambientale introdotta dalla Convenzione di Aarhus v. F. FONDERICO, *Il diritto di accesso all’informazione ambientale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 675 ss.

26 Cfr. art. 9, co. 1, d.lgs. n. 195/2005 (*Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull’accesso pubblico all’informazione ambientale*); T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 12 gennaio 2010, n. 68, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, 233; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 18 ottobre 2008, n. 1339, in *Foro*

poche pronunce del giudice amministrativo nelle quali l'ambiente è espressamente qualificato in termini di diritto fondamentale riguarda proprio il diritto di accesso e la sua tendenziale prevalenza sul diritto alla riservatezza²⁷.

In relazione alla partecipazione ai processi decisionali in materia ambientale²⁸, è previsto che essa debba avvenire «per tempo», «nella misura più ampia possibile», e «per un periodo di tempo adeguato»²⁹; a ciò deve aggiungersi la maggiore sensibilità, anche da parte dei legislatori regionali, nei confronti di dinamiche partecipative più adatte alla gestione del “problema” ambiente, in grado di far emergere l'elevata potenzialità collaborativa, sul modello delle inchieste pubbliche francesi³⁰. Partecipazione, in altri termini, non solo intesa come diritto ad essere ascoltati da parte di chi ne faccia espressamente richiesta (a prescindere dalla previa dimostrazione della titolarità di un interesse qualificato), ma anche come diritto ad essere coinvolti (su iniziativa della p.a.) ogniqualvolta una decisione pubblica sia destinata ad impattare sul territorio, al fine di

amm. TAR, 2008, 10, 2693.

27 «In tema di diritto di accesso alle informazioni ambientali, laddove venga proposta la relativa richiesta al fine di tutelare il proprio diritto alla salute e alla tutela dell'ambiente, il regime facilitato di accesso di cui al d.lgs. n. 195/2005 rende prevalenti gli interessi di coloro che vogliono accedere ai documenti relativi ai diritti fondamentali (salute, ambiente) rispetto alla situazione di chi ha invece interesse a che i dati aziendali o personali non siano rivelati» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 4 marzo 2021, n. 2652, in *Foro amm.*, 2021, 544).

28 N. HARTLEY, C. WOOD, *Public participation in environmental impact assessment – Implementing the Aarhus convention*, in *Environmental Impact Assessment Review*, 2005, 319 ss. Per una più ampia disamina delle specifiche connotazioni del diritto di partecipazione nei processi decisionali in materia ambientale, sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004.

29 Si esprimono criticamente nei confronti della vaghezza di tali prescrizioni, presenti nella Convenzione di Aarhus, nella misura in cui finiscono per lasciare ampia libertà ai legislatori nazionali, M. LEE, C. ABBOT, *The Usual Suspect? Public Participation Under the Aarhus Convention*, in *Modern Law Review*, 2003, 80 ss.

30 M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative*, Milano, 2019; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018; M. CALABRÒ, *La prevenzione della cattiva amministrazione attraverso l'esercizio dei diritti di accesso e partecipazione: il caso dei procedimenti in materia di ambiente*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, 123 ss.; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche, politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere*, Milano, 2010.

essere informati, comprendere e, nel caso, incidere con il proprio apporto sul processo decisionale³¹.

L'elemento maggiormente critico è, invece, rappresentato da quello che, in base alla Convenzione di Aarhus, configura il terzo pilastro di un sistema efficace di protezione delle risorse ambientali, ovvero l'accesso alla giustizia³², parte invero mai espressamente trasposta nell'ordinamento italiano con atto interno di recepimento³³.

La natura dell'ambiente come bene non soggettivamente attribuibile e multiforme ha da sempre reso problematica la configurazione del suo sistema di tutela in un sistema giudiziario profondamente lontano dal modello dell'azione popolare³⁴, e che «guarda con sfavore la legittimazione di aggrega-

31 Di grande interesse, in tale prospettiva, lo studio dei procedimenti partecipativi in materia ambientale sviluppatasi negli ultimi anni in America Latina al fine di garantire un effettivo coinvolgimento delle popolazioni indigene circa le decisioni di tutela e sviluppo dei loro territori. La letteratura internazionale, al riguardo, è ormai vastissima: per una recente rassegna v. M. ZURBA, A. PAPADOPOULOS, *Indigenous Participation and the Incorporation of Indigenous Knowledge and Perspectives in Global Environmental Governance Forums: a Systematic Review*, in *Environmental Management*, 2023, 84 ss.; K.L. THOMPSON, T.C. LANTZ, N.C. BAN., *A review of Indigenous knowledge and participation in environmental monitoring*, in *Ecology & Society*, 2020.

32 Ai sensi dell'art. 9, co. 2 della Convenzione di Aarhus, «nel quadro della propria legislazione nazionale, ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico interessato a) che vantino un interesse sufficiente o, in alternativa, b) che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di detta Parte esiga tale presupposto, abbiano accesso a una procedura di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale e/o ad un altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge». Sul punto v. A. MORRONE, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale: la Convenzione di Aarhus nell'ordinamento italiano*, in A. TANZI, E. FASOLI, L. IAPICHINO (a cura di), *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Milano, 2011, 69 ss.; P. LOMBARDI, *L'accesso alla giustizia per la protezione dell'ambiente in Italia nella prospettiva della Convenzione di Aarhus*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 997 ss.

33 La disciplina del diritto di accesso alle informazioni e della partecipazione ai processi decisionali in materia ambientale presente nella Convenzione di Aarhus è stata, al contrario, recepita in Italia prima con il d.lgs. n. 195/2005 (attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale) e, successivamente, con l'art. 3-sexies del d.lgs. n. 152/2006. Per un'ampia disamina della disciplina del "terzo pilastro" della Convenzione e delle ragioni che ne rendono critica l'attuazione v. M. MAGRI, *Limiti e ambiguità del terzo pilastro della convenzione di Aarhus sull'accesso alla giustizia in materia ambientale*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli, 2014, 595 ss., il quale, tra l'altro, osserva che anche gli altri Stati membri non hanno ottemperato al pieno recepimento interno del contenuto della convenzione, evidente sintomo dell'«ostracismo degli Stati europei verso un modello più libero o meno «informato» del potere dei cittadini di provocare il controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi», 596.

34 C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione «soggettiva» e legittimazione «oggettiva» ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss.

zioni di individui che si facciano portatori occasionali di interessi esistenti allo stato diffuso»³⁵. E' noto che il legislatore ha ritenuto di dover superare questa criticità individuando un'unica figura soggettiva cui imputare formalmente l'interesse diffuso, riconoscendo nello Stato il soggetto al quale affidare non solo gran parte delle funzioni amministrative³⁶, ma anche e soprattutto il ruolo principale (in alcuni casi esclusivo) sul piano processuale³⁷. Mi riferisco innanzitutto alla disciplina dell'azione di risarcimento del danno ambientale, la cui titolarità è riconosciuta al solo Ministero dell'Ambiente, sia in sede civile che penale³⁸. Le criticità legate a tale modello sono diverse, prima fra tutte l'evidente dissonanza esistente tra il soggetto titolare dell'azione e la comunità (locale) che subisce il danno³⁹. Inoltre, il riconoscimento in via pseudo-esclusiva allo Stato

35 Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1600, in *Foro amm.-CDS*, 2003, 1108. Sul punto, invero, la Corte di Giustizia UE ha affermato da tempo che «il giudice nazionale è tenuto ad interpretare le norme processuali concernenti le condizioni che devono essere soddisfatte per proporre un ricorso amministrativo o giurisdizionale in conformità sia degli scopi dell'art. 9, n. 3 della suddetta convenzione (di Aarhus, n.d.r.) sia dell'obiettivo di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Spetta pertanto al giudice del rinvio la possibilità di interpretare le norme processuali nazionali in modo tale da permettere ad un'organizzazione per la tutela dell'ambiente (come il *Lesoochrannárske zoskupenie*) di contestare in giudizio una decisione adottata a seguito di un procedimento amministrativo eventualmente contrario al diritto ambientale dell'Unione» (Corte Giust. UE, 8 marzo 2011, causa C-240/09, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 101 ss., con nota di F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*).

36 Si pensi, a titolo esemplificativo, alle azioni di prevenzione e di ripristino affidate, ai sensi degli artt. 304 e 305 del d. lgs. n. 152/2006, in via esclusiva al Ministero dell'Ambiente.

37 Sul punto, la Cassazione penale ha chiaramente affermato che la tutela «dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale è di esclusiva pertinenza statale», Cass. pen., Sez. III, 17 gennaio 2012, n. 19437, in *Diritto e giustizia*, 2012.

38 «Il titolare della pretesa risarcitoria per il danno ambientale, inteso quale risarcimento del danno di natura pubblica, in sé considerato come lesione dell'interesse pubblico e generale all'ambiente, è esclusivamente lo Stato» (Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 2010, n. 4105, in *Riv. giur. ambiente*, 2/2011, 282). Per una completa disamina della disciplina v. W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli, 2012.

39 Critico nei confronti della centralizzazione in capo allo Stato della legittimazione ad agire a tutela del bene ambiente R. LEONARDI, *L'esclusione della legittimazione ad agire degli enti locali nell'azione risarcitoria in tema di danno ambientale: la negazione del «federalismo ambientale»*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 2925 ss. La questione, invero, è stata sottoposta anche al vaglio della Consulta, la quale ha però dichiarato «infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 311, comma 1, d.lg. 3 aprile 2006 n. 152, nella parte in cui attribuisce al ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e per esso allo Stato, la legittimazione all'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno ambientale, escludendo la legittimazione concorrente o sostitutiva della regione e degli enti locali sul cui territorio si è verificato il danno, in riferimento agli art. 2, 3, 9, 24 e 32 cost.» (Corte Cost., 1° giugno 2016, n. 126).

del ruolo di attore a tutela dell'ambiente, fa sì che decisioni pubbliche direttamente o indirettamente incidenti sull'ambiente risultino difficilmente sindacabili, se non altro quando l'atto contestato sia a sua volta statale⁴⁰.

Certo, lo Stato non è il solo soggetto a poter accedere alla giustizia amministrativa a tutela dei beni ambientali. Si registra una certa "larghezza" da parte del giudice amministrativo nel riconoscere la legittimazione ad agire in capo anche agli enti locali, a prescindere da un loro coinvolgimento in sede di processo decisionale⁴¹, così come è noto il criterio del doppio binario da tempo applicato dal giudice amministrativo in relazione all'accesso alla giustizia per le associazioni ambientaliste: al criterio della legittimazione *ex lege*, mediante riconoscimento ministeriale, si affianca quello della *vicinitas*, ovvero l'avere la sede in quel determinato contesto territoriale, dimostrando così uno stabile collegamento con la risorsa ambientale⁴².

Secondo la giurisprudenza ancora oggi maggioritaria, ribadita dalla Plenaria n. 22/2021, la *vicinitas* è però idonea a dimostrare unicamente la legittimazione, con il conseguente *onus allegandi* relativo all'interesse a ricorrere, consistente nel dovere di dimostrazione di aver subito un pregiudizio specifico a

40 In termini, D. SICLARI, *Profili di diritto processuale amministrativo: class actions e tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padova, 2012, 414 ss.

41 Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 15 settembre 2023, n. 5117, in *Foro amm.*, 2023, 9, II, 1256; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 16 novembre 2021 n. 1568, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Veneto, ord., 18 luglio 2022, n. 1170, in *Foro amm.*, 2022, 7-08, 982, ove si richiama il testo novellato dell'art. 9 Cost. proprio al fine di rafforzare la legittimazione processuale dei Comuni, quali enti che – nel comporre la "Repubblica" insieme a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato – sono chiamati a contribuire alla tutela dei beni ambientali.

42 In giurisprudenza, si avvicendano tradizionalmente due orientamenti: il primo, che tende a valorizzare, ai fini della legittimazione ad agire, la mera *vicinitas* fisica (continuità geografica) tra il ricorrente ed il bene oggetto danneggiato o minacciato, senza che tale vicinanza debba essere in alcun modo connotata (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2021 n. 4387, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 23 maggio 2019, n. 3386, in *www.giustizia-amministrativa.it*); il secondo indirizzo, al contrario, interpreta la *vicinitas* «non già in senso assoluto bensì relativo, ossia con riferimento alle peculiari caratteristiche dell'opera e quindi anche alla sua natura e dimensioni, destinazione, implicazioni urbanistiche ed agli effetti ragionevolmente dispiegabili in ordine alla qualità della vita di relazione esplicantesi nel contesto spaziale» (Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2021 n. 3247, in *Foro it.*, 9/2021, 433). In termini v. T.A.R. Toscana, sez. III, 1° giugno 2023, n. 547, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 23 dicembre 2020 n. 8289, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

beni riconducibili all'associazione⁴³. Si registrano, tuttavia, sempre più frequentemente pronunce che esprimono un orientamento contrario, secondo cui – spesso attraverso la valorizzazione della relazione tra tutela dell'ambiente e tutela della salute – si riconosce nella sola *vicinitas* un elemento di per sé qualificante sia della legittimazione che dell'interesse a ricorrere⁴⁴.

3. L'incerta strada della qualificazione dell'ambiente come oggetto di un diritto fondamentale e la prospettiva della valorizzazione del *public-spirited citizen*

Alla luce del quadro di riferimento succintamente delineato, occorre, a questo punto, domandarsi in primo luogo se possa rivelarsi di una qualche utili-

43 Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20869; Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2022, n. 1768, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 3 gennaio 2022, n. 1, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria, Sez. I, 15 dicembre 2022, n. 1087, in *Foro amm.*, 2022, 1624; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 30 novembre 2019, n. 13734, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per una approfondita analisi delle ragioni sottese a tale orientamento si rinvia a A. MAESTRONI, *La vicinitas quale condizione per l'azione; paletti interpretativi in relazione alla questione della necessità della prova effettiva di un danno attuale e concreto in capo al gruppo di cittadini ricorrente*, in *Riv. giur. amb.*, 5/2014, 557 ss. e, da ultimo, a G. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022, 198 ss.

44 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2022, n. 4639, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 30 settembre 2019, n. 6519, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 15 settembre 2020, n. 1147, in *Foro amm.*, 9/2020, 1784, ove si afferma espressamente che «Nella materia ambientale, oltre ai beni fondamentali del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, garantiti dall'art. 9, comma 2, Cost., viene in rilievo il bene primario della salute umana, garantito dall'art. 32 Cost. come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, la cui soglia di tutela giurisdizionale, nella relativa declinazione di salvaguardia dei valori ambientali, deve intendersi anticipata al livello di oggettiva presunzione di lesione; conseguentemente, ai fini della sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire risulta sufficiente la *vicinitas*, intesa come vicinanza dei soggetti che si ritengono lesi al sito prescelto per l'ubicazione di una struttura avente potenzialità inquinanti e/o degradanti, non potendo loro addossarsi il gravoso onere dell'effettiva prova del danno subito». V. Anche T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 11 ottobre 2022, n. 1570, ove si specifica che in queste ipotesi «pretendere la dimostrazione di un sicuro pregiudizio, ai fini della legittimazione e dell'interesse a ricorrere, costituirebbe una 'probatio' diabolica, tale da incidere sul diritto costituzionale di tutela in giudizio delle posizioni giuridiche soggettive, essendo sufficiente la 'vicinitas'». T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 4 luglio 2022, n. 4518, in *Foro amm.*, 2022, 7-8, II, 1023, effettua una espressa distinzione tra le materie dell'urbanistica e dell'ambiente, escludendo che a quest'ultima possa estendersi l'orientamento relativo alla necessità della prova del concreto pregiudizio, in ragione della circostanza che «viene in rilievo il bene primario della salute, garantito dall'art. 32 Cost. come “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”, la cui soglia di tutela giurisdizionale, nella relativa declinazione di salvaguardia dei valori ambientali, deve intendersi anticipata al livello di oggettiva presunzione di lesione». In dottrina, sul tema, si rinvia a F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2017, 771 ss.

tà – in termini di rafforzamento del livello di tutela – la prospettiva della qualificazione del diritto ad un ambiente salubre come diritto fondamentale⁴⁵. L'analisi mi sembra possa svilupparsi partendo dalla considerazione che ciò che rileva non è tanto la valenza più o meno centrale che un ordinamento riconosce in termini astratti ad un bene, quanto piuttosto il margine di azione riconosciuto a coloro che hanno interesse ed intendono concretamente attivarsi per la tutela del bene stesso.

Ebbene, la ricostruzione della tutela ambientale come diritto fondamentale della persona⁴⁶, ove possibile, potrebbe in primo luogo porsi come strumento idoneo a valorizzare o, meglio, pretendere, l'effettiva ottemperanza ai doveri di protezione da parte dei soggetti pubblici a ciò preposti⁴⁷. In effetti, se si vuole riconoscere una valenza sostanziale al rinnovato testo dell'art. 9 Cost., non può non convenirsi sul fatto che l'attenzione alla tutela delle risorse ambientali assume oggi il ruolo di presupposto imprescindibile per indirizzare

45 In generale, sulla discussa nozione di “fondamentalità” dei diritti, v. A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta OnLine*, II/2016, 263 ss.; G. D'AMICO, *La “fondamentalità” dei diritti tra giudici e legislatore*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017, 481 ss.

46 Come noto, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non riconosce una specifica protezione all'ambiente come diritto fondamentale. Ciò nonostante, la Corte EDU ha da tempo inteso garantire tutela indiretta ai beni ambientali, e ciò principalmente mediante il ricorso all'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare), affermando, ad esempio, che «le Autorità devono proteggere il diritto dell'individuo ad un ambiente salubre, come espressione del diritto al domicilio e alla vita privata, con azioni concrete e non solo rispettarlo in astratto» (Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Lopez Ostra c. Spagna*); o, ancora, chiarendo che sussiste la possibilità di agire ai sensi dell'articolo 8 ogniqualvolta un rischio ambientale raggiunga un livello di gravità tale da tradursi in una compromissione significativa della capacità del richiedente di godere della propria vita privata o familiare o della propria casa (Corte EDU, 10 febbraio 2011, *Dubetska e altri c. Ucraina*). Su tali profili si rinvia a C. FELIZIANI, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della corte EDU in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6/2012, 999 ss.; A. GALANTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla tutela dell'ambiente: approdi, prospettive e portata precettiva*, in *Questionegiustizia*, 2022, 1 ss. Per le ultime evoluzioni della giurisprudenza della Corte EDU v. la pronuncia del 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, in <https://hudoc.echr.coe.int>, i cui profili di rilievo sono esaminati *infra* nel par. 4.

47 Per una più generale teorizzazione della sussistenza di doveri inderogabili in capo alla p.a. – fondati su una originale interpretazione dell'art. 2 Cost. – a tutela dei diritti inviolabili della persona, v. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa *Rivista*, 2/2020, 543 ss.

l'attività discrezionale dell'amministrazione nell'esercizio dei poteri pubblici, ormai doverosamente orientati in senso ecologico⁴⁸. Sul punto, paiono di grande interesse quegli arresti del giudice amministrativo che – proprio nell'attribuire al cittadino la titolarità di un diritto fondamentale alla salvaguardia dell'habitat naturale – impongono all'amministrazione di giustificare adeguatamente la scelta di non sottoporre un progetto a V.I.A. all'esito della procedura preliminare di *screening*⁴⁹.

L'esercizio di una funzione pianificatoria o programmatica non rispettoso di tale “bussola”, ad esempio, dovrebbe essere sempre sindacabile da parte dei destinatari dell'azione stessa, e ciò tanto più se ad essi si ritenga di poter attribuire la titolarità di un diritto fondamentale ad un ambiente integro e salubre⁵⁰. In questa prospettiva, del resto, sembrano porsi alcune Costituzioni europee, quali la Portoghese e la Spagnola, dove un ambiente sano è identificato come oggetto tanto di un diritto quanto di un dovere di ciascuno⁵¹; nonché la

48 F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2022, 15 ss., osserva come la nuova versione dell'art. 9 Cost. «costituisca un freno alla libertà del legislatore (ma pure della giurisprudenza costituzionale e all'amministrazione) di ordinare interessi» 20. Si è parlato, in tale prospettiva, anche di “ecologizzazione” del diritto: A.G. PIETROSANTI, *Consumo di risorse naturali non rinnovabili. Tra diritti della natura, bilanciamento di interessi e tutela giurisdizionale*, cit., 113 ss.; M. MONTEDURO, *Riflessioni sulla primazia ecologica nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, cit.; F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017. È opportuno ricordare, invero, come già il principio di integrazione di cui all'art. 6 del Trattato CE (oggi art. 11 TFUE) imponga che le esigenze di tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e le attività dell'UE. Sul tema v. M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 467 ss.

49 Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36, in *Foro amm.*, 41. In termini Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 2010, n. 4246, in *Riv. giur. ambiente*, 1/2011, 111; Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2014, n. 5054, in www.giustizia-amministrativa.it.

50 La dottrina parla, al riguardo, di “dimensione espansiva” dei diritti fondamentali, facendo riferimento alla necessità di mettere in atto azioni idonee a garantirne il godimento e, nel contempo, di predisporre adeguati strumenti di tutela a fronte di eventuali violazioni degli stessi (G. PINO, *Diritti fondamentali*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 218).

51 «Tutti hanno il diritto ad un ambiente di vita umano, sano ed ecologicamente equilibrato e hanno il dovere di difenderlo» (art. 66, Costituzione Portoghese); «Tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo» (art. 45, Costituzione Spagnola).

Costituzione Greca, il cui art. 24 definisce la tutela dell'ambiente come un obbligo per lo Stato e, nel contempo, come un diritto degli individui⁵².

Sotto un diverso punto di vista, l'inquadramento dell'ambiente come oggetto non solo di doveri pubblici, ma anche di diritti (privati fondamentali), potrebbe consentire di superare la tradizionale impostazione stato-centrica imperante in Italia, dove – come si è visto – la maggior parte dei compiti di tutela sono attribuiti in via esclusiva allo Stato centrale, il che, tra l'altro, conduce ad una indebita confusione tra interesse diffuso e interesse pubblico. L'attuale assetto, ad esempio, rende ambigua la valenza da riconoscere all'intervento dello Stato nelle azioni di risarcimento di danno ambientale, non essendo pacifico se esso agisca come soggetto deputato a proteggere l'ambiente nell'interesse della collettività, o come soggetto direttamente leso⁵³.

Non mancano, pertanto, argomentazioni idonee a giustificare il tentativo di qualificare il diritto ad un ambiente salubre in termini di diritto fondamentale: ma, a ben vedere, tale operazione rischia di rivelarsi strutturalmente “fragile”, a fronte della circostanza che, come si è già sottolineato, in ordine al profilo dell'accesso alla giustizia l'ordinamento italiano non risponde adeguatamente alle richieste – manifestate in sede internazionale ed europea – di piena tutela delle risorse ambientali. È immediato il riferimento ai «diritti di carta» di cui parla il filosofo del diritto Giorgio Pino, ovvero a quei diritti per i quali – a

52 «La tutela dell'ambiente naturale e culturale costituisce un dovere dello Stato e un diritto di ogni persona. Lo Stato è obbligato ad adottare particolari misure preventive o repressive per la preservazione dell'ambiente in ottemperanza al principio dello sviluppo sostenibile» (art. 24, Costituzione Greca). Per un esame analitico del ruolo dell'ambiente all'interno delle Costituzioni v. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, 121 ss. Esprime perplessità sul fatto che all'inserzione in Costituzione di un riferimento all'ambiente consegua necessariamente l'attuazione di concrete ed efficaci politiche di difesa dell'ecosistema, C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale 'dell'ambiente': un profilo critico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2/2022, 119 ss.

53 Con il rischio di configurare impropriamente il danno ambientale come danno pubblico e non, invece, collettivo. Su tale aspetto v. C. VOLPE, *Giudice amministrativo e codice dell'ambiente. Il danno ambientale nel riparto di giurisdizione*, in *Giustamm.*, 2006.

fronte di solenni proclamazioni di inviolabilità – non corrisponde un'adeguata tutela in sede giurisdizionale⁵⁴.

Volendo rafforzare, anche sotto il profilo giustiziale, la ricostruzione delineata, emerge allora l'esigenza di individuare soluzioni giuridiche in grado di ampliare la sindacabilità dell'operato dell'amministrazione, allorquando essa intervenga con decisioni che – direttamente o indirettamente – impattano sull'ambiente⁵⁵. In tale ottica, potrebbe rivelarsi utile concentrare l'analisi sul rapporto che lega la comunità (e, singolarmente, gli individui che la compongono) alle risorse ambientali.

La premessa di tale operazione ricostruttiva è che la natura di bene pubblico della risorsa ambientale non rimanda necessariamente al classico modello relazionale di tipo proprietario tra titolare (Stato) e bene. La valorizzazione del profilo funzionale, dinamico, del bene stesso consente di porre in rilievo l'elemento “fulcro”, rappresentato dal libero godimento collettivo⁵⁶. Lo Stato, in altri termini, si pone al centro tra i beni ambientali e la collettività alla quale i medesimi sostanzialmente appartengono come «interposizione solo strumentale»⁵⁷, attesa la natura di bene immateriale dell'ambiente «non configurabile tec-

54 G. PINO, *Diritti fondamentali*, cit., 220. Sottolinea le criticità connesse all'istituto delle condizioni dell'azione, quale filtro preliminare all'accesso alla tutela, nella prospettiva di una teoria dell'azione giurisdizionale come diritto fondamentale L.R. PERFETTI, *La legittimazione processuale come aspetto della teoria del diritto di azione e non della struttura del processo*, in questa *Rivista*, 2/2019, 225 ss.

55 Particolarmente “aperta” ad una massima giustiziabilità (anche in punto di legittimazione ad agire) delle fattispecie di danno ambientale, come noto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, laddove, ad esempio – proprio nel valorizzare la portata della Convenzione di Aarhus – da un lato, riconosce la legittimazione ad agire alle associazioni ambientali anche avverso l'impugnazione di atti solo indirettamente connessi ai profili ambientali (ad es. l'omologazione di un'automobile diesel; Corte Giust. UE, 8.11.2022, n. 873) e, dall'altro lato, afferma l'applicabilità del principio in base al quale il procedimento giurisdizionale non deve essere eccessivamente oneroso in tutte le ipotesi in cui il ricorrente «tenti di far rispettare il diritto ambientale nazionale, anche quando un ricorso è ritenuto temerario o vessatorio, o in assenza di un nesso tra l'asserita violazione del diritto ambientale nazionale e un danno all'ambiente» (Corte Giust. UE, sez. I, 15 marzo 2018, n. 470, in *Foro amm.*, 3/2018, 421).

56 P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006.

57 A. ROMANO, *Demaniale e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano 1999, 412. In termini anche S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano 1969, 175 ss.

nicamente come patrimonio dello Stato, ma come utilità della collettività generale, verso la quale l'amministrazione ha doveri più che diritti»⁵⁸.

La lettura proposta consente allora di inquadrare le risorse ambientali nell'ambito della eterogenea e discussa categoria dei "beni comuni". Non è questa la sede per esaminare *funditus* l'ampio dibattito ancora in corso attorno al concetto di bene comune⁵⁹, ma è evidente come una prospettiva funzionale, che prescindendo dall'elemento della titolarità del bene in senso codicistico, riesca a fotografare pienamente ciò che le risorse ambientali effettivamente sono: beni legati al perseguimento di interessi della collettività, alla quale "appartengono" in senso sostanziale, al di là della dicotomia beni pubblici/beni privati⁶⁰.

Del resto, l'idea che i beni ambientali siano da qualificarsi come "comuni" non è certo nuova. Gaio, nelle sue *Institutiones*, inquadrava l'aria, l'acqua, il mare ed altre risorse ambientali nella categoria delle *res communes omnium*, ovvero delle cose che appartenevano a tutti indistintamente, per le quali era esclusa la proprietà individuale⁶¹. La stessa Corte costituzionale, già nel 1987, sottolineava

⁵⁸ Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641.

⁵⁹ La letteratura sul tema è ormai vastissima; *ex multis* si rinvia a P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2015; A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2014; R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2014, 209 ss.; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, in *www.labsus.org*, 2014; G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma 2012; P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Giustamm.it*, 2012; S. RODOTÀ, *Beni comuni e categorie giuridiche: una rivisitazione necessaria*, in *Quest. giust.*, 5/2011, 237 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2010.

⁶⁰ «In relazione al tema in esame, più che allo Stato - apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato - collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) - privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati.» (Cass., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665). In dottrina, v. C. MICCICHÈ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, 2018; A. FARÌ, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013.

⁶¹ GAIO, *Institutiones*, II, 1-2, la cui citazione è in R. BRIGANTI, *Diritti fondamentali e generazioni future: la tutela dell'ambiente e dei beni vitali*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017, 371.

come i beni ambientali non fossero oggetto di una situazione soggettiva di tipo appropriativo, inquadrandoli piuttosto nei c.d. beni liberi⁶². Anche la recente riforma dell'art. 9 della Costituzione può essere letta in tale ottica. Il collegamento esplicito tra la tutela dell'ambiente e l'interesse delle future generazioni rimanda, infatti, all'idea che la conservazione "per il futuro" sia legata alla circostanza che le risorse ambientali appartengono alla «continuità dell'esperienza umana»⁶³, rinviando, quindi, ad un modello di appartenenza che rifugge qualsiasi titolarità di tipo tradizionale.

Rispetto alla concezione gianniniana di bene comune come bene liberamente disponibile⁶⁴, tuttavia, emerge un ulteriore elemento, ovvero la concezione del cittadino non solo come colui che è libero di godere della risorsa, bensì anche come colui che – in quanto titolare del bene insieme alla collettività di riferimento – ha l'interesse ad attivarsi per tutelarla e conservarla in collaborazione o, se del caso, anche in contrapposizione, con lo Stato.

Questa ricostruzione si rivela innanzitutto pienamente coerente con la disciplina sostanziale relativa alla partecipazione e all'accesso ai documenti amministrativi. La normativa di settore afferma con chiarezza che il diritto di accesso all'informazione ambientale non è strumentale alla tutela delle posizioni individuali di chi lo esercita, né tantomeno ad attività di monitoraggio diffuso, bensì allo sviluppo di una coscienza ambientale collettiva, quale condizione per la soddisfazione dell'interesse alla migliore protezione del bene ambiente. Così come anche coerente con la configurazione di una posizione giuridica attiva a carattere diffuso è la possibilità, riconosciuta in capo ai c.d. cittadini attivi, di avviare iniziative a tutela delle risorse ambientali, iniziative che ai sensi dell'art.

62 Corte Cost, 30 dicembre 1987, n. 641, in *Le Regioni*, 1988, 525 ss., con nota di E. FERRARI, *Il danno ambientale in cerca di giudice e...d'interpretazione: l'ipotesi dell'ambiente-valore*.

63 A.G. PIETROSANTI, *Consumo di risorse naturali non rinnovabili. Tra diritti della natura, bilanciamento di interessi e tutela giurisdizionale*, cit., 32.

64 M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1989, 93 ss.

118, co. 4 della Costituzione, lo Stato deve non solo “tollerare”, ma anche “facilitare”, mettendo a disposizione mezzi e risorse⁶⁵.

La dimensione sostanziale di tale prospettiva ha (o, almeno, dovrebbe avere) evidenti ripercussioni anche sul piano processuale⁶⁶. Se lo Stato non è libero di gestire discrezionalmente le risorse ambientali – perché vincolato dalla loro intrinseca dimensione collettiva a predisporre tutte le misure necessarie a garantirne protezione e libero godimento – a fronte di un illegittimo esercizio

65 Per un'analisi delle potenzialità del principio di sussidiarietà orizzontale applicato al settore della tutela ambientale v. M. BROCCA, *Sussidiarietà e ambiente. Nuove dinamiche in tema di governance ambientale*, in *Amministrativamente*, 3/2023, 1437 ss.; A. FARÌ, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio di funzioni pubbliche*, in *Riv. quadr. diritto ambiente*, 3/2015, 1 ss. Sul ruolo centrale riconosciuto dalla Costituzione ai cittadini nell'attivarsi per il conseguimento di finalità di interesse generale v. G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario Aipda* 2009, 2010, 361.

66 B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Milano, 2020, spec. 64-65. Si interroga significativamente su «quale membro del pubblico prenderà parte ad un procedimento amministrativo con l'intento di far rispettare la legge, già sapendo che, in caso di decisione contraria alla legge, egli non potrà mai rivolgersi al giudice», M. MAGRI, *Limiti e ambiguità del terzo pilastro della convenzione di Arhus sull'accesso alla giustizia in materia ambientale*, cit., 602. Sottolinea la *ratio* comune della dimensione sostanziale e processuale T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 1 aprile 2022, n. 312, in *www.giustizia-amministrativa.it*, laddove afferma che «la tutela dell'ambiente si connota per una peculiare ampiezza del riconoscimento della legittimazione e del coinvolgimento dei soggetti potenzialmente interessati, come è dimostrato dalle scelte legislative (di recepimento delle norme europee e della Convenzione di Aarhus) in tema di partecipazione alle procedure di VAS e di VIA, di legittimazione all'accesso alla documentazione in materia ambientale, di valorizzazione degli interessi diffusi anche quanto al profilo della legittimazione processuale». Di contro, evidentemente, il legame tra dimensione sostanziale e processuale non può essere letto in chiave limitativa della legittimazione ad agire, nel senso che la previa partecipazione al procedimento che ha condotto all'emanazione del provvedimento contestato non può essere interpretata come condizione di ricevibilità del ricorso giurisdizionale. D'altro canto – come sottolinea anche la Corte di Giustizia – la partecipazione nei procedimenti in materia ambientale ha spesso una valenza collaborativa e configura un istituto del tutto distinto dal punto di vista funzionale rispetto al ricorso avverso la decisione finale, con la conseguenza che l'aver preso parte al procedimento non può incidere sulle condizioni di esercizio dell'azione processuale (Corte Giust. UE, 15 ottobre 2009, C-263/98, *Djurgården -Lilla Värtans Miljöskyddsförening*. In dottrina v. F. CORTESE, *La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2010, 500 ss.). Esclude che una normativa processuale nazionale possa, in materia ambientale, “limitare il diritto di ricorso per impugnare decisioni adottate in esito a tale procedimento alle sole persone parte del procedimento stesso” Corte Giust. UE, Sez. II, 20 dicembre 2017, n. 664, in *Foro amm.*, 2017, 2358. *Contra*, almeno in parte, Corte Giust. UE, sez. I, 14 gennaio 2021, n. 826, in *Riv. giur. edilizia*, 2/2021, 340, laddove – nell'interpretare l'art. 9 della Convenzione di Aarhus – afferma che esso «non osta a che la ricevibilità di un ricorso giurisdizionale a cui esso si riferisce sia subordinata alla partecipazione del ricorrente alla procedura di preparazione relativa alla decisione impugnata a meno che, tenuto conto delle circostanze del caso, il fatto di non essere intervenuto in tale procedura non gli possa essere ragionevolmente addebitato».

della pubblica funzione deve conseguentemente riconoscersi in capo alla stessa collettività la facoltà di agire a tutela della risorsa ambientale localizzata nell'ambito della comunità territoriale cui questo appartiene⁶⁷.

E' d'obbligo il rinvio, sul punto, alla Plenaria n. 6 del 2020 che ha avuto il pregio non solo di frenare pericolose "chiusure" nell'applicazione del criterio della *vicinitas*, ma anche di richiamare il principio di sussidiarietà orizzontale quale chiave di accesso al giudizio⁶⁸. La Plenaria, tuttavia, in quel caso non ha condotto fino alle estreme, ma coerenti, conseguenze il suo percorso ricostruttivo: se all'endiadi beni ambientali/beni comuni si affianca l'ulteriore e parallela endiadi interessi ambientali/interessi comuni, e se è il principio di sussidiarietà orizzontale – quale afflato verso l'interesse generale – a giustificare l'accesso al giudice⁶⁹, allora non si vede la ragione per la quale "fermarsi" alle associazioni e ai comitati.

Il medesimo percorso argomentativo è evidentemente estensibile anche al cittadino, non nella sua dimensione egoistico-individuale, bensì come *cives*: cittadino appartenente ad una collettività e, pertanto, co-titolare di un bene co-

67 Sul punto, sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, cit., 828.

68 Nel riferirsi alla legittimazione *ex lege* delle associazioni ambientali maggiormente rappresentative, i giudici specificano che «Questi interventi normativi 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.» (Cons, Stato, Ad plen., 20 febbraio 2020, n. 6, in *Foro amm.*, 2020, 2, 224). Per un'approfondita analisi dei profili di maggior rilievo della pronuncia si rinvia a P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 135 ss., il quale individua la modernità della Plenaria «nell'aver finalmente superato talune esitazioni che la precedente giurisprudenza denotava circa la valenza dell'art. 118 u.c. quale fonte di accesso al giudizio», 143.

69 P. DURET, *Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 688 ss.; 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.

mune⁷⁰, in grado di dimostrare anche il proprio interesse ad agire, e ciò a prescindere da una *vicinitas* in senso meramente fisico⁷¹.

In tale ottica, occorrerebbe procedere ad una attualizzazione del criterio della *vicinitas*, da applicare non solo nei confronti delle soggettività collettive rappresentative di una determinata comunità, ma anche nei confronti del soggetto residente nell'area interessata dal provvedimento contestato o, comunque, di colui che è in grado di dimostrare una relazione qualificata con quella risorsa ambientale⁷². In tal modo, tra l'altro, si andrebbe finalmente a riconoscere il giusto valore a quello che Franco Pugliese opportunamente definiva μέλει, lo «stare a cuore»⁷³.

70 Coerentemente con l'idea dell'appartenenza collettiva, chiunque dimostrasse di far parte di quella collettività dovrebbe avere accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione del bene comune/risorsa ambientale, non solo chi dimostrasse di essere titolare di un interesse specifico e differenziato. Era questa, del resto, la conclusione cui era giunta la c.d. Commissione Rodotà, Commissione sui Beni pubblici istituita presso il Ministero della Giustizia nel 2007 al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. Per un commento ai lavori della Commissione v. M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

71 Per una accezione "ampia", ma comunque fisica della *vicinitas*, non limitata alla "stretta continuità geografica" cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 30 marzo 2020, n. 398, in *Foro amm.*, 2020, 531; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 18 ottobre 2019, n. 621, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 18 agosto, 2021, n. 756, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2021, 1676, ove si afferma che «la *vicinitas* non può intendersi a guisa di stretta contiguità geografica col sito assunto come potenzialmente dannoso, giacché la portata delle possibili esternalità negative di una installazione avente impatto sull'ambiente non si limita, di certo, a investire i soli terreni confinanti, che, al più, sono destinati a sopportarne le conseguenze più gravi».

72 Particolarmente interessante, in tale ottica, la pronuncia della Corte EDU relativa all'emergenza rifiuti in Campania (Corte EDU, 25 gennaio 2012, *Di Sarno ed altri c. Italia*), laddove la Corte ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare): in quel caso la Corte ha ritenuto legittimati ad agire un gruppo di cittadini sulla base della semplice dimostrazione di essere cittadini o lavoratori di comuni toccati dalle conseguenze dell'emergenza rifiuti e di aver, in tal senso, subito una lesione del diritto ad un ambiente salubre, diritto proprio dell'intera popolazione interessata. Su tale vicenda v. P. BRAMBILLA, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II 10 gennaio 2012 (domanda 30765/08)-Emergenza rifiuti in Campania. La CEDU e l'emergenza rifiuti: la condanna del diritto interno in tema di danno ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 407 ss. In generale, sul riconoscimento di un diritto ad un ambiente sostenibile nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo v. M. DE SALVIA, *Ambiente e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1997, 246 ss.

73 F. PUGLIESE, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste: il limite è nella legge*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 511 ss.

E' questa, probabilmente, la sola strada per poter considerare pienamente garantita la tutela processuale del bene ambiente, oggi ancora connotata da aporie di sistema: basti pensare all'ipotesi in cui – a fronte dell'emanazione di un provvedimento statale potenzialmente lesivo di una risorsa ambientale – sia assente sul territorio o resti inerte un'associazione legittimata *ex lege* o in grado di dimostrare il possesso del requisiti della *vicinitas*⁷⁴; e, nel contempo, l'amministrazione locale, seppur sollecitata, per ragioni politiche o di altro tenore decida di non agire⁷⁵. Ecco un più che probabile scenario nel quale il singolo cittadino – seppur co-titolare del bene minacciato – si ritroverebbe sostanzialmente impossibilitato a tutelare il proprio interesse alla protezione della risorsa ambientale.

Si badi, tuttavia, come non si intenda affatto prospettare uno stravolgimento in senso oggettivistico del processo amministrativo. L'interesse sotteso all'azione resta quello alla tutela del bene della vita sostanziale, non la mera legittimità dell'agire amministrativo; né si ritiene che l'accesso alla giustizia debba essere riconosciuto a chiunque⁷⁶. Non è affatto necessario ipotizzare l'introdu-

74 Una delle poche pronunce del giudice amministrativo ad essersi posta in questa ottica è Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107, laddove si sottolinea il forte rischio che l'interesse diffuso alla tutela ambientale possa ritrovarsi privo di «autonoma protezione in caso di inerzia delle associazioni ambientaliste legittimate».

75 In generale, sulle criticità connesse al conflitto tra soggetti (e interessi) pubblici innanzi al giudice amministrativo, v. M. R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato sull'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2020, 209 ss.

76 La perdurante validità della regola del *locus standi*, ovvero di una previa verifica circa la sussistenza o meno di una *legitimatio ad causam* in capo al soggetto ricorrente, quale filtro preventivo rispetto alla valutazione circa la fondatezza del ricorso, ha dato vita, come noto, ad un ampio dibattito da parte della dottrina statunitense sin dagli anni '60 del secolo scorso (v. R. BERGER, *Standing to Sue in Public Action: Is It a Constitutional Requirement?*, in *Yale Law Journal*, 1969, 816 ss.). Per un'analisi di tale fenomeno v. M. DELSIGNORE, *Standing in Environmental Lawsuits in Italy: suggestions from the US*, in *Ius publicum*, 2014, 1 ss. Diverse sono le esperienze ordinamentali, specialmente in Sud America, dove è espressamente riconosciuto a tutti i cittadini il diritto di agire innanzi al giudice per la tutela dell'ambiente (J.C. GUAYACÁN ORTÍZ, *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*, Bogotá, 2014). Introduce un'azione popolare a tutela dell'ambiente, ad esempio, l'art. 34 della Costituzione della Bolivia, ove si dispone che «Ogni persona, a titolo individuale o in rappresentanza di una collettività, ha la facoltà di eseguire le azioni legali in difesa del diritto all'ambiente, senza pregiudizio per gli obblighi delle istituzioni pubbliche di intervenire contro gli attentati all'ambiente». Sulla medesima scia la Costituzione dell'Ecuador, il cui art. 71 dispone che «Ciascuna persona, comunità, popolo o nazionalità potrà esigere dal potere pubblico il rispetto dei diritti della natura», rispetto che viene garantito mediante la *acción de protección*, disci-

zione di un'azione popolare per estendere anche ai cittadini *uti singuli* la legittimazione ad agire in sede processuale a tutela del bene ambiente⁷⁷: è sufficiente, piuttosto, individuare criteri idonei a differenziare la posizione giuridica di un individuo rispetto ad uno specifico bene ambientale, per restare nel “recinto” di una giurisdizione di tipo soggettivo (seppur meno “rigida”)⁷⁸.

La peculiarità della ricostruzione proposta riposa, dunque, nella circostanza che – allorché la controversia abbia ad oggetto la protezione di una risorsa ambientale – l'interesse privato non assume una dimensione individuale, bensì collettiva, e allo stesso interesse privato – attesa la configurazione dei beni ambientali come beni comuni – deve essere riconosciuta una accezione non egoistica, il che lo avvicina notevolmente all'interesse generale⁷⁹. In tal senso, si rivela particolarmente efficace il ricorso – operato tra gli altri da Portaluri

plinata dal successivo art. 88, ai sensi del quale qualsiasi cittadino può agire contro il potere pubblico in caso di violazione di un diritto costituzionale, senza che sia richiesta la dimostrazione di un pregiudizio personale (per un'approfondita analisi della disciplina della tutela ambientale nelle costituzioni boliviana e ecuadoriana v. D. FUSCHI, *Rights of nature in the Constitutions of Ecuador and Bolivia. The principle of Buen vivir and the constitutional subjectivity of nature*, cit., 1 ss.). L'art. 43 della Costituzione argentina riconosce, invece, in capo a ciascuna persona il diritto di agire in giudizio contro atti o omissioni di una pubblica amministrazione in relazione alla protezione dell'ambiente.

⁷⁷ M. MAGRI, *Limiti e ambiguità del terzo pilastro della convenzione di Aarhus sull'accesso alla giustizia in materia ambientale*, cit., osserva come, invero, nemmeno la Convenzione di Aarhus imponga agli Stati membri l'introduzione di una azione popolare in materia ambientale. Anche tale Convenzione, infatti, richiede la dimostrazione di un presupposto, consistente nell'“interesse sufficiente” o nella “violazione di un diritto”, con la conseguenza che un più ampio accesso alla giustizia «può essere soddisfatto mediante una più modesta evoluzione dei principi sulle condizioni dell'azione secondo il diritto processuale amministrativo generale», 598. Sul tema v. anche E. PARISI, *Ricorso collettivo e legittimazione a ricorrere uti singulis per la tutela giurisdizionale dei beni comuni*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2022, 707 ss.

⁷⁸ In termini A. GIORDANO, *Beni comuni e paradigmi di tutela processuale*, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2020, 449 ss., ove sottolinea che «non è, in particolare, consentito prescindere da una valutazione in concreto della meritevolezza della tutela richiesta, attraverso il filtro di una *vicinitas* in senso funzionale dell'attore popolare e di un “bisogno” che non si risolva in intenti meramente emulativi», 478. Per un ampio dibattito circa la matrice soggettivistica del processo amministrativo italiano e le timide tendenze oggettivizzanti, si rinvia ai contributi presenti in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa*, Napoli, 2017.

⁷⁹ Interesse generale e non, si badi, pubblico, come invece sembra ritenere G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 629 ss., laddove parla di «interesse legittimo (perché se correla al potere) ma a contenuto pubblicistico (perché eccede la sfera individuale, caratterizzandosi come interesse condiviso da un numero indeterminato di soggetti)», 531.

– ad una rivisitazione della nozione di *vicinitas*, intesa in senso sostanziale e non spaziale, come rapporto peculiare, anche di mero fatto, instauratosi tra soggetto e bene, a prescindere da qualsiasi forma di istituzionalizzazione dello stesso, nella prospettiva della valorizzazione della figura del *public-spirited citizen*⁸⁰.

La tesi proposta rafforza, tra l'altro, quanto si è cercato di sottolineare al principio in ordine alla dimensione collettivo-solidaristica della tutela delle risorse ambientali, consentendo di conciliare le due contrapposte visioni, eco-centrica ed antropocentrica. Sarebbe ingenuo non convenire sul fatto che l'uomo interviene a tutela delle risorse ambientali *in primis* per il loro ruolo di beni vitali per la sopravvivenza stessa della specie. Del resto, anche la visione ecocentrica non può prescindere dall'intervento dell'uomo, se non altro perché la natura, da sola, non ha modo di difendersi: ed allora, il mutamento di prospettiva emerge nella circostanza che l'uomo non interviene per se stesso, ovvero per poter beneficiare di un ambiente salubre, inteso come risorsa “economica” individuale, bensì in chiave solidaristica, in qualità di *cives*, per tutelare gli interessi della collettività e delle future generazioni, nonché riconoscendo un valore in sé al mondo naturale⁸¹. Particolarmente convincente, in tal senso, la prospettiva dell'«antropocentrismo del dovere» di recente teorizzata da Fracchia, laddove – nell'includere tra il novero dei soggetti direttamente responsabili dei doveri di protezione dei beni ambientali non solo le istituzioni e le impre-

80 P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, cit., 152 ss.; ma in senso analogo anche F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 413 ss. e, se si vuole, M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, cit., 839. Sul concetto di *public spirited citizen* v. R. KETCHAM, *Public-Spirited Citizenship: Leadership and Good Government in the United States*, Routledge, London, 2017.

81 N. GUNNINGHAM, *Should a general “duty of care” for the environment become a centerpiece of a “next generation” environment protection statute?*, in *Environ Plan Law Journal*, 2017, 198 ss. In tale ottica, M. MAGRI, *Limiti e ambiguità del terzo pilastro della convenzione di Arbus sull'accesso alla giustizia in materia ambientale*, cit. – nel rilevare la debolezza del tradizionale modello di “selezione” di accesso alla giustizia, secondo il quale la legittimazione è riconosciuta a colui che dimostra che la norma distingue il suo interesse rispetto a quello della formazione sociale – osserva che nel settore della tutela ambientale «l'individuo rileva come parte costitutiva di una comunità e svela un meccanismo di imputazione non pieno, ma parziale o comunque meno pieno, in una zona intermedia tra sostanza e processo, tra imputazione normativa e differenziazione di mero fatto», 605. Per una analisi della evoluzione ordinamentale verso un antropocentrismo “debole” v. G. SABATO, *Tempo e ambiente: un ponte tra passato e presente*, in *Federalismi*, 6/2023, 179.

se, ma anche i singoli cittadini – richiama l'art. 4, co. 2 Cost. ed il relativo dovere di ciascuno di concorrere al progresso materiale e spirituale della società, osservando come si possa ipotizzare uno spazio interpretativo «che consenta di dare evidenza, in chiave evolutiva, alla responsabilità dei cittadini, richiamandoli al dovere di concorrere a uno sviluppo sostenibile che sia inteso anche come dimensione spirituale dell'umanità»⁸².

4. Conclusioni. Per una relazione di compatibilità tra la prospettiva del dovere e la contestuale configurazione di un diritto fondamentale meta-individuale

In conclusione, nel provare a rispondere all'interrogativo iniziale, ovvero se possa in linea teorica configurarsi un diritto fondamentale ad un ambiente salubre, deve innanzitutto confermarsi che è fuor di dubbio che l'ambiente è principalmente oggetto di doveri, non di diritti. In tal modo, tuttavia, si finisce per cadere in uno dei tranelli dell'intuizione esaminati da Kahneman: di fronte ad un problema complesso da risolvere, l'intuizione ci suggerisce una risposta immediata (semplice), che tuttavia è la risposta ad una domanda diversa rispetto a quella che originariamente ci si è posti⁸³.

È evidente, poi, che la disponibilità di un ambiente salubre è, per l'uomo, strumentale al conseguimento di ulteriori diritti fondamentali, in una dimensione di “bene servente” nei confronti del soddisfacimento di interessi primari differenti (*in primis* la salute). In tale ottica restano ancora non superate in termini di chiarezza e forza le parole della Enciclica *Laudato sì* di Papa France-

82 F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, cit., 29.

83 «Questa è l'essenza delle euristiche intuitive: quando dobbiamo affrontare problemi difficili, spesso rispondiamo a un problema più facile, di solito senza notare che è stata operata una sostituzione», D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012, 17.

sco⁸⁴, di recente confermate nella Esortazione apostolica *Laudate Deum*⁸⁵; ma anche tale affermazione non risponde all'interrogativo posto circa la configurabilità di un (autonomo) diritto fondamentale all'ambiente.

Sul punto, non può dubitarsi che alcune risorse ambientali siano effettivamente oggetto di diritti fondamentali, laddove si acceda al concetto di “fondamentale” come essenziale per la sopravvivenza stessa dell'uomo⁸⁶. Basti pensare, ad esempio, al diritto all'acqua; ma in questo caso è la prospettiva a essere diversa: il diritto fondamentale non è quello alla tutela del bene acqua, bensì quello a poter usufruire liberamente dello stesso, ovvero, in ultima analisi, a sopravvivere⁸⁷.

In altri termini, che le risorse ambientali siano da tutelare in quanto beni vitali rappresenta senza dubbio un “valore” universale e condiviso. In tal senso, del resto, si registrano importanti arresti della Consulta laddove – seppur occupandosi del differente profilo del riparto di competenze Stato/regioni – qualifica l'ambiente in termini di valore trasversale di rango costituzionale⁸⁸. E la re-

84 «L'ambiente è un bene collettivo, patrimonio di tutta l'umanità e responsabilità di tutti. Chi ne possiede una parte è solo per amministrarla a beneficio di tutti. Se non lo facciamo, ci carichiamo sulla coscienza il peso di negare l'esistenza degli altri», *Lettera Enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, 2015, 87-88. Per un'analisi giuridica del documento v. E. RUOZZI, *La Lettera Enciclica Laudato Si': dal diritto dell'individuo ad un ambiente sano al dovere di protezione del bene comune*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 1/2016, 145 ss.

85 *Esortazione apostolica Laudate Deum del Santo Padre Francesco a tutte le persone di buona volontà sulla crisi climatica* (2023), in www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/20231004-laudate-deum.html.

86 E. STRADELLA, *Primi spunti per una definizione della “fondamentalità” dei diritti nel diritto comparato*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017, 52. Sull'incerta individuazione dei criteri per la configurazione di un diritto come fondamentale si rinvia *ex multis* a F. CORTESE, *I diritti inviolabili dell'uomo*, in D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE (a cura di), *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Torino, 2015, 1 ss.; A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2016, 1 ss.

87 Cfr. Cort. cost., 19 luglio 1996, n. 259. Sulla configurazione del diritto a poter accedere ad acqua pulita e potabile come diritto fondamentale v. T.E. FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 1/2010, 29 ss. Può essere utile ricordare, sul punto, che il Goal 6 dell'Agenda 2030 dell'Onu per lo sviluppo sostenibile è dedicato all'accesso all'acqua pulita, inteso come diritto umano universale, sul quale v. M. SOHAIB, J. KHALID, Z. LIFU, G. MENGISTI BERIHU, *Does Public Awareness Matter to Achieve the UN's Sustainable Development Goal 6: Clean Water for Everyone?*, in *Journal of Environmental and Public Health*, 2022, 1 ss.

88 Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641 e, più di recente, Corte cost., 7 ottobre 2021, n. 189; Id., 20 luglio 2021, n. 158; Id., 7 giugno 2018, n. 121; Id., 12 aprile 2017, n. 77; Id., 22

cente riforma dell'art. 9 della Costituzione è già stata richiamata in alcune pronunce del giudice amministrativo come ulteriore conferma del valore primario e sistemico dell'ambiente⁸⁹. Ma non tutto ciò che è qualificabile come valore ordinamentale configura, nel contempo, anche un diritto fondamentale individuale⁹⁰. I valori giustificano politiche, azioni; non sempre attribuiscono specifiche pretese o diritti.

Ebbene, la recente tendenza verso un antropocentrismo “attenuato”, gli obiettivi di neutralità climatica, riduzione di consumo di risorse e sviluppo di modelli di economia circolare che innervano ormai in maniera trasversale le politiche pubbliche europee e nazionali⁹¹, e, non ultimo, la riconduzione dei beni ambientali alla categoria dei beni comuni, sono tutti elementi che mi sembra rendano non sostenibile la tesi della configurabilità di un diritto fondamentale all'ambiente, per lo meno non nei termini di diritto di ciascuno a poter beneficiare individualmente di risorse ambientali salubri per lo sviluppo della propria persona⁹². E, d'altro canto, la qualificazione del diritto alla tutela dell'ambiente come diritto fondamentale individuale – oltre a far riemergere l'ancora irrisolta questione definitoria (cosa è ambiente?)⁹³ – finirebbe per pre-

luglio 2009, n. 225; Id., Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407. Per una analisi della giurisprudenza costituzionale sul punto v. M. CECCHETTI, *La materia «diritto dell'ambiente e dell'ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, 2009. C. MICCICHÈ, *L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lezioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2018, 1 ss., parla di «incontestata valenza valoriale, funzionale e organizzativa» dell'ambiente, 6.

89 Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, 7 marzo 2022, n. 529, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, 13 giugno 2022, n. 7779, in www.giustizia-amministrativa.it.

90 Si sofferma sulla distinzione tra i concetti di “valore” e “diritto”, proprio in relazione alla figura dei diritti inviolabili, L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in questa *Rivista*, 1/2017, 3 ss., spec. 42.

91 Per un'ampia ed approfondita analisi di tali processi evolutivi si rinvia, da ultimo, a F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023.

92 A meno che non si voglia aderire a quella tesi che ritiene che si possa in via interpretativa individuare un diritto fondamentale “non scritto” ogni qual volta si dimostri la sua necessità per il soddisfacimento di un diritto fondamentale scritto. Nel nostro caso, il diritto fondamentale alla salute, non potendo prescindere dal diritto di poter beneficiare di un ambiente salubre, giustificerebbe la qualificazione del diritto all'ambiente come diritto fondamentale (tuttavia in chiave servente).

93 Oggi il tema è reso ancor più complesso dalla incertezza che connota il perimetro di alcune materie, dotate senza dubbio di autonomia, ma nel contempo in più occasioni ricondotte alla più ampia materia dell'ambiente. Mi riferisco, *in primis*, alla materia dell'energia, nella sua

stare il fianco alla tesi che inquadra l'ambiente come valore primario (tiranno) rispetto ad altri diritti e libertà⁹⁴: con ciò non solo frapponendosi in maniera non sostenibile all'esercizio della libera iniziativa economica privata⁹⁵, ma rischiando, nel contempo, di «porsi come potenziale fattore antagonista rispetto all'effettività di alcuni tra i più delicati diritti sociali, come il diritto al lavoro o il diritto alla casa»⁹⁶. Del resto, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'UE, all'art. 37, non collega l'ambiente a situazioni giuridiche attive; non lo configura affatto come diritto fondamentale individuale, bensì si limita a pretendere che la sua tutela sia integrata nelle diverse politiche dell'Unione⁹⁷.

Forse occorre percorrere una strada diversa.

L'attuale approccio al tema della protezione dei beni ambientali è, in gran parte dei casi, di tipo emergenziale: “non esistono alternative, è necessario tutelare l'ambiente e modificare il nostro stile di vita, altrimenti il Pianeta collasserà”; “la guerra dell'uomo contro la natura è una guerra contro sè stesso”. Rispetto alla concezione Gaiana delle *res communes omnium*, resta l'elemento

specifica declinazione di energia rinnovabile, sulla cui valenza autonoma rispetto alla più ampia materia della tutela dell'ambiente si registra notevole incertezza, anche da parte del giudice amministrativo. Sul tale profilo sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Energia, ambiente e semplificazione amministrativa*, in *Giustiziasieme*, 2021.

94 Per quanto sia noto che la qualificazione di una posizione giuridica in termini di diritto fondamentale non escluda affatto che essa possa essere limitata o sacrificata a fronte di un adeguato bilanciamento tra interessi primari. Sulla inammissibilità di diritti o interessi “tiranni” v. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20; Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58.

95 S. VERNILE, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *L. Regioni* 1-2/2022, 15 ss.; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi*, 2021, 1 ss.

96 A. GIANNELLI, *La giuridificazione dell'ambiente*, in L. FERRARA, D. SORACE, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, III, Firenze, 2016, 305.

97 M. ONIDA, *Art. 37*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 692 ss.; M. LOMBARDO, *The Charter of Fundamental Rights and the Environmental Policy Integration Principle*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Dordrecht, 2011, 217 ss.; A. VUOLO, *La tutela dell'ambiente quale principio fondamentale comune*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2022, 927 ss. Per un tentativo di ricostruzione della tutela dell'ambiente in termini di diritto fondamentale, anche attraverso il rinvio all'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, v. B. POZZO, *L'art. 37 della Carta di Nizza e la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa, Atti del XV Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Messina-Taormina, 31 maggio-2 luglio 2001*, Milano, 2002, 879 ss.

dell'utilità collettiva delle risorse ambientali, ma è venuto a cadere l'elemento della illimitatezza delle stesse: non solo l'attuale stile di vita rende la “domanda” maggiore, ma l'inquinamento ed il perdurante consumo di nuovo suolo riduce fortemente anche la capacità di rigenerarsi di tali risorse. In questa prospettiva si pongono, ad esempio, i modelli di analisi rappresentati dal calcolo del c.d. Giorno di sovrasfruttamento della Terra (*Earth overshoot day*)⁹⁸ o dal calcolo dell'impronta ecologica di ciascun individuo, tutti volti a frenare l'avanzata della c.d. “era dell'Antropocene”⁹⁹. Un approccio fortemente emergenziale, quindi, ancora una volta legato più alla categoria dei doveri (occorre tutelare l'ambiente per sopravvivere) che dei diritti.

E' possibile, tuttavia, provare a offrire una prospettiva differente, che benefici anche della “lezione” delle Costituzioni sudamericane. Senza tendere verso modelli spiccatamente eco-centrici, si potrebbe, infatti, inquadrare il vivere in armonia con la natura, e quindi il “modulare” il sistema produttivo e la vita quotidiana in modo da garantire la sostenibilità delle risorse ambientali, non (solo) come una imposizione (dovere), bensì (anche) come una aspirazione. La maggiore o minore capacità di una società di organizzarsi, consumare, produrre nel rispetto dei principi della sostenibilità potrebbe in tal senso configurarsi come un fattore di misurazione della qualità della vita, oggi ancora fondata es-

98 L'*Earth Overshoot Day* rappresenta uno strumento di misurazione che – attraverso una serie di criteri discretivi – segna la data in cui la domanda di risorse e servizi ecologici da parte dell'umanità in un dato anno supera ciò che la Terra può rigenerare in quell'anno. Per determinare la data dell'*Earth Overshoot Day* per ogni anno, il *Global Footprint Network* calcola il numero di giorni di quell'anno in cui la biocapacità della Terra è sufficiente a soddisfare “l'impronta ecologica” dell'umanità (ovvero la domanda di servizi ecologici). Il resto dell'anno corrisponde a un superamento globale, ovvero ad un consumo di risorse non sostenibile. L'*Earth Overshoot Day* viene calcolato dividendo la biocapacità del pianeta (la quantità di risorse ecologiche che la Terra è in grado di generare in quell'anno), per l'impronta ecologica dell'umanità (la domanda dell'umanità per quell'anno) e moltiplicando per il numero di giorni in un anno. Nell'anno 2023, il Giorno di sovrasfruttamento della Terra è stato il 2 agosto (<https://overshoot.footprintnetwork.org/>). Per una analisi degli indicatori utilizzati v. J. MATUŠTÍK, V. KOČÍ, *What is a footprint? A conceptual analysis of environmental footprint indicators*, in *Journal of Cleaner Production*, 2021, 124 ss.

99 Definita come era nella quale «l'azione dell'uomo sia in grado, consapevolmente o meno, di condizionare e modificare l'ambiente terrestre (nell'insieme delle sue caratteristiche fisiche, chimiche e biologiche)», D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, 32.

senzialmente sulla sola disponibilità di beni e servizi¹⁰⁰. L'economista e sociologo Jeremy Rifkin individua proprio nel ripensamento della dialettica tra uomo e natura il presupposto indispensabile per il necessario “cambio di passo”, attraverso la rottura del senso di separatezza e di non appartenenza reciproca¹⁰¹. Ed anche in questa prospettiva viene in soccorso la *Laudato si* di Papa Francesco, laddove ricorda che noi stessi “siamo” l'ambiente: il nostro corpo è costituito dai suoi elementi e viviamo grazie ai suoi elementi¹⁰².

In termini giuridici, tale prospettiva si rivela pienamente coerente con la tesi che configura l'ambiente come bene comune, attraverso la valorizzazione del concetto stesso di comunità, consentendo la qualificazione dell'ambiente come fonte di diritti (oltre che di doveri) in una dimensione, però, collettiva¹⁰³. Un diritto fondamentale, pertanto, ma a titolarità diffusa¹⁰⁴.

In tale direzione sembra porsi anche la *Nature Restoration Law*, attualmente in discussione in Europa, che individua un obiettivo sfidante, consistente nel recupero di almeno il 20% delle risorse naturali inquinate entro il 2030¹⁰⁵: ciò

100 S. BALDIN, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni Latino Americane*, 10/2014, 25 ss.

101 J. RIFKIN, *L'età della resilienza. Ripensare l'esistenza su una Terra che si rinaturalizza*, Milano, 2022.

102 «Quando parliamo di “ambiente” facciamo riferimento anche a una particolare relazione: quella tra la natura e la società che la abita. Questo ci impedisce di considerare la natura come qualcosa di separato da noi o come una mera cornice della nostra vita. Siamo inclusi in essa, siamo parte di essa e ne siamo compenetrati», *Lettera Enciclica Laudato si del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, 2015, 128.

103 Non si aderisce, in tal senso, alla pur affascinante teoria dei diritti trans-soggettivi, ovvero di quei diritti che non si determinano in uno o più soggetti, sostanzialmente privi di titolare, in quanto legati «ad un modello non più riconducibile alla soggettività (individuale o associativa che sia)» (P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, cit., 165-166).

104 In uno scritto del 1993, Scoca già sottolineava che inquadrare l'ambiente come oggetto di un diritto soggettivo richiederebbe necessariamente di concepirlo in termini di situazione giuridica collettiva (F.G. SCOCA, *Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente*, in *Dir. e società*, 1993, 404). Sulla possibile dimensione collettiva dei diritti fondamentali v. G. PINO, *Diritti fondamentali*, cit., 214.

105 La Legge europea sul ripristino della natura è stata approvata in data 27 febbraio 2024 dal Parlamento Europeo, mentre il Consiglio dovrebbe definitivamente pronunciarsi nel mese di aprile 2024. In particolare, la normativa – espressione del *Green Deal* Europeo – prevede il ripristino del 20% delle aree terrestri e marine entro il 2030, e di tutti gli ecosistemi degradati entro il 2050. Per un'analisi delle principali novità presenti nel testo v. N. HOEK, *A Critical Analysis of the Proposed EU Regulation on Nature Restoration: Have the Problems Been Resolved?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 5/2022, 320 ss.

imporrà precisi obblighi agli Stati membri, obblighi finalizzati a proteggere l'ambiente in quanto bene (fondamentale) in sé, e non in chiave strumentale alla tutela della salute o della sopravvivenza dell'uomo. Obblighi ai quali fa evidentemente da contraltare il diritto della comunità di riferimento di pretendere la messa in atto di politiche e azioni pubbliche adeguate, anche sulla scia dell'ormai sempre più sviluppato contenzioso climatico¹⁰⁶.

Su tale ultimo profilo, non può non segnalarsi la recentissima pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20¹⁰⁷, con la quale la Svizzera è stata condannata per la violazione degli artt. 6 (*diritto ad un equo processo*) e 8 (*diritto al rispetto della vita privata e familiare*) per non aver promosso adeguate misure volte a contrastare il cambiamento climatico. In particolare, la Corte – dopo aver sottolineato che esistono indicazioni sufficientemente attendibili che il cambiamento climatico di origine antropica esista e che esso rappresenti una seria minaccia attuale e futura al godimento dei diritti umani garantiti dalla Convenzione – per la prima volta riconosce espressamente il diritto umano a che gli Stati si attivino per ottemperare ai propri obblighi di lotta al cambiamento climatico, allorquando afferma che “*having regard to the causal relationship between State actions and/or omissions relating to climate change and the harm, or risk of harm, affecting individuals, Article 8 must be seen as encompassing a right for individuals to effective protection by the State authorities from serious adverse effects of climate change on their life, health, well-being and quality of life*” (par. 519).

Se, come ci insegna Ferrajoli, i diritti fondamentali sono quella «sfera dell'indecidibile» che non può essere violata dal potere politico¹⁰⁸, allora ritengo non sia più possibile dubitare – anche alla luce della pronuncia della Corte

106 F. ZORZI GIUSTINIANI, *Contenzioso climatico e diritti umani: il ruolo delle corti europee sovranazionali*, in *Federalismi*, 8/2023, 272 ss.; S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2021, 293 ss.

107 Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, in <https://hudoc.echr.coe.int>. Per un'ampia analisi del caso v. A. HEFTI, *Intersectional Victims as Agents of Change in International Human Rights-Based Climate Litigation*, in *Transnational Environmental Law*, 2024, 1 ss.

108 L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, in *Teoria politica*, 10/2020, 43.

EDU – che oggi la tutela dell'ambiente debba farsi rientrare in questa categoria¹⁰⁹.

Pertanto, la configurazione della protezione dell'ambiente come oggetto di un diritto fondamentale collettivo o meta-individuale¹¹⁰ rafforzerebbe l'esigenza di riconoscere la legittimazione ad agire anche al singolo che abbia dimostrato di “avere a cuore” la tutela di quella determinata risorsa ambientale, il che conduce nuovamente al tema centrale della individuazione delle modalità attraverso cui tale posizione qualificata possa essere verificata. Senza voler, quindi, prospettare, si ribadisce, l'introduzione di un'azione popolare in senso stretto (“chiunque” può ricorrere), si ritiene che la differenziazione della posizione individuale possa tuttavia prescindere dalla dimostrazione della diretta lesione di un interesse di cui il soggetto sia formalmente titolare nei confronti dell'amministrazione (proprietà, salute, interesse economico, ecc.), fondandosi, piuttosto, su elementi di fatto¹¹¹. Si aderisce, in tale ottica, a quell'acuta dottrina che ha osservato che «la posizione legittimante al ricorso in materia ambientale appare come una mera posizione di libertà, senza troppe specificazioni: la libertà di ciascuno di interessarsi a ciò che crede, così da differenziare la propria posizione rispetto al *quisque de populo*»¹¹².

109 Particolarmente significativa, in questa prospettiva, anche la Risoluzione 75 del 26 luglio 2022 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che – nel richiamare la precedente Risoluzione 48/13 dell'8 ottobre 2021 del Consiglio per i diritti umani dell'ONU – riconosce il diritto umano ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile.

110 Per una accurata ricostruzione teorica della figura delle situazioni giuridiche soggettive meta-individuali e dei modelli di protezione delle stesse, si rinvia a R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008.

111 In termini v. B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., il quale – in una prospettiva costituzionale volta a valorizzare il combinato disposto degli artt. 2 e 118 Cost. – intravede «ragioni sufficienti a fondare la legittimazione ad agire di singoli individui avverso vicende amministrative in materia di beni comuni o interessi diffusi, che intersechino la loro esistenza», 131.

112 M. MAGRI, *Limiti e ambiguità del terzo pilastro della convenzione di Arhus sull'accesso alla giustizia in materia ambientale*, cit., 624. Lo stesso autore, in uno scritto più recente, delineando – in una prospettiva più generale – una ipotesi di superamento della teoria della c.d. “norma di protezione”, osserva che «Nessun principio del diritto pubblico italiano, né sostanziale, né processuale, autorizza a ritenere che le norme di diritto amministrativo, regolando l'esercizio di un pubblico potere, implicitamente stabiliscano chi sono i loro destinatari, tanto da far ritenere questi ultimi investiti, ad esclusione di altri, del potere di far valere in giudizio la loro violazione» (M. MAGRI, *Annullabilità di protezione ed «abuso di logica astratta» nel processo amministrativo*, in

Anche in relazione a tale profilo assume rilievo la succitata recentissima pronuncia della Corte EDU del 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20: sebbene, infatti, nel caso di specie la Corte abbia negato lo stato di *vittima* (e, quindi, la legittimazione ad agire) ai ricorrenti individuali, i Giudici non hanno affatto limitato la legittimazione ad agire alle sole associazioni in assoluto, affermando più semplicemente che – al fine di riconoscere la legittimazione in capo ad un singolo individuo “*It is necessary to establish, in each applicant’s individual case, that the requirement of a particular level and severity of the adverse consequences affecting the applicant concerned is satisfied, including the applicants’ individual vulnerabilities which may give rise to a pressing need to ensure their individual protection*” (par. 531)¹¹³.

Ciò posto, l’idea di attribuire al solo giudice il potere di valutare la meritevolezza della tutela, ovvero l’interesse ad agire, non sembra invero compatibile con la ricostruzione della tutela dell’ambiente come oggetto di un diritto fondamentale (seppure a titolarità diffusa). Anche la tesi, avanzata dalla più accorta dottrina, di “orientare” il potere del giudice, ammettendolo unicamente in chiave ampliativa dell’accesso alla giustizia, non convince sino in fondo, se non altro perché giudici diversi potrebbero essere più o meno propensi ad utilizzare il filtro *in bonam partem*, a fronte delle medesime fattispecie¹¹⁴. Ed allora non può che concludersi che solo una positivizzazione dei criteri di individuazione dell’interesse ad agire in capo al *cives* (che intenda attivarsi per la protezione del bene di cui è co-titolare) può evitare applicazioni incerte o non uniformi dei parametri di accesso alla giustizia¹¹⁵.

Ciò posto, tuttavia – se non si vuole cadere in una deriva iperpositivistica – deve nel contempo convenirsi sulla circostanza che la positivizzazione dei cri-

Lo Stato, 2022, 308).

113 Per un primo commento alla pronuncia v. E. GUARNA ASSANTI, *Verein KlimaSeniorinnen and others v. Switzerland: una conferma del ruolo fondamentale dei diritti umani per la tutela del clima*, in *Diritticomparati.it*, 2024, 1 ss.

114 P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, cit., 108 ss.

115 In questo senso anche F.G. SCOCA, *Tutela dell’ambiente: la disforme utilizzazione della categoria dell’interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. e soc.*, 4/1985, 645.

teri di accesso alla giustizia ambientale non esclude affatto la permanenza di “spazi interpretativi”. Ed è qui che – in un’ottica di certezza e stabilizzazione del diritto – assumono rilievo altri due strumenti, che il giudice amministrativo è chiamato ad adoperare con attenzione: da un lato, il *favor* verso la massima estensione possibile delle posizioni legittimanti, a fronte dell’esigenza di tutelare beni vitali, e dall’altro lato, l’opera nomofilattica del Consiglio di Stato che – senza condurre a ciò che Follieri definisce indebiti “ingessamenti” della forza innovativa del giudice amministrativo¹¹⁶ – preservi l’ordinamento dal rischio di arretramenti rispetto ad aperture già conseguite¹¹⁷.

Il diritto deve adeguarsi alla realtà o, meglio, riprendendo una immagine di Paolo Grossi, deve scaturire da un «moto ascensionale» dal basso¹¹⁸. Esso deve, in altri termini, essere il portato di una lettura della realtà delle cose scevra da pregiudizi e da retaggi di una tradizione che, spesso, non trova più alcun ancoraggio nel reale. Nel contesto oggetto della presente analisi, ciò comporta *in primis* che il diritto non può negare la natura di beni comuni delle risorse ambientali, solo perché non facilmente inquadrabile nella classica dicotomia beni pubblici/beni privati. Né, tantomeno, – per il solo timore di aprire ad una presunta oggettivizzazione del processo amministrativo – il diritto può ignorare l’esigenza che la tutela del bene comune ambiente debba poter essere fatta valere da chiunque ne sia co-titolare e ne abbia interesse (sebbene in una dimensione collettiva). Questo, si ribadisce, non attraverso l’introduzione di un’azione popolare *stricto sensu*, secondo il modello dell’esperienza giuridica nordamerica-

116 E. FOLLIERI, *Gli interessi meritevoli di tutela fra il diritto positivo e il diritto giurisprudenziale: il principio dello stare decisis nell’ordinamento italiano*, in G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, F.F. TUCCARI, F. VETRÒ (a cura di), *Il «meritevole di tutela»: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, Napoli, 2012, 97.

117 P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, cit., 154-155.

118 P. GROSSI, *A proposito de ‘il diritto giurisprudenziale’*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 3.

na della *public interest litigation*¹¹⁹, bensì in un'ottica che potremmo definire di *common interest litigation*.

119 A. GIORDANO, *Climate change e strumenti di tutela. Verso la public interest litigation?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 6/2020, 763 ss.; S.L. CUMMINGS, D.L. RHODE, *Public interest litigation: Insights from theory and practice*, in *Fordham Urban Law Journal*, 2009, 603 ss.

SIMONE TORRICELLI

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

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

THE RIGHT TO EDUCATION IN ADMINISTRATIVE JURISPRUDENCE

SINTESI

Lo scritto analizza la giurisprudenza amministrativa relativa al diritto all'istruzione, allo scopo di verificare se e come il giudice amministrativo abbia contribuito a definirne o disvelarne i contenuti. L'esame compiuto evidenzia l'apporto innovativo della giurisprudenza, che deriva da un'opera di raccordo del diritto all'istruzione con gli altri valori e diritti che costellano il panorama costituzionale. Un raccordo realizzato non solo definendo contesto, limiti e parametri per un bilanciamento, e dunque con il risultato di introdurre limitazioni al diritto all'istruzione, ma anche, in senso opposto, utilizzando i valori espressi dalla Costituzione come leve per potenziarne il contenuto. Così, facendo emergere le connessioni con altri diritti e altri doveri e chiarendo il quadro delle responsabilità pubbliche che presidiano la sua garanzia, il giudice amministrativo ha identificato e sviluppato le diverse dimensioni del diritto all'istruzione, definendo i suoi spazi e i suoi confini.

ABSTRACT

The paper focuses on case law relating to the right to education, with the aim of examining whether and how the administrative court has contributed to defining or unraveling its contents. The analysis highlights the innovative contribution given by the judge, which stems from a work of connecting the right to education with the other values and rights that dot the constitutional landscape. The administrative judge, on the one hand, balance the right to education with other constitutional values and, on the other hand, uses the values expres-

sed in the Constitution as levers to enhance it. Thus, he brings out the connections of the right to education with other rights and other duties and clarifies the framework of public responsibilities, with the effect of developing the different dimensions of the right to education and of defining its spaces and boundaries.

PAROLE CHIAVE: Diritto all'istruzione, diritti sociali, scuola, servizio pubblico, giurisdizione esclusiva.

KEYWORDS: Right to education, social rights, school, public service, exclusive jurisdiction.

INDICE: 1. Il giudice amministrativo e il quadro ordinamentale sul diritto all'istruzione. - 2. La libertà di scegliere tra pubblico e privato. - 3. L'articolazione del servizio e la scelta della scuola. - 4. Il dover essere della prestazione. - 5. Due considerazioni conclusive.

1. Il giudice amministrativo e il quadro ordinamentale sul diritto all'istruzione

Come in rapporto agli altri diritti sociali, anche rispetto al diritto all'istruzione il giudice amministrativo si trova in una posizione di dialogo. È innanzitutto in dialogo con la Costituzione: con l'affermazione costituzionale del diritto sancito dall'art. 34 e con l'insieme delle altre norme costituzionali che costituiscono la trama nella quale il diritto all'istruzione prende corpo. È poi in dialogo con il legislatore, chiamato a dare attuazione alla Costituzione¹, creando l'ambiente nel quale sia possibile realizzare, anche attraverso il soddisfacimento del diritto all'istruzione, quel progetto di riequilibrio sociale che nel comma II dell'art. 3 Cost. trova la sua più alta espressione. È infine in dialogo con l'amministrazione, nel momento in cui questa si trova ad approntare in concreto gli strumenti organizzativi necessari a garantire l'attuazione del diritto all'istruzione, in un contesto in cui il moltiplicarsi delle rivendicazioni legate alle sue nuove dimensioni creano tensioni crescenti².

¹ Sullo sfondo anche il diritto europeo, non privo neppure in questa materia di un effetto di orientamento delle politiche nazionali: v. F. CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*, in *Munus*, 2015, 505 ss.

² B. ANDÒ, *Alla ricerca di un 'contenuto minimo' del diritto all'istruzione del disabile fra giurisprudenza nazionale e Corte Edu*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, 2; si veda anche, in relazione ai profili dell'inclusione, E. BOSCOLO, *Istruzione e inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*, in *Munus*, 2014, 165 ss.

Rileggendo questo *decalage* di fattispecie in termini di modalità di intervento del giudice, ciò che può accadere è che egli si trovi di fronte a spazi vuoti, intendendo come spazio vuoto uno spazio non normato, da riempire raccorrandosi direttamente al testo costituzionale. Oppure può trovarsi di fronte a spazi mal riempiti, in cui il giudice, in sede di interpretazione, deve piegare il testo legislativo in funzione della realizzazione del diritto alla luce dei valori costituzionali. Può trovarsi infine a dover intervenire a fronte di mancanze nell'attuazione delle norme, in violazione delle prescrizioni legislative e costituzionali.

Questa varietà nelle modalità di intervento del giudice ha dato origine ad una giurisprudenza ponderosa, ancorché talora ripetitiva. Di qui la necessità di una selezione delle decisioni più rilevanti, peraltro compiuta, in questo scritto, senza alcuna pretesa di esaustività, limitando l'analisi a quelle che, non solo hanno o hanno avuto l'effetto di dare tutela al diritto all'istruzione (altrimenti ogni forma di violazione o lesione sarebbe da considerare), ma che, in qualche misura, hanno contribuito a definirne o disvelarne i contenuti. Ciò anche cercando di cogliere l'impatto che l'intervento del giudice ha avuto, così da far emergere il ruolo che egli ha assunto nella concretizzazione del diritto.

Anticipando gli esiti dell'analisi, emerge in effetti evidente l'apporto innovativo della giurisprudenza, che deriva da un'opera di raccordo del diritto all'istruzione con gli altri valori e diritti che costellano il panorama costituzionale. Un raccordo realizzato non solo definendo contesto, limiti e parametri per un bilanciamento, e dunque con il risultato di introdurre limitazioni al diritto all'istruzione, ma anche, in senso opposto, utilizzando i valori espressi dalla Costituzione come leve per potenziarne il contenuto. Così, facendo emergere le connessioni con altri diritti e altri doveri e chiarendo il quadro delle responsabilità pubbliche che presidiano la sua garanzia, il giudice amministrativo ha iden-

tificato e sviluppato le diverse dimensioni del diritto all'istruzione, definendo i suoi spazi e i suoi confini³.

Il ruolo poliedrico giocato dal giudice amministrativo riflette d'altra parte la tendenza espansiva della giurisdizione amministrativa sui diritti fondamentali. Confluendo nella materia dei servizi pubblici, l'istruzione rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴, che comprende anche la "cognizione e tutela dei diritti fondamentali, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti"⁵, almeno, per usare le parole dell'Adunanza Plenaria "nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali". E non rileva, per richiamare ancora le parole dell'Adunanza Plenaria, "[la] natura vincolata o tecnica dell'esercizio della potestà oggetto del giudizio", poiché, si può ricavarne, il potere è tale anche se non è discrezionale.

Non è questa la sede per discutere la tenuta di questo approccio; invero, l'espressione "potere vincolato" può non essere considerata un ossimoro sol che si osservi che il potere può risiedere nella necessità del ruolo organizzativo dell'amministrazione rispetto all'attuazione dei diritti. Ai fini del discorso, si può invece rilevare che, sulla base di queste premesse teoriche, la giurisdizione amministrativa finisce con il coprire le esigenze di garanzia del diritto all'istruzione sia nella parte in cui esso è integralmente ricostruibile sulla base di norme costituzionali, dunque nel suo nucleo essenziale costituzionalmente necessario, sia nella parte di contenuto ulteriore che il legislatore abbia inteso garantire a prescindere dalle circostanze, sia nella parte in cui il suo riconoscimen-

³ Ciò al punto di avere spinto a considerare il diritto all'istruzione come un "figura essenzialmente giurisprudenziale", così M. MIDIRI, *Il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente*, in *Munus*, 2022, 532.

⁴ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 16 marzo 2021, n. 1729, a proposito dell'attribuzione delle ore di sostegno ad un alunno riconosciuto portatore di handicap.

⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7.

to dipenda da una valutazione comparativa tra esigenze diverse, da farsi a livello amministrativo. L'ampiezza dello spettro della sua giurisdizione spiega appunto la centralità che il giudice assume nella ricostruzione della fisionomia e della configurazione in concreto del diritto all'istruzione.

2. La libertà di scegliere tra pubblico e privato

Si deve innanzitutto alla giurisprudenza amministrativa la definizione della cornice di riferimento del sistema complessivo dell'istruzione, da cui posso-
no, per induzione, trarsi alcune coordinate ricostruttive dei contenuti fon-
damentali del diritto.

L'istruzione è l'unico servizio per cui la Costituzione richiede la presenza pubblica diretta, per il tramite dell'obbligo di costituire scuole di ogni ordine e grado. Ciò in un sistema potenzialmente composito in cui la combinazione tra la libertà di enti e privati di istituire scuole ed istituti di educazione, ai sensi dell'art. 33, co. III, e la libertà di insegnamento di cui all'art. 33, co. I, assicura che scuole pubbliche, private⁶ e forme di istruzione parentale⁷ possano coesistere⁸. Di qui l'emersione di alcuni profili problematici legati al ruolo delle scuole private nel sistema dell'istruzione e alle conseguenze che tale ruolo im-
plica in termini di regime giuridico, nonché (in parte di riflesso, in parte come questione autonoma) legati alla possibilità di individuare, nel nucleo irriducibile del diritto costituzionale all'istruzione, la garanzia per il suo titolare della possi-
bilità effettiva di scegliere tra pubblico e privato⁹.

⁶ Si veda in particolare la L. 10 marzo 2000, n. 62, contenente le "Norme per la parità sco-
lastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione".

⁷ Si veda il D. lgs n. 297/1994 (in particolare l'art. 111), nonché l'art. 1, co. 4, d. lgs. n.
76/2005 e 23 d. lgs n. 62/2017.

⁸ Sulla evoluzione in chiave storica del rapporto pubblico privato in materia di istruzione,
G. PIPERATA, L. TRUCCHIA, *Pubblico e privato nell'istruzione: un'analisi alla luce dell'evoluzione del qua-
dro costituzionale e legislativo*, in *Munus*, 2015, 525 ss.

⁹ Il diritto all'istruzione, osserva C. MARZUOLI, *Istruzione e Stato sussidiario*, in *Dir. pubbl.*,
2002, 138-139, quando non si risolve in una pura pretesa di libertà, ma nella pretesa ad una
prestazione, può avere come oggetto "un'istruzione di tendenza ideologica aperta o di tenden-
za ideologica esclusiva". In questo secondo caso, "può entrare in conflitto con il carattere pub-
blico di colui che deve provvedere, se non altro economicamente, alla prestazione".

La questione tocca innanzitutto la pretesa di scuole private e utenti di poter accedere a forme di sostegno pubblico. Una questione che si colloca nel punto di frizione tra la previsione costituzionale per cui la libertà privata di istituire scuole trova il limite per cui l'espressione di quella libertà non può/non deve comportare oneri per lo Stato e la previsione contenuta nella legislazione ordinaria secondo cui vi è una formale equiparazione tra scuole pubbliche e private paritarie quali elementi del servizio pubblico dell'istruzione¹⁰.

Di fronte ad una legislazione in parte omissiva, in parte contraddittoria¹¹ e ad una giurisprudenza costituzionale non del tutto univoca¹², il giudice amministrativo ha dovuto farsi carico di chiarire la misura di questa equiparazione, precisando che, per quanto le scuole paritarie contribuiscano alla realizzazione della finalità di istruzione ed educazione che la Costituzione assegna alla scuola e, sebbene non sia in discussione il riconoscimento della parità sul piano dell'offerta educativa, non può invece essere riconosciuta la parità sul "concorrente, e strumentale, piano dell'apporto finanziario pubblico, in termini di contribuzione ed erogazione di beni e servizi"¹³.

Così l'erogazione di contributi in forma paritaria è lasciata alla discrezionalità pianificatoria degli enti, chiamati a definire modalità e quantificare risorse eventualmente da assegnare¹⁴. In modo ancora più significativo la giurisprudenza

10 L'art. 1 l. n. 62/2000, pur con un richiamo espresso al limite dell'art. 33, comma II, Cost., considera infatti che il sistema nazionale di istruzione si componga tanto delle scuole statali che di quelle paritarie (co. I), alle quali è riconosciuto un compito di "servizio pubblico" (co. II).

11 M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2004, 333 e 348, secondo cui "l'assetto normativo che è seguito alla legge sulla parità scolastica (l. n. 62/2000) è per molti versi insoddisfacente, proprio perché, lungi dal chiarire gli equivoci frutto del compromesso costituzionale che ha portato alla formulazione degli artt. 33 e 34 Cost., sembra rendere manifesta la difficoltà (forse l'impossibilità) di operare sviluppi legislativi coerenti, che riescano a tenere insieme e a bilanciare dettami e valori che sembrerebbero essere contraddittori. Il legislatore è parso, quindi, non riuscire a scegliere una strada chiara".

12 C. cost., sentt. n. 7/1967; n. 106/1968; n. 36/1982; n. 454/1994.

13 Cons. Stato, sez. V, 19 agosto 2019, n. 5739.

14 T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 5 maggio 2023, n. 2777, secondo cui "il principio della parità scolastica, se può garantire la libertà di scelta delle istituzioni formative ed educative e può legittimare il riconoscimento, direttamente a favore degli studenti (specie quando capaci e meritevoli), di un rimborso delle spese o di forme equipollenti di agevolazione, non può costi-

za ha escluso il diritto al rimborso degli obblighi imposti alle scuole paritarie relativamente all'accoglienza di studenti diversamente abili e di garantire loro gli strumenti del sostegno (al di là dei limiti di stanziamento fissati in via regolamentare), sulla premessa che “gli istituti privati possono comunque contare su un sistema di finanziamento di natura privata (cioè le rette pagate dalle famiglie degli alunni) che esclude in radice la possibilità di una piena e completa assimilazione degli istituti paritari a quelli pubblici e che rende ragionevole il limite normativamente imposto e annualmente replicato dai decreti attuativi”¹⁵. Questa affermazione, peraltro, può essere ascritta a quell'orientamento per cui “il soggetto obbligato sostanziale a garantire all'alunno disabile iscritto ad una scuola privata paritaria il servizio educativo e ad assicurargli le medesime prestazioni di supporto dell'insegnante di sostegno di cui egli usufruirebbe qualora fosse iscritto ad una scuola statale, è la stessa scuola privata paritaria; è nei confronti di questa che va indirizzata la pretesa ad ottenere il sostegno specializzato nella misura accertata come necessaria in concreto nel piano educativo individualizzato”¹⁶. Sempre sulla stessa scia, anche se con giurisprudenza oscillante, l'esclusione del diritto degli istituti scolastici paritari a che sia messo loro a disposizione un operatore educativo per l'autonomia, ove l'amministrazione abbia scelto di metterlo a disposizione dei soli alunni diversamente abili delle scuole pubbliche¹⁷.

Aderendo insomma alla tesi, sostenuta da alcuni anche in dottrina¹⁸, che l'inciso costituzionale del “senza oneri per lo Stato” non implichi un divieto di

tuire di per sé fondamento sufficiente al fine di estendere alle scuole private paritarie i finanziamenti statali e le provviste di beni e servizi naturalmente diretti agli uffici e alle istituzioni scolastiche statali. Alla quale estensione – anche laddove non si voglia, nei sensi chiariti, desumere dall'art. 33 della Costituzione, un espresso divieto – osta senz'altro, per comune e consolidato intendimento, la non esistenza di un vero e proprio diritto”.

15 T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 4 dicembre 2020, n. 5816.

16 Cass., SS. UU., 20 aprile 2017, n. 9966.

17 T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 4 marzo 2020, n. 2925; in senso contrario, ma incentrando il ragionamento sul diritto degli alunni, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 24 novembre 2022, n. 15710.

18 Ricostruiscono il dibattito, A. PACE, *Il diritto all'istruzione in tempo di crisi*, in *Dir. e soc.* 2013, 45 ss.; M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, *cit.*, 335 ss.

finanziamento, ma osti a che vi sia una pretesa tutelabile delle scuole private ad essere finanziate, la giurisprudenza ha posto un argine agli effetti potenzialmente dirompenti della legislazione ordinaria. La tensione che deriva tra la norma costituzionale e l'inserimento delle scuole private, ancorché di tendenza, nel sistema del servizio pubblico nazionale, si dissolve nel rilevare che tra le scuole pubbliche e quelle private vi è comunque una “ontologica differenza”¹⁹, espressione giuridicamente poco appropriata, ma capace di definire una soglia costituzionale invalicabile della assimilabilità. La scuola non è solo istruzione, ma anche valutazione, attestazione, qualificazione formale: per accedere a queste funzioni ancillari, la scuola privata deve avere la capacità di assumere gli oneri relativi, anche di tipo finanziario.

La centralità della Costituzione permea dunque l'interpretazione della legislazione ordinaria, sulla base di una opzione ermeneutica che esclude che possa considerarsi rispettato il divieto di oneri per lo Stato ove, assolvendo una funzione di servizio pubblico, la scuola paritaria possa avanzare una pretesa giuridicamente tutelata di ricevere somme che altrimenti verrebbero comunque impiegate nel servizio di istruzione pubblico. Anzi, la giurisprudenza arriva ad affermare che la previsione della necessaria autosufficienza è, in fondo, una stessa condizione di garanzia della libertà di insegnamento, che la dipendenza da finanziamenti pubblici finirebbe con il mettere a rischio²⁰.

In questo quadro, l'esistenza di una scuola privata è un fatto solo eventuale, che dipende da moti spontanei della società civile (o anche, più prosaicamente, del mercato). Il pluralismo lo realizza la scuola pubblica, con una istruzione che, per i suoi contenuti, deve dare spazio e respiro alla varietà delle visioni, stimolando attraverso il confronto lo spirito critico dei discenti. È un pluralismo realizzato attraverso la neutralità, affermata ma anche assicurata attraverso regole di garanzia della libertà di insegnamento e meccanismi imparziali di selezione dei docenti che valorizzino la capacità di convogliare nell'insegna-

19 Cons. Stato, sez. VII, 27 dicembre 2023, n. 11193.

20 Così ancora il Cons. Stato, sez. VII, nella sentenza n. 11193/2023.

mento l'apertura alle prospettive e dalla conseguente convivenza, nel corpo docente, di sensibilità e impostazioni ideali differenti. Non è garantito invece un pluralismo che si traduca in un dovere di promozione della esistenza di offerte formative orientate.

Questa costruzione si riflette sulla posizione di chi fruisce o aspira a fruire del servizio di istruzione.

L'interazione tra l'affermazione dell'art. 34, co. II, Cost. e quella di cui all'art. 33, co. III, Cost., esclude che si possa far rientrare nel diritto all'istruzione il diritto di poter effettivamente optare per la scuola privata: una scuola privata che può non esserci (fatto questo costituzionalmente irrilevante) e che può non essere accessibile (fatto anch'esso costituzionalmente irrilevante).

Il quadro tratteggiato è certamente sommario, ma comunque tale da far emergere due aspetti. In primo luogo vi si trova una prima conferma della centralità del ruolo del giudice, dalla cui giurisprudenza si inducono coordinate interpretative decisive rispetto alla costruzione del diritto all'istruzione. E proprio gli esiti cui il giudice giunge assolvendo quel ruolo meritano di essere sottolineati, come secondo aspetto rilevante. La giurisprudenza definisce gli spazi entro cui si svolge la libertà di scelta, in un sistema in cui non solo l'affermazione del diritto all'istruzione, ma anche le implicazioni della integrazione delle scuole private nel servizio pubblico dell'istruzione lasciano un margine di interpretazione su questo aspetto molto (troppo) ampio. Uno spazio che il giudice ha riempito, relativizzando il diritto di scelta, pieno, ma non in relazione agli oneri che possono derivare dalla scelta compiuta. Ciò in un quadro nel quale la presenza di tutti nella scuola pubblica non può comunque non essere considerato un obiettivo funzionale al progetto di integrazione di cui all'art. 3, co. II, Cost., capace di radicare le soluzioni giurisprudenziali proposte in un solido substrato valoriale.

3. L'articolazione del servizio e la scelta della scuola

La questione del rapporto tra diritto all'istruzione e facoltà di scelta si pone anche in relazione alla articolazione della struttura organizzativa pubblica.

Un primo dato si coglie riflettendo *a contrario* su un aspetto che emerge tra le maglie del processo. Sotto il profilo processuale, appunto, è costante l'orientamento che fa derivare dal diritto all'istruzione la legittimazione degli "alunni quali diretti fruitori del servizio scolastico" e, per essi, dei genitori²¹, i quali, dunque possono impugnare atti di fusione, scissione o soppressione di istituti scolastici, sempre che si prospetti l'incidenza sulla qualità del servizio in relazione ai requisiti di dimensione ottimale dell'istituto²² e sempre che sia provato l'interesse ad agire²³.

A prescindere dunque dalla proiezione del nucleo essenziale del diritto sociale all'istruzione, da far valere in quanto tale, quel diritto ha in sé una componente pretensiva che attiene anche alla legittimità delle scelte discrezionali che l'amministrazione si trova a dover compiere sul piano della strutturazione del servizio, sotto il profilo del rispetto dei principi che informano la discrezionalità: si presenta, cioè, anche nella forma dell'interesse legittimo.

Si coglie per questa via il rapporto diretto che esiste tra diritto all'istruzione e dovere organizzativo dell'amministrazione, che si traduce in una pretesa tutelabile all'adeguatezza del servizio approntato rispetto al diritto da soddisfare. Poi, peraltro, è inevitabilmente vero che gli spazi concreti di tutela risultano compressi per il fatto che, essendo ritenuti i provvedimenti di dimensionamento scolastico espressione di potestà di autorganizzazione dell'amministrazione competente, frutto di scelte tecnico-discrezionali, essi ricadono nelle maglie di

21 Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2013, n. 5383; sez. VI, 3 aprile 2001, n. 1958.

22 Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2022, n. 156.

23 Secondo il Consiglio di Stato, infatti, il riconoscimento in capo ai genitori degli allievi di una "una posizione qualificata e differenziata che li legittima a ricorrere", non assorbe la necessità "della prospettazione di una concreta lesione, da parte dell'atto programmatico scolastico, nella sfera giuridica degli interessati, lesione che non può ritenersi effetto automatico o implicito di quello che l'Amministrazione ritiene, al contrario, un miglior assetto organizzativo della rete scolastica nel territorio": Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2013, n. 5383.

un sindacato stretto entro i limiti della manifesta illogicità ed erroneità. Un sindacato ulteriormente penalizzato per il fatto che, trattandosi di scelte in senso lato programmatiche, neppure richiedono un analitico onere motivazionale²⁴.

A seguire, rispetto al reticolato scolastico, e specularmente a ciò che si è rilevato in relazione al rapporto tra scuola pubblica e scuola privata, la giurisprudenza ha dovuto interrogarsi sulla misura in cui l'esercizio del diritto all'istruzione contenga una pretesa tutelabile alla scelta tra scuole diverse. Un profilo, questo, di cui tende ad acuire l'importanza la differenziazione crescente degli istituti in funzione dell'analogamente crescente tasso di autonomia e dell'ampiezza degli spazi ampi entro cui si esprime la specificità delle scuole (attraverso il Piano dell'offerta formativa).

La questione si gioca su due poli. Il primo è quello della promozione della fruizione, e dunque della pretesa alla scelta della scuola più accessibile. Il secondo è quello delle attitudini personali da coltivare attraverso l'offerta più funzionale. D'altra parte, non è ammissibile che i contenuti di un diritto non seguano le trasformazioni della legislazione che lo garantisce. Se il legislatore ha accentuato il valore della differenziazione scolastica, pur nel rispetto di regole generali unitarie, a ciò non può non corrispondere una corrispondente accentuazione di quella parte del diritto dello studente a profittare della autonomia scegliendo tra le offerte formative, in un quadro in cui, oltretutto, la libertà di scegliere dell'utente è uno degli indici per rilevare la qualità delle gestioni amministrative delle scuole. E questo si coglie bene dalla giurisprudenza (questa volta civile) che, nel contrasto tra genitori, chiama il giudice a sostituirsi ad essi e scegliere tenendo conto delle specifiche esigenze evolutive e formative del minore²⁵.

Il valore della pretesa alla scelta è invero solo in parte recepito dalla giurisprudenza.

24 T.A.R. Calabria, sez. II, 25 novembre 2020, n. 1927.

25 Cass., sez. I, 19 settembre 2023, n. 26820.

In principio è garantito il diritto “alla frequenza di un istituto scolastico non solo avente un piano didattico funzionale alla continuazione della [propria] formazione ed alle [proprie] aspirazioni, ma anche situato nell’ambito territoriale più vicino al quartiere ove lo stesso risiede con la sua famiglia”²⁶, per cui, in mancanza di istituti della stessa tipologia ad una distanza ragionevole, “nel bilanciamento dei contrapposti interessi [può apparire] prevalente quello dell’alunna a frequentare l’istituto scolastico prescelto, più vicino al luogo di residenza”²⁷.

Ciò, peraltro, non esclude che sia “rimessa all’autonomia delle istituzioni scolastiche, riconosciuta e garantita dalla Costituzione (ai sensi dell’art. 117, comma 3), il potere di programmazione degli accessi mediante sistemi in grado di assicurare la regolare erogazione del servizio d’istruzione”. Questo perché la giurisprudenza ha riferito il diritto alla istruzione “al servizio scolastico nel suo complesso ed è garantito attraverso una rete di scuole distribuita sul territorio, in grado di soddisfare i bisogni formativi della popolazione scolastica”, ammettendo finanche un discutibilissimo accesso tramite selezione per test²⁸. L’esigenza organizzativa, dunque, trova spazio ai fini della gestione dell’eccesso di domanda, ma solo rispetto a quella: non è così ammesso che si impedisca il trasferimento di uno studente da un istituto ad un altro motivato da una personale preferenza²⁹ e, più in generale, che si pretenda di sindacare il motivo della richiesta.

Il tipo di sentenza che il giudice adotta è quella di annullamento del diniego, cui segue la condanna dell’ente ad adottare le soluzioni organizzative che consentano l’accoglimento dello studente pretermesso. Anche in questo caso ci si trova davanti ad una giurisprudenza condotta secondo i canoni classici

26 Cons. Stato (ord.), sez. VI, 22 luglio 2019, n. 3756.

27 T.A.R. Calabria (ord.), sez. II, 7 settembre 2023, n. 434. La decisione si riferisce all’iscrizione di un alunno disabile, e risente della particolarità del caso, ma l’affermazione dovrebbe poter essere assunta come valida in termini generali.

28 Cons. Stato, sez. VII, 29 marzo 2023, n. 3222.

29 T.A.R. Toscana, sez. IV, 27 luglio 2023, n. 783.

dell'impugnazione dell'atto, ma con una particolarità: la ragionevolezza dell'esclusione viene infatti valutata in relazione alla opzione alternativa concretamente disponibile per lo studente, verificando se questa soluzione, assunta come *tertium comparationis*, possa considerarsi ragionevolmente idonea a soddisfare il diritto all'istruzione³⁰.

4. Il dover essere della prestazione

Rispetto al dover essere della prestazione, la giurisprudenza amministrativa ha applicato canoni di sindacato diversi.

È nelle forme ordinarie del sindacato di legittimità che essa dà applicazione alla disciplina in ordine alla composizione delle classi, in cui si riversa un principio di ragionevolezza che, in particolare, coinvolge la definizione del numero degli alunni³¹ e la allocazione degli studenti diversamente abili, “onde evitare che vi sia un serio nocumento al diritto all'istruzione per la difficoltà di impartirlo effettivamente a classi eccessivamente connotate da percorsi differenziati di apprendimento”³².

Più complesso, anche per la forza conformante della giurisprudenza costituzionale³³, lo schema di tutela del diritto all'istruzione del disabile. Esso si

30 Le esigenze dell'organizzazione, intese in questo caso come esigenze di tutela dei diritti degli altri, confluiscono anche nell'affermazione per cui l'accesso, almeno alla scuola dell'infanzia, può essere legittimamente subordinato dall'amministrazione alla compatibilità della presenza dello studente con altri valori, come quello della salute, come emerge dalla giurisprudenza che ritiene legittimi atti amministrativi che subordinano l'accesso alla vaccinazione obbligatoria per legge: T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 16 gennaio 2017, n. 20.

31 Questo per quanto riguarda in particolare la deroga ai limiti numerici da applicarsi ordinariamente alle classi nelle quali sia presente uno studente disabile, per la quale è l'art. 5, c. 2, Dpr n. 81/2009 a richiedere sia una adeguata motivazione, sia la elaborazione di un progetto articolato di integrazione che “definisca espressamente le strategie e le metodologie adottate dai docenti della classe, dall'insegnante di sostegno, o da altro personale operante nella scuola”. Sul punto della motivazione, T.A.R. Toscana, sez. I, 7 dicembre 2018, n. 1581, e T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 8 luglio 2014, n. 1214 (che richiama l'esigenza di compiere un bilanciamento tra “le opposte esigenze, non solo quelle degli alunni a frequentare l'istituto scolastico in cui hanno effettuato l'iscrizione, ma soprattutto quello del disabile a non essere inserito in una classe [troppo numerosa] e verificare la sussistenza di quelle eccezionali e motivate esigenze” che possono giustificare la soluzione assunta). Ciò, peraltro, senza potere invocare l'impossibilità di rispettare il limite numerico per impedire l'iscrizione dell'alunno disabile (T.A.R. Toscana, sez. I, 26 marzo 2018, n. 43).

32 Cons. Stato (ord.), sez. VI, 24 gennaio 2020, n. 278.

33 C. cost. sent. n. 215/ 1987 e n. 52/ 2000.

concretizza attraverso un processo progressivo di rilevazione della patologie e degli strumenti per farvi fronte, approntato a livello legislativo³⁴, che definisce un quadro rigido, rispetto al quale il sindacato sull'adeguatezza della scelta a valle risulta particolarmente penetrante. La giurisprudenza manifesta però alcune oscillazioni, legate alle incertezze circa il rilievo che può essere riconosciuto alle esigenze organizzative.

In effetti si trovano decisioni nelle quali l'accento, in relazione alla fase a monte dell'attività programmatica, è posto sulla regolazione pubblica e sulla necessità di assicurare un bilanciamento tra il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica del minore diversamente abile con altre contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali³⁵. Ne segue che "la pretesa del soggetto diversamente abile a fruire delle ore di sostegno necessarie a rendere possibile la soddisfazione del suo diritto all'istruzione e la sua integrazione scolastica, non è incondizionata ma è assoggetta al potere dell'amministrazione di organizzare il servizio pubblico scolastico individuando quali siano, nella situazione data, le ore di sostegno da assegnare"³⁶. C'è da chiedersi se queste decisioni, che suscitano non poche perplessità, non dipendano dal fatto che quelle premesse servivano ad affrontare questioni di natura processuale (l'ampiezza della giurisdizione del giudice amministrativo, l'onere di impugnazione del piano educativo individualizzato nel termine decadenziale), cui i giudici amministrativi sono notoriamente molto sensibili. Un dubbio alimentato dal rilievo per cui la giurisprudenza che si è occupata invece del "fondo" delle questioni si è attestata diversamente.

La giurisprudenza prevalente, infatti, sembra valorizzare la coerenza dell'iter procedimentale, considerando a valle doverosa³⁷ l'attribuzione delle ore

³⁴ Se ne trova un analitico esame in Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 5 giugno 2023, n. 3438.

³⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7.

³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2021, n. 4601; si veda anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 19 gennaio 2021, n. 738.

³⁷ Ciò nonostante la modifica dell'art. 10 d. lgs n. 66/2017, che, nella formulazione riformata dall'art. 9 d. lgs n. 96/2019, dispone ora che "il dirigente scolastico, sulla base del PEI di

di sostegno come determinata a monte da un organo tecnico³⁸ sulla base non già di un giudizio discrezionale amministrativo, ma applicando conoscenze tecniche in materia di neuropsichiatria infantile³⁹ che, stabilendo la misura del bisogno, definiscono anche il nucleo indefettibile del diritto⁴⁰ non condizionabile da esigenze finanziarie⁴¹. E per poter attuare il diritto non si può esautorare l'organo tecnico con scelte fatte *ex ante* in via normativa, in ordine alle modalità del sostegno, come anche, per lo stesso motivo, non si possono ridurre gli obblighi di frequenza, né si può imporre la rinuncia alla partecipazione di attività comuni⁴².

È, questa, una giurisprudenza difficile da ricondurre ad unità, in cui d'altra parte si avverte il peso di impostazioni tradizionali; nonostante le incertezze, però, sembra che sia proprio attraverso lo schema della tutela del diritto che nella sostanza si afferma il diritto all'istruzione dei disabili.

D'altra parte, più in generale, l'esigenza che la scuola sia capace di affrontare situazioni di fragilità e di riconoscere nel diritto all'istruzione un diritto so-

ciascun alunno, raccolte le osservazioni e i pareri del GLI, sentito il GIT, tenendo conto delle risorse didattiche, strumentali, strutturali presenti nella scuola, nonché della presenza di altre misure di sostegno, al fine di realizzare un ambiente di apprendimento favorevole allo sviluppo dell'autonomia delle bambine e dei bambini, delle alunne e degli alunni, delle studentesse e degli studenti con accertata condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica, invia all'ufficio scolastico regionale la richiesta complessiva dei posti di sostegno". È stato così osservato che "[i]l legislatore avrebbe in tal modo modificato la natura del potere dirigenziale da vincolato a discrezionale, per quanto si tratti di una scelta discutibile atteso che solo il GLHO è titolare delle necessarie competenze specifiche per poter quantificare in termini di ore di sostegno le esigenze dei minori; ancor più discutibilmente tale potere discrezionale sarebbe stato modellato dal legislatore includendovi profili di dubbia legittimità costituzionale. Difatti i criteri richiamati nel ridetto art. 10 si prestano ad essere intesi nel senso che la limitatezza delle risorse a disposizione della scuola possa scalfire quel "nucleo indefettibile di garanzie" a tutela di diritti fondamentali del disabile, sul quale la stessa Corte costituzionale ha già avuto modo di esprimersi (sentenza n. 80/2010), e conseguentemente il dirigente possa richiedere un numero di ore di sostegno inferiori rispetto a quelle previste nel PEI (tanto più se si considera che il comma 2 *bis* dell'art. 7 fa oggi esplicito riferimento al fatto che le misure attuative del PEI debbano avvenire ad "*invarianza di spesa e nel rispetto del limite dell'organico docente ed ATA assegnato*"): T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 settembre 2020, n. 9312.

38 Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2021, n. 54142.

39 T.A.R. Liguria, sez. II, 28 novembre 2008, n. 2068, richiamato da T.A.R. Toscana, sez. IV, 12 aprile 2023, n. 2241; Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4634.

40 T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 10 febbraio 2021, n. 349.

41 T.A.R. Umbria, sez. I, 7 novembre 2019, n. 573; T.A.R. Molise, sez. I, 29 ottobre 2020, n. 295.

42 T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 14 settembre 2021, n. 9795.

stanzialmente capace di assicurare forme di riequilibrio, appare molto presente nella giurisprudenza.

Così, essa riconduce al diritto all'istruzione la pretesa alla predisposizione di adeguate attività formative e di recupero, anche attraverso piani didattici individualizzati, o utilizzando forme di didattica a distanza⁴³ (ancorché, superando alcuni discutibili orientamenti di segno opposto, tende a considerare che la violazione di questo obbligo non possa incidere sul giudizio di sufficienza o insufficienza ai fini del passaggio alla classe successiva⁴⁴). Appartiene anche al diritto all'istruzione, secondo il giudice amministrativo, l'obbligo di adeguata informazione ai genitori e, parallelamente, l'obbligo di questi di attivarsi per conoscere l'andamento scolastico⁴⁵, funzionale a creare un clima collaborativo nel quale i soggetti responsabili dell'istruzione possano contribuire alla migliore riuscita del percorso formativo. Tutto ciò, dando una interpretazione del quadro normativo coerente con l'obiettivo del "proficuo apprendimento", che porta ad interpretare il presupposto del numero massimo ammesso di assenze senza "eccessiva severità, dal momento che una bocciatura motivata solo [su quel presupposto] potrebbe ingiustificatamente compromettere lo sviluppo personale ed educativo di colui che, dal punto di vista dell'apprendimento e dei risultati conseguiti rispetto agli insegnamenti impartiti, sarebbe stato altrimenti idoneo al passaggio alla classe successiva"⁴⁶.

Si può ascrivere alla generale ispirazione verso una scuola inclusiva anche la protezione del diritto a non avvalersi della religione cattolica, che altrimenti finirebbe con l'ostacolare la fruizione dell'istruzione, diritto che non ammette mediazioni e che non tollera l'apposizione di un qualsiasi tipo di limite, ivi

43 T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 marzo 2023, n. 3526.

44 La verifica è infatti preordinata "a valutare la presenza di una preparazione complessivamente idonea a consentire una proficua prosecuzione degli studi" e rileva sul piano meramente risarcitorio: T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 17 maggio 2022, n. 96; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 26 febbraio 2020, n. 481; T.A.R. Piemonte, sez. II, 12 giugno 2023, n. 586; Cons. Stato sez. VI, 27 gennaio 2020, n. 617.

45 T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 17 gennaio 2022, n. 10.

46 T.A.R. Marche, sez. I, 21 marzo 2017, n. 220.

compresa la fissazione dei termini per esercitare l'opzione⁴⁷. Come vi si può ascrivere il diritto ad essere parte del gruppo scolare anche durante attività non strettamente legate alla formazione tecnica, in quanto "il diritto all'istruzione primaria non corrisponde più al solo diritto di ricevere cognizioni, ma coincide con il diritto di partecipare al complessivo progetto educativo e formativo che il servizio scolastico deve fornire nell'ambito del 'tempo scuola' in tutte le sue componenti e non soltanto a quelle di tipo strettamente didattico, ragion per cui il permanere presso la scuola nell'orario della mensa costituisce un diritto soggettivo perfetto proprio perché costituisce esercizio del diritto all'istruzione così come delineato"⁴⁸.

Riconosciuto così che il diritto all'istruzione appare funzionale ad una crescita complessiva della persona, le sue potenzialità si ampliano. Coerentemente, l'omissione o il ritardo nel fornire un servizio di trasporto scolastico che sviluppi appunto autonomia e relazioni, dà luogo al diritto al risarcimento del danno esistenziale (ancorché essi fossero compensati dalla corresponsione di un contributo per le spese sostenute, perché il servizio da assicurare, per le funzioni che assolve, non può essere "utilmente sostituibile con l'impegno personale dei familiari, anche se ristorato economicamente")⁴⁹.

Un filo comune sembra insomma cogliersi, in una giurisprudenza che è ovviamente sempre molto condizionata dalla particolarità di ogni caso. Vi è, alla base, l'accoglimento di un'idea multidimensionale della funzione di istru-

47 T.A.R. Toscana, sez. IV, 28 luglio 2023, n. 792; Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4634.

48 T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 13 dicembre 2019, n. 14368; si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 2020, n. 7640. Qualifica invece questa pretesa in termini di interesse legittimo, Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5839, che lega comunque la situazione soggettiva al "diritto costituzionale alla scelta alimentare tutelato dagli articoli 2 e 32 Cost. [che] deve avere pari dignità rispetto a qualsiasi altra scelta clinica, etica o religiosa, specie in presenza di documentate ragioni igienico-sanitarie"; ne deriva che "la sua esplicazione non comporta necessariamente una modalità solitaria di consumazione del pasto, dovendosi, per quanto possibile, garantire, da parte dell'Amministrazione scolastica, la consumazione dei pasti degli studenti in un tempo condiviso che favorisca la loro socializzazione".

49 Cons. Stato, sez. II, 28 aprile 2021, n. 3422.

zione, che diventa anche l'occasione per implementare la capacità sociale e relazionale dello studente, come anche la sua autonomia dal contesto.

5. Due considerazioni conclusive

L'esposizione è sommaria, ma permette nondimeno alcune osservazioni di sintesi.

Se la giurisdizione esclusiva si giustifica per la complessità, nei settori che essa comprende, degli intrecci tra situazioni soggettive e per l'embricarsi, in essi, di poteri e obblighi, di doveri e responsabilità, il settore dell'istruzione conferma il senso della sua estensione al campo dei servizi pubblici.

L'attuazione giurisprudenziale del diritto all'istruzione riflette un intricato mosaico in cui la natura delle situazioni soggettive non sempre emerge con nettezza o comunque cambia al cambiare delle prospettazioni.

Il giudice a sua volta, smarcato dal limite ordinario della sua giurisdizione, interviene con uno strumentario variegato, fatto di attrezzi che gli permettono di imporre e annullare, condannare e conformare. Questo oscillare tra tecniche di tutela tipiche del processo impugnatorio e tecniche di tutela proprie della protezione dei diritti, appare insomma particolarmente coerente con i contenuti variabili del diritto sociale all'istruzione. È in questo modo che il giudice mette in relazione il diritto all'istruzione con la complessa trama costituzionale di cui esso costituisce uno dei nodi, rilevante, ma non unico, perseguendo l'obiettivo di definirne in concreto la forma e i contenuti, in contatto diretto con la Costituzione e in aderenza alle trasformazioni sociali che ne impongono un continuo adattamento.

Ciò implica peraltro per il giudice una particolare responsabilità, nell'evitare il rischio che, anziché profittare della sinergia tra strumenti diversi, si crei confusione e che dunque, nello spazio magmatico della giurisdizione esclusiva, si finisca con il trasformare diritti in interessi e obblighi in doveri. Che si finisca cioè non con il tutelare di più ma con il tutelare di meno, magari dando rilievo ad esigenze di interesse pubblico di cui non è il giudice a doversi far carico.

Una seconda osservazione da fare appare legata all'apporto molto significativo che la giurisprudenza ha fornito alla concretizzazione del diritto all'istruzione e, da un diverso punto di vista, alla definizione dei caratteri necessari del servizio pubblico deputato a darvi attuazione, in termini di standard da osservare, obiettivi da perseguire e pretese da soddisfare⁵⁰. Il contributo giurisprudenziale, come si è visto, non si è limitato e non si limita alla realizzazione del nucleo essenziale del diritto, ma interviene in modo pervasivo a sindacare (tra l'altro) la coerenza dell'attività amministrativa posta in essere per perseguire l'obiettivo costituzionale di arricchirne il contenuto, anche compiendo quelle operazioni di bilanciamento tra diritti costituzionali e tra principi che ne consente la coesistenza.

Prescindendo dalla condivisibilità nel merito delle soluzioni cui il giudice è approdato, di cui si è dato conto nel corso dell'analisi, vi è da chiedersi se, in termini di sistema, non vi sia stata una eccessiva latitanza del legislatore tale da indurre la giurisprudenza ad assumere un ruolo di supplenza che esonda dai limiti propri della sua funzione. L'analisi svolta, pur nella sua limitatezza, sembra confermarlo. Rapporto tra pubblico e privato; libertà di accesso ed effettività della pretesa alla scelta; garanzie nell'istruzione e dell'istruzione. Tutti aspetti rispetto ai quali la legge, analizzata alla luce dei conflitti portati di fronte al giudice, appare, a dispetto del suo carattere alluvionale⁵¹, talora inadeguata.

Rispetto all'attuazione del diritto all'istruzione (e in generale rispetto all'attuazione dei diritti sociali), sono in gioco valori decisivi, si pongono questioni sensibili, debbono essere assunte decisioni politicamente complesse e talora divisive. Ma proprio questa è la ragione per la quale occorrerebbe che il legislatore stabilisse regole più precise e definisse coordinate più pervasive⁵², assumendosi la responsabilità di compiere scelte che debbono dipendere da indi-

50 M. MIDIRI, *Il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente*, cit., 532.

51 A. SANDULLI, *Scuola e istruzione* (voce), in B. G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Funzioni amministrative*, Enc. Dir., 2022, 1036.

52 M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2004, 333 e 348.

rizzi politici prodotti nel circuito democratico della legittimazione rappresentativa e che, almeno in quella misura, non dovrebbero essere proprie dell'attività del giudice.

MARGHERITA INTERLANDI

Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli
Federico II
margherita.interlandi@unina.it

INTERDITTIVE ANTIMAFIA E DIRITTI FONDAMENTALI NELLA PROSPETTIVA DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI

ANTI-MAFIA INTERDICTIONS AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PERSPECTIVE OF THE SEPARATION OF POWERS

SINTESI

Il saggio affronta il tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della disciplina delle interdittive antimafia, nella prospettiva della separazione dei poteri, evidenziando come l'assenza di una disciplina che delimiti, nei presupposti, l'applicazione delle misure preventive antimafia impedisce al giudice di esercitare un sindacato pieno ed effettivo. In particolare, dopo aver evidenziato i profili giuridici della disciplina preventiva antimafia che risultano disallineati sia alle garanzie costituzionali che presidiano la tutela della libertà personale, sia alle norme della CEDU, il lavoro si sofferma sulla presunta discrezionalità tecnica del potere del Prefetto, evocata dalla Corte Costituzionale (set. 57/2020) sulla base delle pronunce della giurisprudenza amministrativa, che, nel tempo, ha individuato una serie di comportamenti in presenza dei quali sarebbe legittimo presumere la sussistenza del pericolo giustificativo dell'applicazione della misura restrittiva. L'approccio seguito dalla Corte costituzionale viene sottoposto ad una revisione critica per giungere alla conclusione che il rapporto tra i poteri deve trovare legittimazione nella effettività dei diritti delle persone, la quale non può essere cedevole rispetto alla effettività del diritto pubblico senza che siano rispettate le garanzie costituzionali e della CEDU poste a presidio delle libertà fondamentali. In quest'ottica, si ritiene che il principio della *full jurisdiction*, invocata dalla dottrina per superare i limiti del sindacato giurisdizionale sul potere dell'amministrazione, potrebbe non essere sufficiente a garantire un controllo effettivo, in quanto il ricorso a tale "regola" sarebbe rimesso all'apprezza-

mento del giudice, il quale, nel caso delle interdittive, diversamente che in altri ambiti, appare, in molti casi, restio ad un controllo penetrante sulle misure prefettizie antimafia.

ABSTRACT

The essay addresses the theme of safeguarding fundamental rights within the framework of anti-mafia interdictions, from the perspective of the separation of powers, highlighting how the lack of a discipline that delimits, in its prerequisites, the application of anti-mafia preventive measures prevents the judge from exercising full and effective oversight. In particular, after highlighting the legal aspects of the anti-mafia preventive discipline, which are misaligned both with constitutional guarantees safeguarding personal freedom and with the norms of the European Convention on Human Rights (ECHR), the work focuses on the alleged technical discretion of the Prefect's power, evoked by the Constitutional Court based on administrative case law, which over time have identified a series of behaviors in the presence of which it would be legitimate to presume the existence of the justifying danger for the application of the restrictive measure. The approach followed by the Constitutional Court is subjected to a critical review to conclude that the relationship between powers must find legitimacy in the effectiveness of individuals' rights, which cannot be relinquished in relation to the effectiveness of public law without respecting the constitutional guarantees and those of the ECHR protecting fundamental freedoms. In this perspective, it is believed that the principle of full jurisdiction, invoked by doctrine to overcome the limits of judicial review over the administration's power, is not sufficient to ensure effective control, as the use of this "rule" would be left to the judge's discretion, who, in the case of interdictions, unlike in other areas, appears reluctant to conduct thorough scrutiny of anti-mafia prefectoral measures.

PAROLE CHIAVE: misure preventive antimafia - discrezionalità tecnica - separazione dei poteri - controllo giurisdizionale - full jurisdiction - effettività dei diritti.

KEYWORDS: Anti-mafia injunctions - technical discretion - separation of powers - judicial control - full jurisdiction - effectiveness of rights.

INDICE: 1 Misure preventive antimafia e tutela dei diritti fondamentali nel perimetro della separazione dei poteri; 2. La presunta natura tecnica della discrezionalità del Prefetto: profili critici; 3. Le interdittive antimafia nel quadro delle fonti europee; 3.1. Una possibile attenuazione degli effetti distorsivi delle interdittive: la cd. agevolazione occasionale e l'obbligo di contraddittorio; 4. Effettività del diritto ed effettività dei diritti: funzione e confini del controllo giurisdizionale; 5. Conclusioni: la separazione dei poteri nel paradigma della effettività dei diritti.

1. Misure preventive antimafia e tutela dei diritti fondamentali nel perimetro della separazione dei poteri

Il presente contributo¹ affronta il problema della tutela dei diritti fondamentali incisi dalle misure di prevenzione antimafia, nella specifica prospettiva della separazione dei poteri. Si ritiene, infatti, che la effettività dei diritti fondamentali, sia sul piano sostanziale che sul piano processuale, dipenda dalle modalità con cui si relazionano i poteri dell'amministrazione e quello dei giudici.

Sappiamo bene che il processo di giuridificazione della discrezionalità amministrativa ha indotto la scienza giuridica ad elaborare limiti e contenimenti all'esercizio arbitrario del potere, individuando nella legge e nelle garanzie procedurali il presidio fondamentale delle libertà individuali, *in primis* di quelle economiche.

Ciò ha portato, a sua volta, a circoscrivere il principio della separazione dei poteri negli angusti spazi del merito, con la conseguenza che solo dinanzi ad «*interessi amministrativamente protetti*», al giudice amministrativo sarebbe precluso di ingerire nelle scelte dell'amministrazione «*mentre in relazione alle valutazioni che non attengono all'assetto degli interessi, soprattutto di natura tecnica, il principio di separazione non sarebbe ormai più di ostacolo ad un sindacato penetrante e di tipo "intrinseco"*»².

Sulla base di queste prime considerazioni, si ritiene che la disciplina delle misure amministrative preventive di contrasto alla mafia appare sin d'ora disal-

1 Il presente contributo è frutto della rielaborazione della relazione svolta al seminario del 26 maggio 2023 al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania-Napoli intitolato "Giudice amministrativo e diritti fondamentali".

2 Tar Lazio, sez. III, 28 maggio 2021, n. 6327. In argomento si veda anche A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2023, 1, 393 ss.

lineata al disegno costituzionale, laddove, come vedremo di qui a poco, il provvedimento amministrativo affittivo viene adottato sulla base di un giudizio prognostico e indiziario, ancorato al parametro del “più probabile che non”³, in ordine al rischio o al pericolo di permeabilità della criminalità organizzata nelle attività di impresa che entrano in contatto con la P.A.

Ci si riferisce, in particolare, all'istituto dell'informativa antimafia, prevista dall'art. 91, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che obbliga le amministrazioni ad acquisire la documentazione antimafia prima di stipulare contratti con operatori economici privati⁴.

L'informativa in questione è rilasciata dal Prefetto, il quale in caso di decadenza, sospensione o divieto o di tentativo di infiltrazione mafiosa deve disporre le verifiche occorrenti e rilasciare, nel caso, l'interdittiva ai sensi dell'art. 92, co. 2, d.lgs. n. 159/2011.

Tale misura si fonda su presupposti meramente indiziari e prognostici, attraverso cui il Prefetto accerta, in base al parametro del “più probabile che non”, la permeabilità della criminalità organizzata nelle attività di impresa che entrano in contatto con la pubblica amministrazione⁵.

3 Sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2211, ove si afferma che «Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere “più probabile che non”, appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa».

4 Sulle interdittive antimafia v. M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.it*, 2016, 3, 8 ss.; G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, 2018, 6, 3 ss.; P. TONNARA, *Informativa antimafia e discrezionalità del Prefetto*, in *Urb. app.*, 2017, 2, 223 ss.; P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in G. AMARELLI - S.S. DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, 1 ss.; A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interruttivi*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 4, 1073 ss.; G. D'ANGELO, *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedurali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2021, 10, III, 517 ss.; F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2021, 14, 56 ss..

5 In particolare, in base all'art. 84, comma 4, le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-

Già l'utilizzo di tale parametro valutativo, che si distingue da quello dell'oltre "ogni ragionevole dubbio" richiesto nel giudizio penale, colloca la misura, per usare le parole di autorevoli dottrina, proprio nel "ragionevole dubbio", dal momento che la valutazione, oltre a risultare pienamente opinabile e soggettiva, non richiede una soglia di accertamento rigorosa e precisa⁶.

Ed è poi proprio il carattere altamente soggettivo della valutazione in sede amministrativa che può determinare esiti che possono non essere confermati in sede di giurisdizione penale e, ulteriormente, la difficoltà proprio di accertamento e di sindacabilità in sede di giustizia amministrativa.

bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, nonché dei delitti di cui agli articoli 2, 3 e 8 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74; (*lettera così modificata dall'art. 3, comma 10, del decreto-legge n. 19 del 2024*); b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli 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, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, (*ora art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016*) anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia. Inoltre, il comma 4-bis dispone che: la circostanza di cui al comma 4, lettera c), deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente alla prefettura della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede ovvero in cui hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti e subcontratti di cui all'articolo 91, comma 1, lettere a) e c) o che siano destinatari degli atti di concessione o erogazione di cui alla lettera b) dello stesso comma 1.

6 Cfr. F.G. SCOCA, *Interdittive e la razionalità, la ragionevolezza*, op. cit.

Già da queste prime considerazioni emerge allora una distorsione nel rapporto tra legge – potere- e giudice rispetto alla tutela delle libertà fondamentali.

Nella letteratura tradizionale, infatti, tale rapporto si è attestato progressivamente sul profilo delle garanzie del privato rispetto l'esercizio del potere, sì che il perimetro della discrezionalità si è gradualmente definito in relazione al ragionevole equilibrio tra queste garanzie e l'effettività dell'interesse pubblico perseguito. In altri termini la discrezionalità dell'amministrazione è stata progressivamente ancorata alla ponderazione degli interessi in gioco⁷.

Nel caso delle interdittive antimafia, invece, si verifica un'anomalia rispetto a tale rapporto, dal momento che il legislatore conferisce all'autorità amministrativa, e dunque al Prefetto, un potere vincolato all'adozione della misura preventiva, fondato su un giudizio prognostico. Un giudizio, quindi, basato sull'accertamento dei fatti che, come si è detto, è difficilmente sindacabile dal giudice amministrativo. In altri termini, la legge vincola l'amministrazione all'adozione di provvedimenti che sono particolarmente restrittivi della libertà di impresa del cittadino, senza avere definito le garanzie per la tutela e la difesa di tale libertà.

Nel sistema tradizionale, la legge dovrebbe conferire il potere e, altresì, individuare i limiti al suo esercizio. A questi limiti si aggiungono, poi, quelli posti attraverso il procedimento a tutela e a garanzia della posizione del privato e di quegli interessi secondari che concorrono alla realizzazione della discrezionalità amministrativa.

Nel caso delle interdittive⁸ questa possibilità di ponderare gli interessi rispetto al caso concreto non c'è, in quanto, a fronte del giudizio sul rischio di permeabilità mafiosa, le autorità sono sempre vincolate nell'adozione di un provvedimento, che risulta essere più afflittivo che preventivo.

⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1993.

⁸ Si ritiene che le riflessioni possano estendersi anche ad un altro settore sensibile, quale quello dell'immigrazione. Sul tema sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018.

In queste ipotesi, le amministrazioni, quindi, non hanno la possibilità di calibrare e modulare il provvedimento afflittivo rispetto alle caratteristiche del caso concreto.

Ciò vuol dire che anche laddove il grado di permeabilità mafiosa accertata sia lieve o non del tutto certo, l'amministrazione sarà obbligata ad adottare la misura interdittiva. I provvedimenti così disposti, di fatto, impediranno lo svolgimento *tout court* di una attività di impresa. In questa ipotesi, inoltre, l'operatore economico colpito dalla interdittiva non si vede solo precluso l'accesso ai contratti pubblici ma si potrebbe, altresì, trovare impossibilitato ad avviare qualsiasi attività economica. Il che verosimilmente lo esporrà al dissesto o al fallimento.

In questo schema, quindi, la legge vincola l'amministrazione al raggiungimento di un obiettivo di interesse pubblico, evitare l'infiltrazione mafiosa, sulla base di un giudizio soggettivo difficilmente sindacabile.

2. La presunta natura tecnica della discrezionalità del Prefetto: profili critici

L'afflittività di questo sistema si coglie, ad avviso di chi scrive, ancor di più se si analizza l'orientamento del Consiglio di Stato, espresso nella sentenza n.1743 del 2016 con cui si è cercato di individuare le fattispecie "caso", ovvero situazioni indiziarie in cui si ritiene quasi certo il verificarsi dell'ingerenza della criminalità nella attività di impresa, tale da giustificare l'applicazione della misura interdittiva⁹.

Nella pronuncia in esame, infatti, la misura interdittiva può essere applicata anche ai «*soggetti semplicemente conniventi con la mafia, per quanto non concorrenti, nemmeno esterni, con siffatta forma di criminalità, e persino imprenditori soggiogati dalla sua forza intimidatoria e vittime di estorsioni*». La sanzione viene, quindi, ritenuta legittima anche se inflitta a soggetti che non sono, di fatto, collusi con la criminalità organizzata.

⁹ Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

Con la conseguenza che il limite alla libertà di iniziativa economica, costituzionalmente garantita dall'art 41 Cost., sarà disposto anche nei confronti di chi sia semplicemente vittima di un sistema criminale.

E tale orientamento è sostenuto, peraltro, nella completa consapevolezza dei giudici che molto spesso le imprese e gli imprenditori sono costretti a soccombere a tale sistema criminale *«per omertà o, non ultimo, per il timore della sopravvivenza propria e della propria impresa»*.

Sotto altro profilo, la sentenza appena richiamata solleva qualche perplessità laddove essa si spinge ad elencare le situazioni “tipo”, da cui il rischio di infiltrazioni sarebbe pressoché certo con risultati non sempre e non del tutto apprezzabili.

Tale elencazione si articola in tre sottogruppi: il primo collega la misura a provvedimenti giudiziali precedenti; il secondo collega la misura ad elementi indiziari che si riferiscono alla gestione della attività di impresa; il terzo collega la misura alla natura dei rapporti tra chi, all'interno dell'impresa, è estraneo e chi, invero, partecipa all'organizzazione criminale¹⁰.

Proprio con riferimento a tale ultima ipotesi appare assolutamente ingiustificata, sotto il profilo della proporzionalità della misura, la possibilità di disporre l'interdittiva sulla base *«di rapporti, frequentazioni, conoscenza, colleganza, amicizia di titolari, soci, amministratori, dipendenti dell'impresa con soggetti raggiunti da provvedimenti di carattere penale o da misure di prevenzione antimafia»*¹¹.

Ciò vorrebbe dire che un'impresa potrebbe essere colta da interdittiva antimafia già solo per la presenza di un dipendente che meramente conosce una persona a cui è stata disposta una misura di prevenzione.

In questo caso, l'imprenditore, che con ogni probabilità non è a conoscenza del rapporto tra il suo dipendente e la persona destinataria di misura di prevenzione, si vedrebbe corrispondere una interdittiva antimafia. Con la con-

10 J. P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2019.

11 Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

seguenza che l'imprenditore, pur non essendo coinvolto nel rapporto "incriminato", finisce per subire una grave ed ingiusta limitazione della sua libertà, sulla base di un legame che, da un lato non lo riguarda e, dall'altro lato, potrebbe non aver nessun impatto sulla attività che svolge.

Senza contare che, tale limitazione finirebbe per ripercuotersi anche sui dipendenti dell'impresa, estranei ad ogni tipo di condotta fraudolenta.

Sulla base di queste considerazioni, in ordine alle ipotesi individuate dalla giurisprudenza, in cui si ritiene legittima l'applicazione della misura interdittiva, il quadro risulta oltremodo critico, non solo perché si sacrifica la libertà di iniziativa economica, espressa dall'art 41 Cost., ma, più in generale, si sacrifica il diritto al lavoro, riconosciuto dall'art. 4 Cost., di ogni dipendente dell'impresa interdetta.

Queste considerazioni evidenziano che la prevenzione, inizialmente fondata sulla pericolosità sociale dell'individuo, finisce, come evidenzia parte della dottrina con *«l'essere giustificata esclusivamente dallo scopo (prevenire l'infiltrazione mafiosa) anche se la misura colpisce chi non è pericoloso, ma semmai, è vittima di chi è pericoloso»*¹².

Sul piano sistematico, la fattispecie in esame si inserisce nell'ambito di quei provvedimenti amministrativi, che operando nel settore della tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, sono discrezionali nell'accertamento dei presupposti e vincolati nell'applicazione della misura che da esso discende.

La questione può essere, forse, meglio compresa se si mette a raffronto tale disciplina con quella prevista per le misure preventive penali per le quali, come sappiamo, a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 23/1964¹³, il giudizio di pericolosità sociale, quale presupposto delle stesse, è stato saldamente ancorato a parametri molto stringenti, tra cui quello della attualità, spingendo la Corte Costituzionale a ritenere che proprio la particolare

12 Cfr. G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Effettività del diritto amministrativo tra politiche pubbliche, regole e decisioni amministrative*, in *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, il Mulino, 2022.

13 Corte Cost., 23 marzo 1964, n. 23.

afflittività delle misure legittimasse il giudice a rivalutare d'ufficio l'attualità del pericolo, riconoscendogli poteri istruttori assolutamente penetranti ¹⁴.

Ciò ha favorito il compimento di quello che possiamo definire il “processo di costituzionalizzazione” delle misure preventive penali, fondato sul ragionevole bilanciamento tra interesse pubblico primario e libertà personali.

Inoltre, a differenza delle misure preventive amministrative, quelle penali di carattere patrimoniale incontrano un limite nella garanzia del soggetto a non essere privato dei mezzi di sostentamento, sì che in presenza di tale rischio, il giudice può escludere la decadenza o la sospensione delle autorizzazioni o licenze connesse allo svolgimento di attività economiche¹⁵. Tale disparità è stata riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale¹⁶ che pur confermando la legittimità della disciplina, ha dato un monito al legislatore a superare la difformità di trattamento.

Il processo di costituzionalizzazione delle misure restrittive personali in ambito amministrativo non ha trovato, come in ambito penale, adeguato compimento e difficilmente questo potrà verificarsi senza un efficace intervento normativo, e ciò a causa della presunta natura tecnica della discrezionalità della decisione prefettizia, evocata dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 57/2020¹⁷. In questa pronuncia, infatti, la Consulta ha consacrato la legittimità della disciplina delle interdittive antimafia facendo leva su due argomenti prin-

14 Cfr. Corte cost., 2 dicembre 2013, n. 291, nonché, Cfr. Corte cost., 24 novembre 1994, n. 419, in cui, in particolare, si osserva che «...la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione – in quanto limitative, a diversi gradi, della libertà personale – è necessariamente subordinata, innanzitutto, all'osservanza del principio di legalità, individuato nell'art. 13, secondo comma, della Costituzione, nonché nell'art. 25, terzo comma, della medesima Carta nel quale, pur se riferito espressamente alle “misure di sicurezza”, è stata solitamente rinvenuta la conferma di tale principio anche per la categoria delle misure di prevenzione, data l'identità del fine (prevenzione dei reati) perseguito da entrambe (ritenute due species di un unico genus), aventi a presupposto la pericolosità sociale dell'individuo». Cfr., anche, Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177.

15 Art. 67, co. 5, d.lgs. n. 159/2011.

16 Corte Cost., 19 luglio 2022, n. 180, ove si afferma chiaramente che «deve trovare soddisfazione in tempi rapidi la necessità di accordare tutela alle esigenze di sostentamento dei soggetti che subiscono, insieme alle loro famiglie, a causa delle inibizioni all'attività economica, gli effetti dell'informazione interdittiva».

17 Cfr.: Corte Cost., 26 marzo 2020, n. 57.

cipali: la presunta natura tecnica della discrezionalità del Prefetto e la, altrettanto presunta, provvisorietà della misura¹⁸.

Sul profilo della discrezionalità tecnica, essa viene di fatto ancorata alla tassonomia giurisprudenziale delle situazioni indiziarie, che, integrando il dato normativo, trasformerebbe la discrezionalità “amministrativa” in discrezionalità “tecnica”.

L'argomentazione si presta a più di un'obiezione. La prima riguarda la nozione di discrezionalità tecnica, ancorata a situazioni indiziarie (peraltro anche esse da valutare e soppesare), che nulla hanno a che vedere con le tradizionali nozioni tecnologiche o scientifiche suscettibili di margini di opinabilità, che costituiscono invece l'essenza della c.d. discrezionalità “tecnica”¹⁹. La seconda obiezione è che «*il giudice penale è notoriamente “giudice del fatto” anche e soprattutto perché possiede degli strumenti istruttori che quel fatto gli consentono di conoscere; strumenti che, come tra poco illustreremo meglio, mancano tanto al Prefetto quanto al giudice amministrativo*»²⁰.

Altrettanto debole risulta il tema della presunta provvisorietà della misura, se si considera che la giurisprudenza amministrativa, anche in seguito all'intervento della Corte Costituzionale, ha continuato a predicarne una sorta di ultrattività, fino a prova contraria, gravante sull'impresa colpita dalla misura²¹.

3. Le interdittive antimafia nel quadro delle fonti europee

Sotto altro profilo, la disciplina delle interdittive antimafia risulta disallineata anche rispetto alle fonti sovranazionali.

18 In senso critico v. A. CARIOLA, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in *Diritti fondamentali.it*, 2021, 1, 277 ss.

19 Sul punto, cfr.: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995.

20 A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, 2020, 2, 9 ss.

21 M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *www.giustizia-amministrativa* 2020.

La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, infatti, com'è noto, subordina la legittimità delle limitazioni alle libertà individuali da parte dei poteri pubblici al bilanciamento, in termini di proporzionalità, tra l'utilità di pubblico interesse che si intende perseguire e il pregiudizio subito dalla persona²².

Ebbene il disallineamento delle misure preventive da tale quadro giuridico risiede nel fatto che all'amministrazione è preclusa la possibilità di svolgere questo bilanciamento: il Prefetto, infatti, se ritiene sussistente il rischio di infiltrazione mafiosa adotta la misura.

Il problema era stato affrontato dalla Corte Europea, sezione Grande Camera, che nella sentenza "De Tommaso" del 2017 aveva a posto in discussione la legge italiana n. 1423/1956 (oggi confluita nel d.lgs. 159/2011), relativa all'applicabilità delle misure di prevenzione a soggetti ritenuti pericolosi (in senso "generico"), la quale non garantiva la prevedibilità della misura. In altri termini, secondo il giudizio espresso dalla Grande Camera, la non tassatività di tale normativa avrebbe consentito all'autorità pubblica competente di agire con una eccessiva discrezionalità, precludendo, quindi, adeguate garanzie contro possibili abusi. Nello specifico, la Corte ha sottolineato il principio per cui una norma può ritenersi prevedibile solo se indica le condizioni, che legittimano l'esercizio dei pubblici poteri, tutelando il destinatario della misura restrittiva da possibili arbitri. Vale, infine, la pena ricordare che la Corte EDU ha, in più occasioni, ribadito, anche al di fuori del sistema delle misure preventive, che una misura incidente sulla libertà personale²³ deve essere formulata in modo circostanziato anche al fine di rispettare il principio di legalità.

Detto in altri termini, la norma per essere prevedibile deve essere connotata da necessaria chiarezza, e ciò anche nell'ottica di garantire il fondamentale

²² In tema, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Il caso De Tommaso c. Italia e i possibili riflessi sull'applicazione dei provvedimenti limitativi della libertà di soggiorno degli extracomunitari*, in *Giustamm.it*, 2018, 4, 13 ss.; A. CORRADO, M. INTERLANDI, *Prevenzione amministrativa e interdittive antimafia. Profili di diritto amministrativo*, in L. DELLA RAGIONE, A. MARANDOLA, A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione interdittive antimafia e procedimento*, Milano, Giuffrè, 2022.

²³ C. EDU, *Ciobanu c. Romania e Italia*, 9 luglio 2013.

valore della certezza del diritto. Senza trascurare, inoltre, l'ulteriore rilievo, secondo cui il requisito della determinatezza della misura assume rilievo specifico sotto il profilo della effettività della tutela, laddove la garanzia del controllo giurisdizionale rischierebbe di essere meno penetrante, in mancanza di parametri puntuali e circostanziati, che ne delimitino il potere²⁴.

Su questo disallineamento la Corte Costituzionale nella sentenza n. 57/2020 non ha fornito alcun chiarimento²⁵, sebbene la stessa Corte sia stata, in altre occasioni, protagonista di pronunce molto significative in tema di misure amministrative preventive, afflittive della libertà personale. Infatti, nelle sentenze nn. 172/2012 e 202/2013, pronunciate con riferimento ai provvedimenti espulsivi degli immigrati, fondati o su ingiusti automatismi normativi o su una eccessiva discrezionalità amministrativa nella individuazione del pericolo o della minaccia dell'ordine pubblico²⁶ la Consulta aveva espressamente affermato «*che la tecnica principale di tutela dei diritti fondamentali della persona è quella della ponderazione in concreto degli interessi in gioco*», individuando nei confronti dell'autorità pubblica l'obbligo di valutare “caso per caso” la situazione soggettiva della persona straniera.

La disciplina sul soggiorno degli stranieri extracomunitari presenta molte analogie con quella in esame. Infatti, in entrambi i casi lo Stato persegue un interesse pubblico di primaria importanza che attiene all'ordine pubblico e alla sicurezza; in entrambi i casi è preclusa all'autorità pubblica di bilanciare caso per caso tale interesse con le libertà individuali specificamente tutelate anche in ambito europeo dalla CEDU; in entrambi i casi la disciplina sostanziale è costruita

24 Al riguardo giova rilevare, ad esempio, che la Cassazione, S.U., si è già allineata alle indicazioni espresse dalla Corte EDU, ritenendo non applicabili le sanzioni penali conseguenti all'inottemperanza alle prescrizioni delle misure preventive, le quali, difettando del requisito della determinatezza, non potrebbero integrare la fattispecie penale oggetto della sanzione; cfr. C. Cass., S.U., sent. n. 40076/2017.

25 Al riguardo, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Il caso De Tommaso c. Italia*, cit.

26 M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012; G. CORSO, *Ordine pubblico*, Bologna, il Mulino, 1979; G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti fra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, ESI, 2010.

in modo tale da neutralizzare, di fatto, l'effettività della tutela giurisdizionale²⁷. Infine, in entrambi i casi emerge una palese distorsione dello Stato costituzionale di diritto, laddove si fa ricadere sui singoli individui la responsabilità di situazioni di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza che sono, invece, causati da comportamenti altrui, anche quando questi soggetti non solo non sono pericolosi ma semmai sono le vittime principali di chi è pericoloso²⁸.

3.1. Una possibile attenuazione degli effetti distorsivi delle interdittive: la cd. agevolazione occasionale e l'obbligo di contraddittorio

Le criticità sin qui evidenziate hanno indotto il legislatore ad intervenire per mitigare gli effetti distorsivi di questa disciplina. Ci si riferisce al d.l. 6 novembre 2021, n. 152 che ha introdotto l'ipotesi di agevolazione occasionale, in presenza della quale l'imprenditore è tenuto a rispettare una serie di prescrizioni, di tipo collaborativo, volte ad evitare che l'occasionalità della agevolazione diventi un pericolo di infiltrazione²⁹.

L'intento è quello di accompagnare l'impresa in quel processo di c.d. “*self cleaning*” senza che, però, venga compromessa o messa a rischio la libertà di iniziativa economica.

Il decreto in esame ha, infatti, disposto, da un lato, l'introduzione nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia, del contraddittorio con

27 Sul punto, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori*, cit., p. 4; S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. Amm.*, 2017, 2, 534 ss.

28 Un'impresa, come già anticipato, rischia di essere colta da interdittiva antimafia già solo per la presenza di un dipendente che conosce una persona a cui è stata disposta una misura di prevenzione. In questo caso, l'imprenditore, che con ogni probabilità potrebbe non essere nella condizione di sapere della “conoscenza” tra il suo dipendente e la persona destinataria di misura di prevenzione, si vedrebbe corrispondere una interdittiva antimafia e, in ragione di questa, subirebbe una grave limitazione di una libertà costituzionalmente garantita, sulla base di un legame che, da un lato non lo riguarda e, dall'altro lato, potrebbe non aver nessun impatto sulla attività che svolge. Senza contare che tale limitazione avrebbe esiti pregiudizievoli anche nei confronti di chi lavora nell'impresa e che, al pari dell'imprenditore ma anche del dipendente “conoscente” del “criminale”, sarebbe del tutto estraneo ad ogni tipo di condotta fraudolenta. Come evidenziato da A. BARBANO, *L'inganno. Antimafia. Usi e soprusi dei professionisti del bene*, Venezia, Marsilio, 2022, «L'interdittiva per la legge è una misura amministrativa a protezione delle aziende. Per una famiglia innocente è una bomba atomica, che esplode distruggendo con le sue radiazioni tutte le relazioni economiche, civili e affettive».

29 Ci si riferisce, in particolare, al nuovo art. 94- bis del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

l'impresa e, dall'altro, per quanto qui di interesse, ha introdotto un nuovo articolo, il 94- bis, rubricato "*Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*"³⁰.

La nuova misura introdotta dalla novella, oltre a mitigare il sistema di prevenzione amministrativo, basato principalmente sulle interdittive, sembra allinearsi con le misure di prevenzione disposte in sede di giudizio penale e che, come detto sopra, risultano essere meno afflittive, nonostante siano disposte dal giudice dei "fatti" e secondo il parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

30 La norma prevede che «1. Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6,7, e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 5.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume di affari dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze i finanziamenti in qualsiasi forma, eventualmente erogati da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma. 2. Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2- bis, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa. Agli esperti di cui al primo periodo spetta un compenso, determinato con il decreto di nomina, non superiore al 50 per cento di quello liquidabile sulla base dei criteri stabiliti dal decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa, società o associazione. 3. Le misure di cui al presente articolo cessano di essere applicate se il tribunale dispone il controllo giudiziario di cui all'articolo 34-bis, comma 2, lettera b). Del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario. 4. Alla scadenza del termine di durata delle misure di cui al presente articolo, il prefetto, ove accerti, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. 5. Le misure di cui al presente articolo sono annotate in un'apposita sezione della banca dati di cui all'articolo 96, a cui è precluso l'accesso ai soggetti privati sottoscrittori di accordi conclusi ai sensi dell'articolo 83-bis, e sono comunicate dal prefetto alla cancelleria del tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione».

In questo modo si è introdotto nel sistema preventivo delle interdittive il principio della collaborazione³¹, spostando l'asse della misura dal terreno afflittivo della punizione a quello del supporto all'impresa che pur essendo estranea all'organizzazione potrebbe suo malgrado essere vittima del fenomeno, per uscire dalla spirale del giudizio di pericolosità, salvando così la libertà economica e personale sua e dei suoi dipendenti.

Difatti, la vigilanza collaborativa al pari dell'amministrazione e del controllo giudiziario, nei casi non meglio definiti di "agevolazione occasionale", consente all'impresa di continuare a svolgere la propria attività nel rispetto di alcune prescrizioni e correttivi, sottesi al ripristino di una legalità imprenditoriale la cui violazione si ritiene essere appena embrionale.

Una volta scaduto il termine di durata della misura *de qua* (da sei a dodici mesi), il Prefetto, laddove accerti il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua l'iscrizione nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia.

In questo modo si accompagna l'impresa in quel processo di "*self cleaning*" senza che, però, venga compromessa o messa a rischio la libertà di iniziativa economica.

La misura, sicuramente apprezzabile nei termini in cui consente il continuo della attività di impresa, presenta, è doveroso dirlo, almeno due criticità.

La prima si riferisce sempre all'ampia discrezionalità del Prefetto di dare concretizzazione a concetti quanto mai generici³² come quello "dell'agevolazio-

31 M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *GiurisprudenzaPenale.com*, 2021, 11.

32 In quanto tali rientranti nella categoria dei concetti giuridici indeterminati, sul tema, *ex multis*, v. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm. proc.*, 1983, 4, 371 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1984; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Ce-

ne occasionale”, presupposto necessario affinché la misura possa essere disposta.

In altri termini, il *discrimen* tra vigilanza collaborativa e interdittiva antimafia risiede proprio nella occasionalità o, al contrario, nella stabilità del rapporto tra impresa e criminalità organizzata: nel primo caso troverebbe applicazione la vigilanza collaborativa, nel secondo l'interdittiva.

La valutazione della occasionalità, o al contrario della stabilità, è sempre rimessa alla pura discrezionalità del Prefetto. Una valutazione che sarebbe priva di parametri di riferimento e che, quindi, potrebbe essere interpretata diversamente a seconda della severità, o al contrario della flessibilità, con cui tanto la occasionalità quanto la stabilità verrebbero interpretate dall'autorità competente.

In secondo luogo, poi, se è vero che la vigilanza collaborativa richiama, per certi versi, la misura del controllo giudiziario, è altrettanto vero che tra le due misure di prevenzione sembra mancare un adeguato coordinamento.

In relazione al mancato coordinamento tra le misure adottate in sede amministrativa e penale è infatti intervenuta anche l'Adunanza Plenaria³³, che ha riconosciuto la piena autonomia e indipendenza delle procedure relative al controllo giudiziario “volontario” e al giudizio amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dell'informazione antimafia interdittiva³⁴.

dam, 2000; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791 ss.; 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, 3, 779 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa: indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993; S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006; S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale su concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, www.giustiziaamministrativa.it, 2005.

33 Cons. Stato, Ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 6; Cons. Stato, Ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 7; Cons. Stato, Ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 8.

34 In tema, v. C. CAPPABIANCA, *Gli effetti sul giudizio amministrativo del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34-bis, comma 6, d.lg. n. 159/2011: dopo l'Adunanza plenaria n. 7/2023*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 4, 743 s.s. Peraltro, sul punto si segnala la pronuncia del T.A.R. Reggio Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68, che, sulla base dell'autonomia funzionale riconosciuta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - in particolare con la sentenza del 13 febbraio 2023, n. 7 - tra la misura amministrativa dell'interdittiva antimafia e quella giurisdizionale del controllo giudiziario, ha affermato il principio secondo cui è illegittimo il silenzio opposto dalla prefettura alla richiesta di riesame della misura amministrativa.

In quella sede i giudici hanno stabilito che «*la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34- bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione né del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dall'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria un'informazione antimafia interdittiva*».

Emerge, perciò come dimostra la pronuncia in esame, l'esigenza di un coordinamento tra le due misure, che richiede un intervento correttivo da parte del legislatore.

Del resto, tali misure non solo perseguono la stessa *ratio*, ovvero quella del recupero dell'impresa, ma si applicano entrambe attraverso la collaborazione tra impresa e autorità.

Per tali ragioni ci si chiede se sia effettivamente necessario, anche se richiesta dall'impresa, convertire, o sostituire, la vigilanza collaborativa nella misura del controllo giudiziario; oppure, se, quando il tribunale dispone il controllo giudiziario, sia davvero necessario disporre, *medio tempore*, la vigilanza collaborativa, posto che siamo di fronte ad una “agevolazione occasionale” e che, dunque, non dovrebbe, di fatto, pregiudicare l'interesse pubblico primario all'ordine pubblico.

L'altra novità riguarda, invece, il contraddittorio³⁵, laddove l'art. 48 d.l. n. 152/2021, riformulando l'art. 92, co. 2-*bis*, del d.lgs. n. 159/2011, ha previsto la possibilità per l'imprenditore interessato dall'informativa di presentare entro venti giorni osservazioni difensive e chiedere eventualmente un'audizione personale.

³⁵ La cui assenza in materia di informazione antimafia era da tempo discussa, soprattutto in dottrina. Al riguardo, sia consentito rinviare a A. CORRADO, M. INTERLANDI, *Prevenzione amministrativa e interdittiva antimafia. Profili di diritto amministrativo*, op. cit., ; nonché a R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979)*, in www.giustiziainsieme.it, 2020.

Peccato, però, che la stessa norma preveda che la comunicazione del Prefetto non può contenere elementi informativi il cui disvelamento possa pregiudicare attività processuali, e ciò costituisce un limite significativo al diritto di difesa dell'imprenditore chiamato al contraddittorio³⁶.

4. Effettività del diritto ed effettività dei diritti: funzione e confini del controllo giurisdizionale

A questo punto della riflessione ci si domanda se la disciplina del diritto amministrativo, relativamente a determinati settori, tenda a configurare un'amministrazione del nemico, a cui fa riferimento una recente dottrina³⁷, oppure, peggio ancora, un'amministrazione nemica³⁸.

L'argomento è certamente molto suggestivo in quanto consente di cogliere efficacemente l'essenza delle criticità che sono state sin qui evidenziate, e forse di andare oltre, nel senso di prendere atto del pericolo di trovarsi dinanzi ad una amministrazione che disvela la crisi dello Stato di diritto, sempre più incapace di offrire risposte adeguate alle istanze sociali e securitarie che la comunità esprime come bisogno irrinunciabile per la promozione del benessere individuale e collettivo. Un'amministrazione, quindi, che persegue l'interesse pubblico attraverso lo strumento di misure restrittive preventive che, tuttavia, non sempre risultano efficaci. Ed inoltre, come si è detto, tali misure vengono spesso applicate per prevenire presunti pericoli e minacce ad interessi pubblici particolarmente rilevanti, originati dal comportamento di soggetti diversi da quelli destinatari dei provvedimenti in questione, risultando questi ultimi vittime del pericolo che l'amministrazione è tenuta a contrastare.

È evidente, allora, la necessità di riallineare il regime delle interdittive antimafia sia alle garanzie costituzionali sia alle garanzie sovranazionali.

36 M. A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in www.giustizjainsieme.it, 2023.

37 M.C. CAVALLARO, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria, e sicurezza pubblica: verso un diritto amministrativo del nemico?*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022, 1, 286 ss.

38 G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Effettività del diritto amministrativo tra politiche pubbliche, regole e decisioni amministrative*, cit., p. 6.

Inoltre, l'esigenza di restituire razionalità al sistema, si pone anche con riferimento alla sua attitudine a raggiungere l'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico, attualmente messa in discussione da misure che, essendo vaghe ed ambigue, finiscono per dar vita ad una legislazione simbolica e priva di reale effettività³⁹.

Ragionando in questi termini, e focalizzando la riflessione sul sindacato giurisdizionale, non può che riconsiderarsi il ruolo del giudice secondo una prospettiva che coniughi effettività della tutela e certezza del diritto.

Escludendo l'ipotesi che possano esistere spazi sottratti al controllo del giudice è necessario, perciò, individuare un principio normativo che indirizzi in modo chiaro e cogente la funzione giurisdizionale alla effettività della tutela, intesa nella più ampia accezione di garantire attraverso il processo, un ragionevole equilibrio tra interesse pubblico e libertà fondamentali.

In questo ambito, l'elaborazione della scienza giuridica sulla *full jurisdiction*⁴⁰, secondo cui al giudice spetterebbe un sindacato pieno ed effettivo potrebbe non essere sufficiente a garantire l'effettività della tutela, se prima non si chiarisce una volta e per tutte qual è la rilevanza che oggi deve avere il principio di separazione nella logica della effettività dei diritti e delle tutele.

Infatti, se può ritenersi acquisito che il paradigma dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale si è ormai imposto su qualsiasi prospettiva tesa a valorizzare, in nome della separazione dei poteri, una riserva amministrativa nei confronti del giudice, è altrettanto vero che la definizione della rilevanza di tale paradigma, in assenza di un parametro normativo, rimane affidata alla

39 G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Effettività del diritto cit.*

40 Sull'evoluzione del dibattito dottrinale sulla *full jurisdiction*, si vedano, per tutti: F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.; ID., *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, 29 ss.; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1602 ss.; ID., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 685 ss.; L.R PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 237 ss.

discrezionalità dello stesso giudice⁴¹, il quale, come emerge dal confronto tra le due discipline prima richiamate, continua ad essere unico arbitro del perimetro delle decisioni tecnico-scientifiche⁴². E ciò, ad esempio, è proprio quanto si sta verificando nella materia delle misure di prevenzione antimafia, dove i criteri interpretativi del giudice sono stati elevati a parametri normativi della fattispecie legale. Tant'è vero che proprio l'ascrivibilità del potere del Prefetto alla categoria della 'discrezionalità tecnica' da parte dei giudici ha rappresentato l'invo-cazione più frequente per «*giustificare la scelta del giudice amministrativo di non adden-trarsi in un'analitica ricostruzione dei fatti, anche di rilievo penale, posti alla base del prov-vedimento, potendo limitarsi a verificarne la legittimità sotto il profilo della sufficienza della motivazione, della logicità, della coerenza e dell'attendibilità del giudizio espresso dall'autori-tà prefettizia*»⁴³.

In altri termini, il giudice diventerebbe il nuovo depositario della norma nella sua applicazione del caso concreto, ponendo un problema di certezza del diritto e di tutela di chi si affida alle regole dell'ordinamento nelle scelte e nello sviluppo delle proprie attività private, come nel caso delle attività imprendito-riale⁴⁴.

Tale sistema, inoltre, va rivisto anche in relazione alle fonti sovranaziona-li, secondo cui l'applicazione delle misure restrittive preventive della libertà per-sonale, anche di natura economica, è legittima solo se fondata su parametri

41 Come si evince facilmente dalle divergenti posizioni assunte dalla giurisprudenza ammi-nistrativa, nel cui ambito si contraddistingue l'orientamento del Consiglio di Giustizia ammini-strativa per la regione siciliana per la tendenza ad operare un controllo più pregante sulla legitti-mità del potere prefettizio e, dunque, ad essere maggiormente incline ad esercitare un sindacato pieno ed effettivo nei termini della c.d. *full jurisdiction*. Cfr.: Cons. Giustizia amm., sez. I, 6 mar-zo 2018, n. 125; 23 luglio 2020, n. 664; 26 ottobre 2020, n. 986; 30 novembre 2020, n. 1120. Sul tema, v. anche A. CARIOLA, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, op. cit.; M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, op. cit.

42 Sul punto, cfr.: Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88; nonché, in dottrina v. A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., p. 2.

43 D. CAPOTORTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative*, op. cit., 586-587.

44 In argomenti, v. in particolare, F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discre-zionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

normativi certi, oggettivi e, perciò, prevedibili⁴⁵, tenendo conto, altresì, che, comunque, ogni limitazione delle libertà fondamentali della persona è legittima solo se proporzionale alla finalità di pubblico interesse perseguita e conforme ai canoni del giusto processo (art. 6 CEDU)⁴⁶. Proporzionalità che implica, nella sua applicazione concreta, un bilanciamento degli interessi in gioco, che, come si è visto, non è contemplato dalla disciplina in esame, dal momento che la ratio della stessa opera a garanzia non dei diritti del cittadino ma della effettività dello scopo perseguito, conferendo all'autorità amministrativa una ampia discrezionalità sulla verifica dei presupposti, prettamente prognostici e aleatori, in merito alla presunta permeabilità mafiosa nell'impresa⁴⁷.

In questa prospettiva, nell'auspicio di intervento normativo che possa davvero riallineare la disciplina dell'informativa antimafia al principio della certezza del diritto, e stante il limite che tutt'oggi il giudice amministrativo incontra nell'accertamento dei fatti, si potrebbe, forse, far leva su una maggiore valorizzazione del principio di proporzionalità⁴⁸, quale canone di legittimità del po-

45 Cfr. C. EDU, Grande Camera, De Tommaso, 23 febbraio 2017 cit., che ha affermato che la misura preventiva personale è subordinata al principio di legalità e di proporzione, a cui espressamente si riferisce l'art. 2, c. 3, prot. n. 4 CEDU, laddove dispone che «l'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

46 Per un approfondimento sugli effetti dell'influenza delle fonti sovranazionali sul diritto amministrativo, cfr. F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 428 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 685 ss.; F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2014, 2, 337 ss.; M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 569 ss.

47 Sul tema generale della discrezionalità amministrativa come potere di scelta dell'autorità pubblica, a fronte di una previsione normativa che lascia aperte diverse soluzioni, si rinvia per maggiori approfondimenti al saggio di L. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 309 ss., in cui l'A. propone di ricercare l'integrazione del significato delle clausole generali nell'ordine giuridico della società, fondato sulla prospettiva della sovranità popolare, piuttosto che nell'ambito dell'ordine economico.

48 Sul principio di proporzionalità la bibliografia è molto estesa e, pertanto, ai fini delle considerazioni sin qui svolte ci si limita a rinviare a M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, 2016, Torino, Einaudi 463 ss.; M.

tere amministrativo, secondo una lettura sistematica dell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, coerente con il principio di effettività, sancito dall'art. 1 del codice del processo amministrativo, e con i principi del giusto processo e della pienezza della tutela dei diritti fondamentali della persona, sanciti dagli articoli 6 e 13 della CEDU.

Tale principio, infatti, potrebbe operare, come sostiene autorevole dottrina, sia come tecnica interpretativa che concretizza il contenuto delle norme ogni qualvolta il potere è legittimato dalla esistenza di un presupposto non sufficientemente determinato⁴⁹; sia come dovere da parte del giudice di accertare quale presupposto legale della fattispecie normativa l'effettivo bilanciamento degli interessi in gioco, anche laddove non sia espressamente previsto dalla norma, accogliendo la tesi che attribuisce alla proporzionalità il valore costitutivo della fattispecie legale, contribuendo ad integrarla e definirla in modo più stringente e perciò vincolante, per l'amministrazione prima e per il giudice poi.

In altri termini, nel caso delle informative antimafia, l'ipotesi che la legittimità del potere prefettizio possa essere sindacata sotto il profilo della proporzionalità, si potrebbe configurare come applicazione sostanziale del principio di legalità. Ciò porterebbe a ritenere che il Prefetto nel motivare il giudizio di pericolosità dell'operatore economico sarebbe tenuto, altresì, a dare conto della proporzionalità della misura adottata rispetto all'interesse pubblico perseguito, facendo specifico riferimento al caso concreto. In questa prospettiva, anche alla luce della *ratio* perseguita dalle misure preventive collaborative, di cui all'art. 94 -bis d.lgs. n. 159/2011, introdotte da d.l. n. 152/2021, è possibile ricondurre al

D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014, in *Riv. it. Sc. giur.*, 2014, Napoli, 281 ss.; A. M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1, 3 ss.; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

49 S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011.

principio di proporzionalità l'obbligo della Prefettura di valutare, prima dell'emissione del provvedimento definitivo, i presupposti per la concessione di una misura alternativa, quale ad esempio la misura di prevenzione collaborativa⁵⁰. La valorizzazione legislativa di misure che rispondono ad una logica di bonifica e reinserimento dell'impresa nell'economia legale, a discapito delle interdittive antimafia, più che altro dirette ad una estromissione dal mercato delle imprese, non può che indurre il Prefetto a considerare l'adozione di quest'ultime una *extrema ratio*. Così ragionando, dunque, l'autorità amministrativa sarebbe tenuta a giustificare la sua decisione di non ricorrere a misure di “*self cleaning*”, dimostrandone l'inefficacia nel caso concreto a raggiungere l'obiettivo di tutelare l'ordine pubblico economico.

L'assenza di una valutazione così puntuale consentirebbe, perciò, al giudice di annullare la misura per violazione del principio di proporzionalità, senza invadere la sfera di discrezionalità amministrativa ma sindacandone la legittimità ove l'amministrazione non abbia dato conto nella motivazione della proporzionalità della misura applicata rispetto al rischio che si è inteso prevenire⁵¹.

50 Sul punto cfr. Tar Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, 5 luglio 2023, n. 598 che ha ritenuto che «il Prefetto, così come accade per il giudice della prevenzione, dovrà servirsi del materiale probatorio reso disponibile dall'impresa istante per decidere se essa, grazie all'applicazione della misura, possa attrezzarsi in modo adeguato al fine di scongiurare in futuro quegli «eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa diretti a condizionare l'impresa» che – subiti in passato secondo le indagini prefettizie – hanno fatto scattare l'interdizione amministrativa». Cfr. Cons. Giustizia amm. per la Regione Siciliana, 16 agosto 2023, n. 532.

51 In questo senso merita specifica attenzione la pronuncia del Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, che, in applicazione del principio di proporzionalità ha espressamente evocato l'effettività della tutela giurisdizionale, affermando che «Il giudice amministrativo è chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa ed alla sua persistente attualità, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, “con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame».

SEZIONE II

CHIARA CUDIA

Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche
dell'Università degli studi di Firenze
chiara.cudia@gmail.com

**NOTE SU ABUSO D'UFFICIO E DISCREZIONALITÀ
AMMINISTRATIVA: UN'ALTERNATIVA
(INTERPRETATIVA) ALLA PROPOSTA DI ABROGAZIONE
DELL'ART. 323 C.P.**

**NOTES ABOUT THE ABUSE OF FUNCTIONS: AN ALTERNATIVE
INTERPRETATION TO THE PROPOSED ABROGATION OF ART.
323 C.P.**

SINTESI

È all'esame del Parlamento un disegno di legge rivolto (anche) alla abolizione del reato di abuso d'ufficio¹. La proposta si fonda, da un lato, sullo squilibrio tra le (numerossime) iscrizioni della notizia di reato e le (ben più inferiori) decisioni di merito, che sarebbe indicativo del deficit di determinatezza della fattispecie penale in esame; dall'altro, sulla convinzione che l'ansia da responsabilità penale tenda a rallentare o paralizzare l'attività dei funzionari. Tuttavia, riflettendo sul legame tra abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa, si ha la sensazione che i continui interventi legislativi sull'art. 323 c.p. (così come le oscillazioni della giurisprudenza sulla portata applicativa di tale fattispecie penale) derivino dalla tendenza a considerare la discrezionalità (e le regole che la disciplinano) come una specie di pacchetto unico, per cui l'alternativa tende a essere “tutto o niente”, cioè estensione del sindacato del giudice anche sugli ambiti riservati alla p.a. oppure arretramento della protezione penale. Lungo questo orizzonte, lo scritto intende evidenziare come una considerazione più analitica e costituzionalmente conforme della discrezionalità amministrativa possa svelare un assetto capace di tenere salda la compatibilità dell'abuso d'uffi-

¹ Il testo costituisce la rielaborazione, con alcune note essenziali, dell'intervento al convegno *Il contrasto alla corruzione nella dimensione multilivello: un dialogo sulle nuove proposte di riforma in Europa e in Italia*, organizzato presso UnitelmaSapienza, Roma, il 21 febbraio 2024.

cio con i principi penali di determinatezza e tassatività, e rappresentare così un'alternativa alla abrogazione dell'art. 323 c.p.

ABSTRACT

Italian Parliament is now considering to abolish the crime of abuse of functions. The proposal is based on the low number of conviction verdicts (considered as an effect of the lack of specificity of this criminal case) and on the idea that “anxiety” for criminal responsibility could slow down or paralyze the administrative management. However, moving from the connection between abuse of functions and administrative discretionary power, it is quite evident that the numerous legislative amendments to article 323 c.p. result from a certain tendency to consider discretionary power as a whole, so that it is not possible to escape from the alternative between extending judge's control on reserved administrative powers or having a rollback of criminal protection. In this framework, the paper aims to highlight how an analytical consideration of discretionary power can reveal a different model, which could assure the compatibility of abuse of functions with some principles of criminal law and represent an alternative to the repeal of art. 323 c.p.

PAROLE CHIAVE: Abuso d'ufficio - discrezionalità - giudice penale - separazione dei poteri - principio di legalità.

KEYWORDS: Abuse of functions - discretionary power - criminal judge - separation of powers - rule of law.

INDICE. 1. Notazioni preliminari. L'abuso d'ufficio tra proposte di abrogazione nazionali e indirizzi europei: la prospettiva del diritto amministrativo. - 2. Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa nel diritto penale vivente. - 3. Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa in una prospettiva “costituzionalmente orientata”. - 4. Segue. Le regole suscettibili di violazione nella condotta

1. Notazioni preliminari. L'abuso d'ufficio tra proposte di abrogazione nazionali e indirizzi europei: la prospettiva del diritto amministrativo

Il legislatore italiano ha (di nuovo) messo sul tavolo l'abolizione del reato di abuso d'ufficio (ddl S. 808)² senza troppo curarsi dello stato di avanzamento

² Si tratta del disegno di legge n. S. 808, presentato dal Ministro della Giustizia Nordio e del Ministro della Difesa Crosetto, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*”. Il d.d.l. è stato approvato dal Senato il 13 febbraio 2024; per l'iter cfr. <https://www.senato.it/leg/19/>

della proposta di direttiva europea sulla lotta alla corruzione³, che all'art. 11 contempla espressamente un reato con il medesimo titolo⁴. Verrebbe così accettata l'eventualità che possa rendersi necessario un nuovo intervento legislativo per rispettare gli obblighi derivanti dal diritto eurounitario (salvo contestare, fin da adesso, la conformità della direttiva ai principi di sussidiarietà e proporzionalità⁵).

BGT/Schede/Ddliter/57329.htm.

3 Il 3 maggio 2023 la Commissione europea ha presentato la proposta di direttiva COM (2023)234 sulla lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio. La proposta aggiorna il quadro giuridico dell'Unione in materia di lotta contro la corruzione, vincolando gli Stati membri all'adozione di norme di armonizzazione minima delle fattispecie di reato riconducibili alla corruzione e delle relative sanzioni, oltre che di misure per la prevenzione del fenomeno corruttivo e di strumenti per rafforzare la cooperazione nelle relative attività di contrasto. Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52023PC0234>. Si veda anche il *dossier* pubblicato sul sito della Camera: http://documenti.camera.it/leg19/dossier/testi/ES023.htm?_1689389808315.

Sulla proposta si vedano, in termini generali: L.SALAZAR, F.CLEMENTUCCI, *Per una nuova anti corruzione europea: Eu-rbi et orbi*, in *Sistema penale.it* (2023); M. GAMBARDELLA, *La "Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione" al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze*, *ivi* (2023); Audizione presso la Camera del Presidente dell'ANAC, avv. Giuseppe Busia, <https://www.anticorruzione.it/-/audizione-sulla-proposta-di-direttiva-del-parlamento-europeo-e-del-consiglio-sulla-lotta-contro-la-corruzione-com-2023-234-del-3.5.2023-presso-la-xiv-commissione-politiche-dell-unione-europea-della-camera-dei-deputati-camera-dei-deputati-18-luglio-2023>.

4 Per quanto riguarda l'abuso d'ufficio (*pubblico*), l'articolo 11 della proposta di direttiva prevede che gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta intenzionale consistente nell'esecuzione o nell'omissione «di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo». Si ricorda che già la Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (c.d. Convenzione di Merida), ratificata dall'Italia con la legge n. 116 del 2009, prevede all'art. 19 il conferimento del carattere di illecito penale, «quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona o entità»: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2009;116>.

5 Nella seduta del 19 luglio 2023, la XIV Commissione (Politiche UE) della Camera ha adottato un parere motivato (doc. XVIII-bis, n. 10) ai sensi della procedura per la verifica di conformità al principio di sussidiarietà di cui al Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, contestando la conformità della proposta di direttiva al medesimo principio nonché a quelli di attribuzione e proporzionalità. Il parere motivato è stato confermato dall'assemblea della Camera dei deputati nella seduta del 26 luglio 2023. La proposta risulterebbe in contrasto con il principio di sussidiarietà e con quello di proporzionalità perché «essa detta, senza che sia dimo-

Il dibattito sul disegno di legge appare oggi largamente polarizzato sulla scelta di politica del diritto se mantenere o eliminare la fattispecie di reato⁶, con riferimento alle due principali ragioni addotte a sostegno della proposta di abrogazione. Da un lato, il sensibile squilibrio tra iscrizioni della notizia di reato (numerosissime) e decisioni di merito (numericamente quasi irrisorie), che sarebbe indicativo di una “anomalia” che persiste nonostante le modifiche dell’art. 323 c.p. nel tempo intervenute al fine di ricondurre la fattispecie entro criteri normativi più rigorosi. Dall’altro, la convinzione che sia essenzialmente “l’ansia da responsabilità penale” a rallentare o paralizzare l’attività dei funzionari: la mancanza di un confine sufficientemente certo al sindacato del giudice penale sull’attività amministrativa finirebbe per compromettere l’intera funzionalità amministrativa⁷.

strata la necessità ed il valore aggiunto dell’intervento a livello unionale, una disciplina pervasiva che incide profondamente su normative, quali quelle contenute nei codici penali e di procedura penale, che tengono conto delle specificità dei sistemi, dei dati statistici e delle culture giuridiche, economiche e sociali, nonché dell’ordinamento costituzionale e delle Pubbliche amministrazioni di ciascuno Stato membro». Per quanto riguarda, specificamente, il reato di abuso d’ufficio la Commissione non avrebbe dimostrato «d’asserito carattere transnazionale del fenomeno criminale oggetto della disciplina, invocato dalla Commissione europea a sostegno della conformità dell’intervento normativo al principio di sussidiarietà». Si veda <https://www.camerait.it/leg19/491?idLegislatura=19&categoria=018bis&tipologiaDoc=documento&numero=010&doc=intero>.

6 Si vedano, in particolare, le Osservazioni del Presidente dell’ANAC, avv. Giuseppe Busia, sulle Proposte di legge in materia di modifica della disciplina dei reati di abuso d’ufficio e di traffico di influenze illecite, in <https://www.anticorruzione.it/-/osservazioni-presidente-anac-su-pdl-abuso-ufficio-1-giugno-2023>. Cfr. anche R. CANTONE, *Ancora in tema di abuso d’ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, *ivi* (2023); R. GAROFOLI, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio*, in *Sistema penale* (2023); G.L. GATTA, *L’annunciata riforma dell’abuso di ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, *ivi* (2023); G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d’ufficio. note critiche*, *ivi* (2023); M. PELLISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio e di riformulazione del traffico d’influenze illecite*, *ivi* (2023); C. CUPELLI, *La fine (temporanea) dell’abuso d’ufficio*, in *DisCrimen.it* (2024). Recentemente il rapporto tra burocrazia difensiva e riforma dell’abuso d’ufficio è stato considerato dalla Corte costituzionale nella sentenza 18 gennaio 2022, n. 8, con cui ha dichiarato inammissibili e infondate le censure di costituzionalità mosse con riguardo all’art. 323 c.p.

7 Sulla “paura della firma”: S. BATTINI, *Abuso d’ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, p. 494; B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 76; B. ROMANO, *La continua riforma dell’abuso di ufficio e l’immobilismo della pubblica amministrazione*, in www.ilpenalista.it, 2020; A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell’abuso d’ufficio*, in www.laegislazionepenale.eu, 2020.

In queste note, però, non intendo soffermarmi né sulla rilevanza del dato statistico appena menzionato, né sulla opinabilità del legame tra la celerità nell'attuazione di politiche urgenti (ieri la pandemia, oggi il PNNR, domani chissà) e la riduzione della responsabilità penale dei funzionari, quasi che la fluidità dell'azione amministrativa chieda di *non* rispettare le regole (e non si colleghi invece a una serie ben più ampia di profili)⁸.

Vorrei invece riflettere soltanto sull'abuso d'ufficio e solo lungo il filo che lo lega alla discrezionalità, e vorrei farlo con le lenti dell'amministrativista. Non soltanto perché questi sono i miei "occhiali", ma anche perché credo che la maggior parte dei problemi che riguardano tale fattispecie (e che è fin troppo comodo addossare interamente al giudice penale) dipendano a monte da una mancanza di comunicazione tra diritto penale e diritto amministrativo e da una scarsa consapevolezza circa il significato (attuale) di alcune categorie giuridiche.

La sensazione è che le continue modifiche dell'art. 323 c.p. e le oscillazioni della giurisprudenza derivino dalla tendenza a considerare la discrezionalità (e le regole che la disciplinano) come una specie di pacchetto unico, per cui l'alternativa tende a essere "tutto o niente" (cioè sindacato del giudice anche su ambiti riservati alla p.a. oppure arretramento della protezione penale).

Da qui, i tentativi legislativi di rendere la figura criminosa maggiormente adeguata ai principi penali di determinatezza e tassatività⁹ non hanno avuto buon esito perché ogni volta che il legislatore tentava di fare uscire dalla porta (dal testo dell'articolo) alcuni profili, questi finivano sempre per rientrare dalla finestra (attraverso le sentenze del giudice penale).

⁸ Per una riflessione su questi profili, si vedano F. MERLONI, *L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge n. 190 del 2012: funzioni, poteri e modello organizzativo*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, p. 481; R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015; E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023; ID., *Dove va l'anticorruzione: un bilancio critico a dieci anni dalla legge 190*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, p. 303.

⁹ Sulla portata di tali principi si veda F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 105.; ID., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, p. 170.

Muovendo da questa impressione, cercherò di evidenziare come una considerazione più analitica (e costituzionalmente conforme) della discrezionalità possa svelare un assetto capace di tenere salda la compatibilità dell'abuso d'ufficio con i principi sopra menzionati e rappresentare così un'alternativa alla abrogazione dell'art. 323 c.p.

2. Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa nel diritto penale vivente

L'abuso d'ufficio riflette, da sempre, la difficoltà di trovare un equilibrio soddisfacente tra la necessità di predisporre un sistema sanzionatorio penale adeguato e l'esigenza di preservare l'autonomia dell'azione amministrativa¹⁰: in sintesi, la complessità del rapporto tra amministrazione e giurisdizione penale¹¹.

Tale aspetto ha prodotto una lunga serie di interventi normativi che hanno inciso sulla fattispecie allo scopo, alternativamente, di allargare e di restringere la sfera del sindacato consentito al giudice penale, nell'assunto che il *deficit* di determinatezza sia imputabile alla tecnica normativa con cui è redatto l'art. 323 c.p. piuttosto che alla sua interpretazione come formata nel diritto vivente.

10 Per una parte, è diffusa la percezione che sovente «l'arbitrio più sfacciato e partigiano» si nasconde «tra le maglie (talora ben larghe) della discrezionalità amministrativa e dietro il paravento di una scrupolosa osservanza delle leggi e dei regolamenti», da cui deriva la necessità che l'abuso d'ufficio non si colleghi ai soli «profili incontrovertibili della legalità dell'azione amministrativa», così T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 della l. 16/7/1997, n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 747. Per un'altra, affiora il timore che ritenere sufficiente per la sussistenza del reato «una qualche indefinita deviazione delle dinamiche dell'ufficio rispetto agli scopi tipici» finisca per appiattare l'illecito penale su quello di carattere amministrativo aprendo «le porte a dannose intrusioni del giudice penale» sulle valutazioni di merito, così A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in F. Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, ESI, Napoli, 2007, p. 258.

11 In termini generali, sul rapporto tra giudice penale e pubblica amministrazione cfr. T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1969; B. CARAVITA DI TORRITTO, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale*, in *Quaderni C.S.M.*, gennaio 1991, p. 50; U. FRAGOLA, *L'atto amministrativo e il diritto penale*, in *L'amm. it.*, 1996, p. 696; L. MAZZAROLLI, *Attività amministrativa e giudice penale*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 663; L. PALADIN, *Problemi, esperienze e rapporti fra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1979, p. 457; R. VENDITTI, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del g.o.*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1135; ID., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, *ivi*, 1964, p. 1135.

Non ripercorro, ovviamente, la storia dell'istituto¹², sebbene proprio quella storia abbia condizionato molte delle successive variazioni sul tema (un esempio per tutti, la rilevanza delle norme di principio e, in particolare, dell'art. 97 Cost.¹³). Prendiamo l'ultima versione dell'art. 323 c.p., quella che – adesso – si vorrebbe abrogare¹⁴. Nel 2020 la condotta sanzionata è stata *contratta*, espungendo la violazione di norme di rango regolamentare, e *precisata*, limitando le disposizioni suscettibili di essere violate a quelle contenute in fonti di rango legislativo dalla cui applicazione non residuino in capo all'amministrazione margini di discrezionalità.

12 Sull'abuso d'ufficio si vedano, *ex plurimis*: C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, Cedam, Padova, 2013, p. 942; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 250; M. GAMBARDILLA, *Abuso d'ufficio*, in E. Aprile, M. Cassano, M. Gambardella, V. Mongillo (a cura di), *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 309; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 334; E. INFANTI, *Abuso d'ufficio*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, II, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, Torino, 2008, p. 318; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Cedam, Padova, 1998; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2004; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 232; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 263; G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, in C. F. Grosso, M. Pellissero (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 368; A. SEGRETO, G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1999; A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, p. 39; A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio tra diritto penale e diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2008, p. 262.

13 Cfr. Cass. pen., VI, 24 giugno 2014, n. 37373; Id., 12 giugno 2018, n. 49549; Id., 2 aprile 2015, n. 27186; Id., 12 giugno 2014, n. 38257; Id., 30 gennaio 2013, n. 12370; Id., 14 giugno 2012, n. 41215; Id., 17 febbraio 2011, n. 27453; Id., 12 febbraio 2008, n. 25162.

14 Sull'ultima "versione" dell'art. 323 c.p., cfr. L. PELLEGRINI, *Abuso d'ufficio e diritto vivente*, in *Giur.it.*, 2023, p. 1414; A. CIOFFI, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 285; V. DE FANTI, *Il primo biennio di applicazione del «nuovo» delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3460; M.C. UBIALI, *Emergenza Covid e riforma del delitto di abuso d'ufficio per agevolare la ripresa del Paese: brevi note alla sentenza n. 8/2022 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 120; G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato?"*, in *Archivio penale*, 2022, p. 821; M. GAMBARDILLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolito criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 493; A. MELCHIONDA, *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in *Archivio penale*, 2021, p. 437; A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in www.lalegislazionepenale.eu (2020); T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.com (2020); A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in www.sistemapenale.it (2020).

Tralascio il tema della violazione delle norme regolamentari (mi limito a ricordare che la giurisprudenza ha comunque recuperato, specie in materia urbanistica, la rilevanza delle fonti subprimarie che operano come presupposti di fatto della norma di legge che si assume violata)¹⁵. E tralascio altresì l'abuso per omessa astensione (la cui eliminazione creerebbe peraltro un incolmabile vuoto di tutela).

Come anticipato, mi soffermo solo sul rapporto tra abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa (che equivale, da un'altra angolatura, a quello tra abuso d'ufficio ed eccesso di potere)¹⁶. Dopo la riforma, il giudice penale ha affermato che non è la mera esistenza di un potere amministrativo discrezionale a escludere la configurabilità del reato, dovendosi distinguere due diversi ordini di limiti.

È sottratta al giudice penale la verifica dell'inosservanza dei principi generali (in particolare, dei principi di cui all'art. 97 Cost.)¹⁷ e del cattivo uso della discrezionalità, inteso come violazione dei *limiti interni* alla discrezionalità amministrativa. Viceversa, mantiene rilevanza penale (ed è quindi rilevabile dal giudice) l'esercizio del potere discrezionale che trasmodi in una «distorsione funzionale dai fini pubblici», formula che abbraccia lo sviamento di potere e la violazione dei *limiti esterni* alla discrezionalità¹⁸. Questa distinzione tra limiti in-

15 Cfr. Cass. pen. IV, 8 novembre 2022, n. 46669; Cass. pen. VI, 8 marzo 2022, n. 13148; Id., 23 febbraio 2022, n. 113139; Cass. pen., III, 8 settembre 2020, n. 26384. Sulla rilevanza della violazione di regolamenti laddove operano come norme interposte che si risolvono nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria: Cass. pen., VI, 11 novembre 2021, n. 1606; Id., 16 febbraio 2021, n. 33240.

16 Per un approfondimento, sia permesso di rimandare a C. CUDIA, *Abuso d'ufficio e provvedimento discrezionale tra istituti di diritto amministrativo e necessità del diritto penale*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 1299 e ID., *The importance of being Earnest: osservazioni (dalla prospettiva del diritto amministrativo) sulla prima giurisprudenza applicativa del "nuovo" art. 323 c.p.*, in *www.giustamm.it* (2021).

17 Cfr. Cass. pen., VI, 11 luglio 2023, n. 38125; Cass. pen., III, 21 febbraio 2023, n. 17397; Cass. pen., VI, 10 giugno 2022, n. 28402; Id., 7 aprile 2022, n. 23794; Id., 17 febbraio 2022, n. 13136. Residuano pronunce di segno contrario: Cass. pen. I, 6 dicembre 2021, n. 2080 («trattandosi di principio costituzionale di portata immediatamente precettiva, che non necessita di alcun adattamento o specificazione», nel caso di specie, con riguardo al mancato rinnovo dell'incarico di un funzionario comunale, da parte del sindaco, per fini ritorsivi e discriminatori).

18 Così, Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 442; Id., 18 maggio 2022, n. 21643.

terni e limiti esterni della discrezionalità (che evoca in parte la contrapposizione tra norme di azione e norme di relazione¹⁹), mi pare, è particolarmente indicativa del problema “concettuale” cui accennavo in premessa: è ciò che confonde l'interprete (e l'operatore del diritto) poiché rischia costantemente di recuperare all'interno della condotta penalmente rilevante una molteplicità di ipotesi non sempre riferibili a violazioni di regole specifiche. Da qui, la necessità di una riflessione sui confini dell'art. 323 c.p. al fine di assicurare il rispetto del principio di determinatezza della fattispecie penale oltre che (di riflesso) l'efficienza dell'amministrazione e la tranquillità individuale): una impostazione “mediana” tra le interpretazioni più estensive della giurisprudenza e la eliminazione dell'abuso d'ufficio.

3. Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa in una prospettiva “costituzionalmente orientata”

Nel nostro sistema costituzionale, la discrezionalità²⁰ è un prodotto della legge²¹: per questa ragione, la disciplina che la delimita (mediante regole) opera come *limite giuridico* senza che sia necessario distinguere tra limiti interni e limiti esterni.

19 Si veda, per esempio, l'utilizzo che ne viene fatto in A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio*, cit., p. 278: nei casi in cui si contesti la violazione di *norme sostanziali* o di «relazione», destinate a regolare i profili vincolati della decisione amministrativa, si propone un metodo di accertamento della «condizionabilità abusiva» sostanzialmente basato sullo «scopo della norma violata», volto cioè all'individuazione di un «nesso di corrispondenza tipica tra inosservanza ed evento valutabile già sul piano della formulazione astratta della norma violata». Viceversa, nei più frequenti casi in cui si imputi al pubblico agente la violazione di *norme strumentali* o «di azione» (norme procedimentali, norme sulla competenza), si suggerisce di adottare una regola di giudizio basata sulla rilevanza impeditiva ipoteticamente attribuita al «comportamento alternativo legittimo», misurando in base alle circostanze concrete presenti nella singola vicenda da giudicare, il potere che *di fatto* la condotta conforme al dovere era in grado di spiegare. Il risultato lesivo non può essere considerato ingiusto (cioè penalmente rilevante) se la specifica violazione normativa addebitata «non risulti almeno potenzialmente idonea ad alterare la valutazione comparativa degli interessi materiali da disciplinare attraverso l'esercizio della funzione».

20 Sulla discrezionalità amministrativa si vedano, anche per ulteriori riferimenti: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 52; A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1964, p. 65; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce “atto amministrativo”*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Giuffrè, Milano, 1988, p. 758; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 85.

21 Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa” (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 63.

Giuridicamente, cioè, il potere amministrativo non rileva perché (eventualmente) discrezionale, ma soltanto perché è delimitato.

La “quantità” di discrezionalità ravvisabile in una data ipotesi consente di individuare uno spazio di scelte (più o meno ampio) riservato all’amministrazione, non regolato da norme giuridiche e per questo insindacabile (il merito).

L’estensione della discrezionalità, però, non attiene alla “qualità” della prospettiva giuridica, nel senso che essa dipende dalla quantità di regole applicabili a una determinata fattispecie: non incide dunque sulla precettività di tali regole, né consente di “localizzarne” la rilevanza, collocandole “dentro o fuori” rispetto all’esercizio del potere.

In estrema sintesi, fin dove arriva la disciplina giuridica la discrezionalità incontra, *semplicemente e comunque*, dei limiti ai modi o ai contenuti del suo esercizio.

Questo approccio – come si dirà tra un momento – è decisivo laddove della discrezionalità debbano occuparsi giudici diversi dal giudice amministrativo e in particolar modo il giudice penale: (anche) per quest’ultimo, la discrezionalità rappresenta un limite rispetto alla pronuncia di merito, ma non ne riduce (in via di principio, salvo indicazioni espressamente disposte dal legislatore) la competenza (o, meglio, la giurisdizione).

Questo vuol dire, da un lato, che deve escludersi il sindacato del giudice penale sul merito amministrativo (in senso stretto, cioè sul cuore della scelta valutativa riservata all’amministrazione)²²; dall’altro, che il sindacato sui profili

22 Sulla nozione di merito amministrativo nella prospettiva della sua (in)sindacabilità si vedano, anche per ulteriori riferimenti, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013, p. 278; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 480.

È ricorrente l’affermazione che il sindacato del giudice penale sul merito sia escluso: cfr. G. VASSALLI, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1983, p. 2059, p. 2055 (che richiama il principio della divisione dei poteri e «un’esigenza di coordinamento con i principi generali del diritto amministrativo nel quale il sindacato sul merito al giudice amministrativo spetta solo in via eccezionale o in determinate materie»); R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 44; F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 337; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità dell’atto amministrativo nel processo penale*, cit., p. 114. Tuttavia, in dottrina, non mancano aperture in senso opposto, ritenendosi che laddove la fattispecie penale abbia come oggetto un comportamento genericamente ingiusto, quel controllo possa comunque ritenersi ammissibile:

dell'azione amministrativa che esulano dal merito deve viceversa ritenersi ammissibile²³.

Ciò premesso in termini generali, esiste certamente un profilo ulteriore e diverso che attiene alla tecnica (ancora giuridica) di formulazione della norma, che può condurre a regole di comportamento puntuali oppure a regole “elastiche” (principi, clausole generali, concetti giuridici indeterminati)²⁴.

Il potere discrezionale risulta così limitato da *tipi* di regole diverse: principi “speciali” (per esempio, l'imparzialità), principi comuni anche ad altri settori dell'ordinamento (per esempio ragionevolezza e proporzionalità), regole puntuali relative tanto a requisiti formali/procedurali quanto ai presupposti sostanziali per l'esercizio del potere.

R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., p. 1135; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, Bari, 1979, 155. Sul tema, in termini generali, si veda anche M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 108.

²³ Da ciò discende la possibilità per il giudice penale accedere al sindacato sull'esercizio della discrezionalità attraverso il vizio di eccesso di potere: C. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., p. 22; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, p. 184; F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo ed il giudice ordinario*, Jovene, Napoli, 1963, p. 222; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità dell'atto amministrativo nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1969; F. BASSI, *Il sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo e la conoscibilità del vizio di eccesso di potere*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 37. Più recentemente, e in termini generali, F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1617.

²⁴ Non è questa la sede per approfondire la differenza tra le categorie di regole menzionate (anche perché, come si dirà tra un momento, esse non hanno attualmente rilevanza rispetto alla sussistenza del reato di abuso d'ufficio). Si rileva solo come il carattere elastico (in senso lato) della regola non incide sulla sua precettività, né la sua utilizzazione implica una sostituzione del giudice all'amministrazione nell'esercizio del potere di scelta, ma richiede – in qualsiasi settore del diritto – un'attività di tipo interpretativo. Su questi temi si veda, da ultimo, F. SAIITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, ES, Napoli, 2023, p. 97. Cfr. anche, con particolare riferimento al significato che queste regole assumono nel diritto amministrativo, M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali. Un dialogo*, ETS, Pisa, 2021; A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1229; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1197; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1191; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 739; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998.

Naturalmente, possono cambiare i contenuti delle regole e il margine interpretativo consentito all'operatore chiamato ad applicarle, può cambiare la loro collocazione nel sistema delle fonti e perfino la loro formulazione che può essere espressamente contenuta in un testo normativo oppure ricavarsi dal "patrimonio giuridico" non scritto che ha progressivamente dato corpo a una parte del diritto amministrativo. Possono cambiare perfino gli effetti della violazione della regola sul versante della validità (nullità, annullabilità, impossibilità di procedere all'annullamento), dell'eventuale riesercizio del potere (effetti conformativi, effetti preclusivi, effetti ordinatori), della responsabilità (risarcitoria, disciplinare, dirigenziale). Ciò che però non cambia è la precettività della norma, la sua struttura regolativa, in quanto tale astrattamente verificabile da qualunque giudice.

In questo quadro, descritto in termini molto semplificati ma conformi alla "immagine costituzionale" dell'amministrazione, il legislatore penale (giusta l'autonomia dei due settori dell'ordinamento, la alterità tra illegittimità amministrativa e illiceità penale, le peculiarità della funzione sanzionatoria) può individuare quali tra queste regole (o quali tipi di regole) abbiano una rilevanza rispetto alla condotta tipica delle singole fattispecie di reato: può richiedere, insomma, che alcuni delitti possano dirsi integrati «qualora sia violata una regola testualmente disposta e/o formulata in modo puntuale (*i.e.* non elastico)²⁵.

Questa, però, è una scelta che si focalizza sulle regole e non sul potere: è una attività selettiva che ha per oggetto le regole rilevanti rispetto a una data ipotesi di reato, non il potere discrezionale in quanto tale.

E ciò è quanto avviene proprio con riferimento all'abuso d'ufficio, nella misura in cui il legislatore ha selezionato, tra tutte le regole che disciplinano il

25 C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it*: «se i precetti sulla discrezionalità (e altre valutazioni assimilate) sono un normale diritto, non vi è ragione alcuna che il giudice ordinario, quando deve giudicare la legittimità di un provvedimento amministrativo, debba o possa ritenere di incontrare limiti ulteriori rispetto al giudice amministrativo. Naturalmente, questo non esclude che in certi casi il giudice ordinario debba utilizzare una legittimità "limitata". Ciò però è ammissibile solo in conseguenza della specifica struttura del fenomeno di cui il giudice deve occuparsi, e non per ragioni generali di sistema».

potere amministrativo, quelle la cui violazione è necessaria per la sussistenza del reato (unitamente a tutti gli altri elementi costitutivi della fattispecie criminosa).

L'ultima versione dell'art. 323 c.p., appunto, richiede che siano violate regole aventi tre caratteristiche: siano strutturate come *specifiche* regole di *condotta*, siano *espressamente* previste da fonti di rango *legislativo*, la loro applicazione non lasci al funzionario *alcun margine* di discrezionalità.

Per sciogliere la matassa relativa al rapporto tra abuso d'ufficio e potere discrezionale (o tra abuso d'ufficio ed eccesso di potere, quale vizio proprio del provvedimento discrezionale), è necessario dunque verificare quali regole soddisfino i requisiti previsti.

Occorre però una precisazione preliminare sull'espressione «non residui-no margini di discrezionalità».

Se il legislatore avesse voluto limitare l'ambito di operatività dell'abuso di ufficio alle ipotesi di attività amministrativa vincolata²⁶, avrebbe impiegato un predicato verbale diverso da “residuare”, per esempio “escludere”.

L'espressione utilizzata, viceversa, non è incompatibile con la previsione di un potere discrezionale ma allude a un fenomeno diverso, nel quale la discrezionalità si è esaurita²⁷.

Che la discrezionalità si sia esaurita non vuol dire che l'attività fosse “a monte” vincolata, ma che elementi (di fatto o di diritto) la abbiano reso in pratica insussistente: abbiano tolto cioè al funzionario qualunque spazio per l'eser-

26 Intendendo come tali le ipotesi in cui la disposizione che disciplina l'attività amministrativa segue lo schema norma-fatto-effetto, individuando in modo completo e puntuale tutti i requisiti in presenza dei quali *deve necessariamente* prodursi, pur con la intermediazione del provvedimento amministrativo, un certo effetto giuridico, senza lasciare all'amministrazione alcun potere di tipo valutativo. Cfr. D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 300.

27 Cfr. Cass. pen., VI, 1° febbraio 2021, n. 14214: «rilevano non solamente i casi in cui la violazione ha a oggetto una specifica regola di condotta connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato (nell'*an*, nel *quomodo*, nel *quid* e nel *quando*), ma anche i casi riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto o del comportamento in cui si sostanzia l'abuso d'ufficio».

cizio del potere discrezionale: perché, per esempio, la strada non poteva passare da un certo punto perché la conformazione del terreno non lo consentiva, oppure perché il numero complessivo dei medici a disposizione non era oggettivamente sufficiente a creare un altro reparto.

Questa consumazione della discrezionalità, naturalmente, deve essere verificabile senza necessità che il giudice utilizzi elementi di tipo valutativo²⁸, la qual cosa consente (a certi effetti) di equiparare la discrezionalità esaurita alla attività vincolata.

Se si muove dalla precedenza (e dalla prevalenza) della legge sulla discrezionalità amministrativa²⁹, è ben possibile partire dalla verifica della sussistenza di tutti gli elementi di disciplina stabiliti dalla legge per poi verificare se residui in capo all'amministrazione un ambito per procedere a valutazioni riservate (e quindi insindacabili)³⁰.

28 In questa prospettiva non vengono invece in rilievo quelle diverse ipotesi (ugualmente definite di discrezionalità esaurita) nelle quali la consumazione della discrezionalità avviene per effetto di preclusioni maturate all'interno del procedimento amministrativo (ai sensi della disciplina del cd. preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* della l. n. 241 del 1990) oppure si collega all'effetto conformativo di una eventuale sentenza di annullamento.

29 Cfr. C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubb.*, 1998, p. 143.

30 Questa possibilità di "scomporre" la nozione di discrezionalità trova peraltro conferma in alcuni istituti nei quali il legislatore, a determinati effetti, considera l'attività amministrativa nella quale si è realizzata una consumazione della discrezionalità come una ipotesi (diversa ma) equivalente alla attività vincolata.

Si pensi alla disciplina dei vizi formali del provvedimento: come confermato da quella parte della giurisprudenza che ha ritenuto applicabile la prima parte del secondo comma dell'art. 21 *octies* della l. n. 241 del 1990 anche in presenza di un potere discrezionale (di modo che il riferimento alla «natura vincolata del provvedimento» equivarrebbe alla sua natura concretamente vincolata), anche il provvedimento discrezionale può essere equiparato, a determinati effetti, all'atto vincolato, per esempio laddove manchino *ex ante* i presupposti per l'esercizio del potere; si veda L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 604.

Inoltre, l'art. 31 del Codice sul processo amministrativo ammette il sindacato del giudice sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (sia nell'azione avverso il silenzio, sia a seguito dell'impugnazione di un provvedimento di diniego) non solo «quando si tratta di attività vincolata», ma anche quando «risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità» (e sempre che non siano necessari adempimenti istruttori riservati all'amministrazione). Cfr. A. TRAVI, *Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo*, in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Atti del secondo colloquio fiorentino di diritto amministrativo. Firenze, 13 maggio 2019, Giappichelli, Torino, 2020, p. 15: con riferimento alla discrezionalità amministrativa «il limite identificato dal codice non è strutturale, ma è contingente; non è un corollario della norma che prevede e rego-

Lo schema tratteggiato consente di configurare l'abuso d'ufficio *anche* in presenza di un potere discrezionale senza creare fratture in astratto (con riferimento alla separazione dei poteri e ai confini della giurisdizione penale rispetto all'attività riservata all'amministrazione) e in concreto (con riguardo all'autonomia dell'azione amministrativa e alla serenità del funzionario).

4. *Segue.* Le regole suscettibili di violazione nella condotta sanzionata dall'art. 323 c.p.

In modo consequenziale, il modello interpretativo proposto rende possibile individuare quali siano le violazioni di regole rilevanti affinché la fattispecie in esame possa ritenersi integrata (a condizione, ovviamente, che sussistano tutti gli altri elementi costitutivi del reato).

Nessun dubbio sembra esserci con riguardo alla violazione di regole puntualmente ed espressamente contenute in norme di legge, per esempio le disposizioni che stabiliscono i requisiti sostanziali per l'esercizio di un potere.

La discrezionalità non è riferibile alla prospettiva "statica" riguardante la sussistenza dei presupposti per l'esercizio di un potere legalmente dato, sui quali dovrà essere *successivamente* fondato il potere valutativo riservato. Non può affermarsi, cioè, l'esercizio di un potere discrezionale di cui in radice non sussistano i presupposti: se questi mancano si verifica, al contrario, la violazione di una «specifica regola di esclusione, cioè di una *regola iuris*, avente a oggetto il divieto dell'esercizio del potere, quand'anche connotato da un contenuto discrezionale»³¹. In queste ipotesi, a ben vedere, nessuna differenza è suscettibile di emergere in relazione al carattere vincolato o discrezionale dell'attività ammini-

la l'azione amministrativa, ma dipende dallo svolgimento che in concreto abbia avuto quell'azione amministrativa».

31 Cfr. Cass. pen., fer., 17 agosto 2021, n. 42640, sull'esercizio da parte di un sindaco del potere di requisizione in assenza del presupposto della «grave necessità pubblica» (nel caso di specie, il Sindaco aveva disposto la requisizione di un immobile di per destinarlo a un soggetto nei cui confronti stava per essere eseguito uno sfratto per morosità, ragione che non era idonea a integrare una situazione di grave necessità pubblica, caratterizzata da somma urgenza, tale da legittimare l'intervento del sindaco stesso. Cfr. anche Cass. pen. V, 24 giugno 2022, n. 36001, sia pure con riferimento a una condotta viziata da incompetenza relativa, ove il potere di adottare l'atto emesso dall'agente sia attribuito ad altro soggetto da norme di legge (nel caso di specie, atto di ricognizione di debito emesso da un sindaco).

strativa: in difetto di un presupposto essenziale per l'esercizio del potere, la discrezionalità è esaurita nel senso sopra indicato che il funzionario non "arriva" a effettuare alcuna valutazione.

Il discorso è più articolato in riferimento alle regole dirette a limitare i modi di esercizio di un potere discrezionale e può muovere dalla "classica" scomposizione del vizio di eccesso di potere nel binomio sviamento-figure sintomatiche.

Lo sviamento di potere, con le precisazioni che seguiranno, è senz'altro rilevante rispetto al reato in esame.

Esso, infatti, è riconducibile alla violazione di legge (della legge attributiva del potere)³². Il vincolo di scopo è stabilito dalla norma e opera quindi come un qualsiasi limite giuridico: richiedendo che sia riscontrata (anche dal giudice penale) la possibilità di ricondurre l'interesse pubblico concretamente perseguito con il provvedimento (e che è il risultato del bilanciamento degli interessi coinvolti) all'interesse assunto dalla norma come fine del potere attribuito³³.

Non sarà invece possibile verificare la maggiore o minore adeguatezza della soluzione prescelta rispetto all'obiettivo da raggiungere, per la ragione che al giudice manca il parametro *giuridico* per effettuare tale valutazione. Con la qual cosa, non si intende sostenere che il carattere non ottimale della scelta debba essere penalmente irrilevante, ma che, eventualmente, integrerà una fattispecie diversa dall'abuso d'ufficio (per esempio, sussistendone i presupposti, la corruzione di cui all'art. 318 c.p.); fermo restando il suo possibile rilievo in sedi extrapenali. Analogamente, se il provvedimento soddisfa un interesse privato, si potrà ipotizzare l'abuso d'ufficio solo se l'interesse pubblico concreto (nel qua-

32 Si vedano E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. pubbl.*, I agg., Utet, Torino, 2012, p. 1; M. GALDI, *Imparzialità, buon andamento e discrezionalità amministrativa*, Jovene, Napoli, 1996, p. 161; G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la l. 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 173; F.G. SCOCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in L. Mazzarolli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1990, p. 171.

33 Cfr. Cass. pen., sez. IV, 18 maggio 2022, n. 21643: lo sviamento consiste «in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici», «laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito».

le quell'interesse privato è venuto a confluire) non sia in alcun modo riconducibile all'interesse pubblico formale.

Per quanto riguarda le figure sintomatiche, è da farsi una ulteriore distinzione tra quelle che corrispondono alla violazione di regole di carattere puntuale e quelle che corrispondono invece a regole "elastiche".

Molte delle prime sono state codificate (soprattutto con la legge 241 del 1990)³⁴: per esempio, la carenza di motivazione, il difetto di istruttoria, la mancata predeterminazione di parametri obbligatori, il travisamento dei fatti; con la conseguenza che esse possono essere costruite direttamente come violazioni di legge³⁵.

Si tratta di violazioni che soddisfano quanto richiesto dal vigente art. 323 c.p., perché hanno un fondamento legislativo e rilevano di per sé, nel senso che il giudice non valuta l'incidenza della loro violazione rispetto al contenuto discrezionale del provvedimento: la loro rilevanza (la loro capacità di limitare il potere) si colloca in un momento preliminare e indipendente dall'esercizio della discrezionalità. Il carattere puntuale e specifico delle regole le emancipa, insomma, dal profilo decisorio in senso stretto, dalla attività valutativa rimessa all'amministrazione³⁶.

Diversamente deve dirsi per le figure che corrispondono alla violazione di principi o clausole generali.

In verità, molte di quelle regole hanno un fondamento normativo espresso (per es. gli artt. 3 e 97 Cost.).

34 Sul punto si veda C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit. Cfr. pure M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, p. 222: le figure sintomatiche hanno uno «statuto incerto» e potrebbero essere considerate, più semplicemente, come «figure retoriche ormai convenzionalmente accettate nella pratica argomentativa giudiziaria».

35 Si veda Cass. pen., III, 21 febbraio 2023, n. 17397: nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, l'agente aveva indicato il candidato da nominare senza indicare le ragioni della prevalenza rispetto agli altri candidati.

36 In giurisprudenza è stato evidenziato come debba ritenersi specifica «una regola dal cui contenuto precettivo possa staticamente desumersi il suo contrario, cioè la sua violazione, a prescindere dall'evoluzione di un determinato iter e dal suo risultato complessivo»: qualora «una siffatta disposizione non sussista o non sia in concreto ravvisabile deve escludersi la possibilità di un apprezzamento dell'iter procedimentale, sviluppatosi sulla base di una valutazione discrezionale», così Cass. pen., fer., 17 agosto 2021, n. 42640, cit.

Inoltre, in termini generali, anche l'applicazione di norme elastiche può essere condotta all'interno di un processo di tipo interpretativo (aderente ai significati minimi ed essenziali che rientrano con certezza nell'alveo coperto dal precetto) e non valutativo³⁷.

Ciò che esclude la rilevanza penale dei precetti in esame alla luce della *attuale* configurazione dell'abuso d'ufficio è la mancanza del requisito della "specificità", prescritto dall'art. 323 c.p.: la specificità rimanda non all'esistenza di una previsione normativa espressa ma al carattere puntuale (cioè non elastico) della regola.

È una scelta del legislatore, che con questa particolare modalità ha inteso circoscrivere la portata del reato in esame ritenendo che ciò possa incrementarne la determinatezza.

In aggiunta a questo rilievo, può osservarsi che le regole elastiche rendono più complesso verificare l'assenza di margini di discrezionalità residua. Siccome si tratta di regole che riguardano direttamente la decisione, non può dirsi che esse siano violate *prima* che la discrezionalità sia stata esercitata. Ciò non vuol dire che esse non siano capaci di limitare il potere amministrativo, ma che si collocano in un momento diverso da quello in cui si percepisce la precettività delle disposizioni a contenuto puntuale, un momento che, alla luce della tecnica normativa con cui l'abuso d'ufficio è costruito, le rende inidonee a integrare l'elemento materiale della relativa condotta perché accrescono il tasso di incertezza in una misura che il legislatore ha ritenuto non sopportabile.

³⁷ In materia penale, la Corte costituzionale ha segnalato che «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti elastici», non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo, così Corte Cost. 7 giugno 2019, n. 141.

5. Osservazioni conclusive

L'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. accoglie dunque una nozione di contrarietà a diritto *limitata*³⁸ rispetto a quella prevista in altre fattispecie penali (per es. la corruzione) e a quella propria del diritto amministrativo.

Il legislatore ha costruito il grado di determinatezza dell'abuso d'ufficio selezionando, tra le regole suscettibili di essere violate, quelle sufficientemente "specifiche", "espresse", applicabili "a prescindere" dalla avvenuta ponderazione di interessi riservata all'amministrazione.

Ciò non vuol dire, però, che l'abuso non possa verificarsi in presenza di un potere discrezionale: perché può realizzarsi attraverso lo sviamento di potere e la violazione di regole di condotta di rango legislativo, espresse e puntuali, riferibili a requisiti sia di tipo formale/procedurale che di tipo sostanziale.

Ragionando *de iure condendo*, laddove un apparato si mostri poco efficiente rispetto all'applicazione di una o più regole, le soluzioni ipotizzabili non necessariamente passano attraverso la riduzione di tali disposizioni o dell'apparato sanzionatorio posto a loro presidio, ma dovrebbero innanzitutto svolgersi diffondendo tra coloro che sono chiamati a formare, a interpretare e a usare le norme una maggiore "cultura delle regole". Intesa quest'ultima come conoscenza delle specifiche regole da applicare e, prima ancora, come percezione del loro significato giuridico e della loro precettività quale idoneità a limitare il potere e, quindi, a generare obblighi di comportamento.

Mi sembra che l'interpretazione proposta possa garantire il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali e il raggiungimento di quella "serenità del funzionario" che si vorrebbe perseguire con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.

In prospettiva, è compatibile con l'art. 11 della proposta di Direttiva europea che collega l'abuso d'ufficio alla "violazione di legge", assicurando in questo modo la afferrabilità delle condotte passibili di incriminazione.

38 C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit.

Infine (ma la notazione in realtà è preliminare a tutte le altre) evita di ritenere che la discrezionalità costituisca di per sé un limite per il giudice penale: tesi che comporterebbe dubbi di costituzionalità, allargando (in un ambito nel quale il rispetto del principio di legalità è fondamentale) la sfera di insindacabilità e avvicinando pericolosamente l'atto discrezionale all'atto politico.

Se il giudice penale si ritraesse davanti alla discrezionalità amministrativa, incorrerebbe in una forma di “eccesso di potere giurisdizionale” rispetto non all'amministrazione ma al legislatore: per lo scrupolo di rispettare la sfera riservata alla prima, sconfinerebbe nel “merito politico” del secondo, oltretutto «in contrasto con l'articolo 113 Cost. che gli affida la tutela dei diritti contro tutti gli atti dell'amministrazione, compresi quelli che risultano dall'esercizio di poteri discrezionali»³⁹.

³⁹ Così, A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 186.

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

CONSIDERAZIONI GENERALI SU BUONA FEDE E RESPONSABILITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

GENERAL CONSIDERATIONS ON GOOD FAITH AND PUBLIC LIABILITY IN ADMINISTRATIVE LAW

SINTESI

Il presente saggio si propone di effettuare, a fronte del variegato panorama di impostazioni di stampo dottrinale e giurisprudenziale che è dato in proposito riscontrare, un inquadramento generale del concetto di buona fede e della natura della responsabilità nell'ambito del diritto amministrativo. In particolare, si vuole mettere in evidenza la loro capacità di dare rilevanza ad un piano ulteriore del comportamento amministrativo, quale, in sé considerato, esterno a quello proprio della funzione.

ABSTRACT

This paper aims to provide general considerations on the concept of good faith and on the nature of public authorities' liability in administrative law. Particularly, we will demonstrate how these figures are capable of providing administrative activity with a further dimension of juridical relevance.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; buona fede; responsabilità della P.A.; situazioni giuridiche soggettive; procedimento amministrativo.

KEYWORDS: administrative law; good faith; public liability; subjective juridical positions; administrative procedure.

INDICE: 1. Introduzione. Natura delle situazioni giuridiche nel diritto amministrativo e ruolo della buona fede e della responsabilità. – 2. Buona fede oggettiva e diritto amministrativo. – 2.1 Critica al valore della buona fede come regola interna della funzione. – 2.2 La buona fede come regola dell'agire amministrativo esterna al piano di rilevanza proprio della funzione. Le situazioni giuridiche prettamente sostanziali come situazioni residuali. – 2.3 I rapporti tra le due tipologie di situazioni. – 3. Tipologia di situazioni giuridiche e distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. La qualificazione della situazione correlata alla buona fede. – 3.1 (segue) Riparto di giurisdizione. – 4. Considerazioni sulla responsabilità amministrativa. La situazione giuridica risarcitoria quale situazione prettamente sostanziale. – 4.1 Caratteri generali della responsabilità procedurale della P.A. La responsabilità da lesione della buona fede.

1. Introduzione. Natura delle situazioni giuridiche nel diritto amministrativo e ruolo della buona fede e della responsabilità

Le considerazioni, che in questa sede si vogliono effettuare, sull'applicazione alla P.A. del canone di buona fede e correttezza, da un lato, e sulla responsabilità amministrativa, dall'altro, partono dalla constatazione per cui, nell'attuale rappresentazione dei rapporti di diritto amministrativo, si stia assistendo, rispetto alla tradizionale contrapposizione tra riferimenti a categorie speciali pubblicistiche, e sottoposizione alle generali categorie privatistiche, ad una differente dicotomia (non necessariamente o completamente sostitutiva) riferibile, piuttosto, all'alternativa della loro considerazione in chiave, per così dire, puramente sostanzialistica, ovvero in chiave più marcatamente procedurale¹.

Ci sembra, in effetti, che nel quadro attuale, in relazione alla considerazione del potere e dell'interesse legittimo, e, più in generale, dello stesso fenomeno dell'azione amministrativa, venga ad assumere un più preciso inquadramento (nella sua raffigurazione e nelle relative conseguenze) l'alternativa tra la valorizzazione del dato *prettamente sostanziale*, che contrappone, nelle loro sfere sostanziali, l'individualità dell'Amministrazione all'individualità del cittadino, e la valorizzazione della *funzione in termini strutturali*, dell'azione amministrativa come formazione della decisione, nel cui ambito si colloca il rapporto tra le situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti, declinandosi in termini corrispondenti. Si è, in questo senso, al cospetto dell'alternativa tra considerazione dell'Amministrazione come soggetto di diritto comune e considerazione dell'Amministrazione come ordine processuale.

¹ Tale contrapposizione è stata da noi ampiamente rappresentata in *Potere e situazioni soggettive*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, pp. 238 ss. e 384 ss.; nonché, per alcune sue conseguenze, *Potere e situazioni soggettive*, II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022, pp. 211 ss. e 228 ss., e *Potere e situazioni soggettive*, II-2, *Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, 2023, p. 209 ss. Per una sintesi delle medesime considerazioni, si vedano *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. una proposta di confronto*, in *Pers. Amm.*, 2021, p. 385 ss.; *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 254 ss.

In questo senso, nella riduzione dell'azione amministrativa ad un piano prettamente sostanziale, l'inquadramento del rapporto tra P.A. e privato avviene all'interno dei canoni generali del diritto comune, per come riferiti agli ordinari rapporti negoziali, entro i quali vengono assorbite anche le specifiche regole che caratterizzano l'agire dell'Amministrazione, tra cui, in particolare, quelle di matrice procedimentale e quelle afferenti alla scelta discrezionale. In tale prospettiva, il rapporto P.A.-privato può ricondursi al canone generale della correttezza, e può rilevare in una pluralità di sensi, e cioè, più in particolare: come obbligo di prestazione a cui è riconducibile la pretesa che attiene al rapporto di carattere sostanziale, in ordine al quale il rispetto delle garanzie formali e procedurali attiene agli obblighi secondari di comportamento o ad obblighi di protezione che caratterizzano il rapporto stesso; come obbligo di prestazione a cui sono riconducibili tutte le garanzie concernenti l'esercizio del potere; come assenza di obblighi di prestazione, tutte le garanzie attenendo ad una c.d. obbligazione senza prestazione².

In particolare, nella sua più compiuta elaborazione, che fa capo alla prima delle alternative appena descritte, la situazione giuridica soggettiva che si rapporta con il potere amministrativo (l'interesse legittimo) è riconducibile, in termini di teoria generale, ad una *pretesa* (ad un diritto a struttura creditizia), che si pone in rapporto con ciò che è normativamente garantito, cioè all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole³. L'esistenza della possibilità

² La prima impostazione è quella, in particolare, portata avanti da L. Ferrara, di cui subito di seguito, nel testo e in nota. Alla seconda alternativa, più generale, può ricondursi A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 153 ss. Nell'ultimo senso, si veda, invece, la ricostruzione di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. dir. prin.*, 1999, p. 1264 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 219 ss., spec. p. 237 ss.; ID., *La "civiltà" della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. civ.*, 2013, p. 637 ss. (l'A. fa riferimento alla Sua ricostruzione dell'obbligazione senza prestazione, su cui cfr. *infra*, par. 2, in nota). Sul punto sia consentito rimandare, per più ampie specificazioni e relativi riferimenti, a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 221 ss.

³ È questa la ricostruzione che si ritrova in L. FERRARA, di cui si vedano, in particolare, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 139 ss., spec. p. 175 ss.; *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 213, p. 641 ss.

normativa è data dall'integrazione dei presupposti corrispondenti ai requisiti vincolati, di ordine sostanziale, della fattispecie riferibile al potere⁴. La sua attuazione, di conseguenza, corrisponde, nell'ipotesi di potere vincolato, all'attribuzione dell'utilità finale (la produzione o la non produzione dell'effetto); ovvero, nell'ipotesi di potere discrezionale, alla corretta definizione della *chance* legale ad ottenerlo, a sua volta determinata dalla corretta applicazione delle norme sostanziali, elastiche e di principio, che disciplinano l'esercizio del potere discrezionale⁵. Al di fuori della garanzia normativa, e del corrispondente rapporto pretesa-obbligo, vi è libertà, cosicché, in questo senso, può dirsi che la discrezionalità viene ad essere ricondotta al merito. Il canone della responsabilità è, in sé, unitario, di carattere contrattuale, ed è riconducibile, in via generale, al mancato scioglimento dell'incertezza legale a cui soggiace il singolo a fronte del potere discrezionale, derivante, a sua volta, dal mancato riconoscimento della sussistenza della possibilità normativa o della sua scorretta attuazione (dello scorretto esercizio della discrezionalità)⁶.

Questa visione, che possiamo appunto definire, per i motivi spiegati, di carattere prettamente sostanzialistico, persegue essenzialmente il fine di estraniare le logiche del rapporto amministrativo da quelle della funzionalizzazione, intesa, sotto il profilo teleologico, quale finalizzazione – e, si assume, subordinazione – al perseguimento dell'interesse pubblico⁷.

4 L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 645.

5 L. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 646.

6 L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 637 ss.

7 La considerazione del diritto al rispetto dei vincoli a cui l'azione amministrativa è assoggettata, e la risoluzione, nella logica delle regole, della discrezionalità nel merito, con conseguente espunzione della funzionalizzazione al perseguimento del pubblico interesse, è, in questo senso, considerazione comune della Scuola fiorentina: cfr. E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, p. 257 ss.; ID., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, 1963, ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, pp. 111 ss. e 125 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. fior.*, 1989, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1307 ss., spec. p. 1328 ss.; ID., *Alla ricerca*, cit., p. 153 ss.; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 34 ss.; ID., *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 133 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 168 ss.; ID., *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 73 ss.; C. CUDIA, *Funzione ammini-*

La via in tal modo seguita, tuttavia, non è stata esente da critiche, volte a considerare come l'espunzione del canone della funzionalizzazione comporti discrasie in ordine alla rappresentazione dei rapporti di diritto pubblico.

In particolare, è stato in proposito rilevato come, opinando nel senso descritto, si rischi di espungere anche l'apparato di garanzie proprie del modello pubblicistico, che, proprio attraverso l'elaborazione delle relative categorie di azione amministrativa, ha tradizionalmente consentito una mancata equiparazione tra discrezionalità e merito (e, nella sostanza, lo stesso disconoscimento di un valore concettuale autonomo al merito), e un pregnante sindacato sulle modalità di esercizio del potere.

Inoltre, si è pure aggiunto come, attraverso il disconoscimento della funzionalizzazione, si finisca per pervenire non soltanto ad una obliterazione del suo valore in ordine all'aspetto teleologico alla stessa riferibile, ma anche ad una compiuta estromissione del rilievo che la funzionalizzazione riceve, sul piano normativo, sotto il profilo strutturale del modello di produzione⁸.

Se si aderisce a queste critiche, e si nega così cittadinanza al canone ricostruttivo in esame, si vengono a negare anche le conseguenze in ordine alla declinazione corrispondente del canone della correttezza e della responsabilità amministrativa.

La necessità di non oblitare i caratteri strutturali del modello di produzione ha portato allora un altro filone dottrinale – pur al precedente accomunato dall'avversione alla tradizionale interpretazione delle categorie amministrative attraverso il prisma del profilo teleologico della funzione, per come in sé

strativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto, Milano, 2008, *passim*, spec. p. 352 ss.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, p. 11 ss. Si veda pure in proposito S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 762 ss. (di cui cfr. anche ID., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 203, n. 183). Aderisce poi a questa impostazione anche G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 863 ss. Sul punto, per una compiuta esposizione, e per più precisi riferimenti, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 227 ss.

⁸ Cfr. in proposito le note successive.

considerato – a valorizzare la funzione sotto il suo profilo strutturale⁹. Tale profilo strutturale – il profilo, cioè, delle modalità di concretizzazione del potere in atto all'interno del processo di produzione normativa, e, più nello specifico, delle modalità di formazione della decisione in ordine al suo esercizio o al suo non esercizio – non può infatti considerarsi neutrale rispetto all'ordinamento; esso, al contrario, risponde ad una precisa scelta di valore, dall'ordinamento stesso compiuta.

Per tale differente prospettiva, a cui chi scrive in via generale aderisce, è possibile declinare la consistenza del rapporto tra P.A. e privato nei termini corrispondenti alla struttura normativa della funzione amministrativa. In questo senso, se si afferma, secondo quanto in altra sede si è avuto modo di rappresentare, che detta struttura sia improntata ad un canone generale di carattere processuale¹⁰, in maniera corrispondente andrebbe considerato il relativo rap-

⁹ Tale rilievo sottende alla considerazione della funzione sotto il suo profilo strutturale, rispetto alla sua concezione tradizionale improntata all'aspetto teleologico del potere (largamente diffusasi soprattutto in ragione dell'autorevolezza di SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 179 ss.). L'originaria rappresentazione della funzione in termini strutturali, quale rivolta alla trasformazione del potere nell'atto (propria dell'impostazione di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1117 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 991 ss., spec. p. 1018 ss., ed ivi nn. 59 ss.; ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 85 ss.; ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 176 ss.), ha consentito di valorizzare il profilo strutturale dell'attività, ponendone in ombra l'elemento teleologico, in maniera più o meno marcata in ragione delle differenti teorizzazioni (in particolare, il riferimento è al filone oggettivistico che da F. Benvenuti ha preso le mosse: in questo senso, si vedano i contributi di G. Berti e G. Pastori, di cui alla nota successiva), così fondando una distinzione delle differenti procedure che sia riferibile al loro dato strutturale. Rispetto ad essa, si è spiegato come il passo successivo sia stato quello di incentrare la rappresentazione della funzione (non tanto sul processo di produzione normativa, quanto) sul processo formativo della decisione rispetto alle possibili alternative in ordine alla soluzione del relativo problema normativo (F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss.). Per tale via, è stata possibile una più specifica considerazione degli aspetti sostanziali alla stessa funzione inerenti, che dunque tendono ad emergere sotto il profilo strutturale; si veda *Potere*, I, cit., p. 387 ss.

¹⁰ La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dalla considerazione del superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, che richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr. in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto*

porto, e le situazioni giuridiche dei soggetti, che in esso trovano riscontro, per come rivolte all'utilità sostanziale (situazioni procedurali concrete, a rilievo sostanziale) o ad un'utilità procedimentale (situazioni prettamente procedimentali), in ordine alla loro consistenza e finanche alla loro struttura¹¹. Allo stesso modo, ed è quello che in questa sede interessa, il ruolo che assume, da un lato, il canone della buona e della correttezza, e, dall'altro, la responsabilità ammini-

processuale civile, I, Padova, 1936, p. 44; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione (cfr. subito sopra, in nota), ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche ID., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 739). In questo senso, si sviluppa l'impostazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. Tale impostazione generale si deve in particolar modo ai contributi di E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.).

Su tali basi, la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa. In questo senso G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss., il quale, in relazione alla propria impostazione espressa ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, ha considerato come il modello strutturale del processo, attraverso la rilevanza giuridica attribuita alla presenza dei portatori dei differenti interessi, sia ciò che consente al fenomeno della trasformazione del potere di emergere sotto il profilo della funzione; nonché G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di rapportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma, come ricordato alla nota precedente, quale farsi della decisione: cfr. ivi i relativi riferimenti.

strativa, si viene a porre in relazione a questo differente inquadramento strutturale.

L'esame di questi ultimi profili, per come in questo senso si vengono a declinare, è ciò che dunque rappresenta l'analisi che si effettuerà nel presente lavoro.

2. Buona fede oggettiva e diritto amministrativo

La l. 11 settembre 2020, n. 120, ha introdotto, all'art. 1, l. n. 241/1990, un co. 2 *bis*, ove si stabilisce che “*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”¹². Fa così ingresso nel diritto positivo, nell'ambito della normativa generale, il principio della buona fede oggettiva, quale caratterizzante (anche) i rapporti di diritto pubblico.

Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A. L'impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente in particolare in quel filone dottrinale che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori, ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande “inammissibili” o “manifestamente infondate”*, in *Dir. amm.*, 2010 (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in ID., *La “manifesta infondatezza” della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2007, p. 309 ss.); M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 93 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012. Sul rapporto tra la nostra impostazione e le posizioni proprie di tale filone dottrinale, cfr. *Potere*, I, cit., p. 247 ss.

Da parte nostra, si è avuto modo di spiegare come la struttura procedimentale dell'azione amministrativa possa essere ricondotta, sotto un profilo soggettivo e oggettivo, ad un modello processuale di accertamento: cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 387 ss.; II-2, cit., p. 15 ss. Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, par. 2.1.

¹¹ *Potere*, I, cit., p. 395 ss.; II-1, cit., p. 211 ss.; II-2, cit., p. 11 ss.; *Riflessioni*, cit., p. 427 ss.; *Dialogo*, cit., p. 261 ss. Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, par. 2.1.

¹² In particolare, tale previsione è stata aggiunta dall'art. 12, co. 1, lett. 0a), l. n. 120/2020.

La buona fede, intesa in senso oggettivo¹³, e quindi come analoga alla correttezza¹⁴, costituisce una clausola generale che si rivolge alla condotta dei soggetti del rapporto giuridico, improntandola ad un modello di generale correttezza nella relazione tra le parti. Essa trova riscontro agli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., e assume, secondo l'impostazione prevalente, valore valutativo, e sotto un particolare profilo integrativo, delle condotte contrattuali (e in generali obbligatorie), sia con riferimento alla fase di formazione della relativa regolamentazione, sia a quella di esecuzione dell'obbligazione¹⁵.

13 Risulta infatti tradizionalmente accolta la distinzione tra buona fede intesa come stato di coscienza, che consiste nella condizione gnoseologica di chi versa nella convinzione incolpevole di agire *iure* (buona fede in senso soggettivo), e buona fede quale regola di condotta dei soggetti di un rapporto giuridico in riferimento ad un comune modello sociale di comportamento (buona fede in senso oggettivo): si vedano, nelle differenti declinazioni, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 158 ss.; M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 709 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 132 ss.; A. D'ANGELO, *Il contratto in generale*, IV, 2, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2004, pp. 1-2, n. 1; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 1 ss. Nel senso di una considerazione unitaria, invece, la più risalente posizione di A. MONTEL, *Buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 599 ss., di cui si veda pure la stessa voce in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 559 ss. Sul punto cfr. anche R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, pp. 3 ss. e 71 ss.; SALV. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 678 ss.

14 Secondo la lettura che vede la buona fede di cui all'art. 1375 c.c., sull'esecuzione del contratto, sinonimo della correttezza di cui all'art. 1175 c.c., sul comportamento delle parti nei rapporti obbligatori: L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., p. 169 ss.; M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, cit., pp. 1-2; SALV. ROMANO, *Buona fede*, cit., p. 679; F. CARUSI, *Correttezza*, cit., p. 709; R. SACCO, *La buona fede*, cit., p. 14, n. 5; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 132 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., pp. 4-5; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 287; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1974, p. 3 ss.

15 Tradizionalmente, infatti, sono state ravvisate due funzioni della buona fede oggettiva, oltre a quella di tipo interpretativo in senso proprio (art. 1366 c.c.): una di carattere valutativo e una invece di tipo integrativo/precettivo (cfr., per una ricostruzione, F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., pp. 147 ss., 270 ss. e 343 ss.). In particolare, secondo una parte della dottrina la buona fede oggettiva avrebbe un rilievo limitato alla sola funzione valutativa, nella fase di attuazione del rapporto, influenzando sulle sue concrete modalità di esplicazione (cfr., ad es., U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 12 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., p. 170 ss., per cui gli obblighi integrativi sarebbero in realtà già insiti nel momento essenziale del contenuto dell'obbligazione principale, e non a quest'ultima accessori); secondo altra impostazione, essa svolgerebbe, invece, anche un ruolo integrativo, di cui tuttavia si discute l'effettiva portata. Nello specifico, per quanto in questa sede interessa, si discute se l'integrazione debba essere confinata alla previsione di obblighi accessori all'obbligazione principale (integrazione del *rapporto* contrattuale), ovvero se possa interessare la stessa regolamentazione del contratto (integrazione della *regolamentazione* contrattuale), spingendosi finanche ad una sua invalidazione: cfr., su tali

In tale prospettiva, in particolare, la buona fede, sotto il profilo integrativo, si presenta idonea a rendere rilevante un rapporto pretesa-obbligo, in presenza di un rapporto principale di matrice contrattuale o di altra fonte di obbligazione (obblighi di protezione)¹⁶, o, secondo una particolare lettura, in mancanza della stessa esistenza di una previa obbligazione (obbligazioni senza prestazione)¹⁷.

La presenza della buona fede, in questo senso, è ciò che ha portato a disconoscere la categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato, a cui pure, nella concezione classica di tale figura, in un primo momento si è tentata l'estensione¹⁸. Si è ritenuto infatti che il primo, rispetto al secondo, costituireb-

profili, e sui relativi riferimenti, subito di seguito, nel testo e in nota.

16 Gli obblighi di protezione trovano infatti, secondo l'impostazione prevalente, il loro fondamento nella buona fede oggettiva, che, nella sua funzione integrativa (cfr. la nota precedente), risulta fonte, in particolare, di obblighi accessori, appunto di protezione, rispetto all'oggetto dell'obbligazione principale: cfr., in questo senso, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 99 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, ora in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 229 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 305 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 172 ss.; F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 221 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Ann., VIII, Milano, 2015, p. 659 ss.

17 L'obbligazione senza prestazione si configurerebbe quale sviluppo ulteriore rispetto agli obblighi di protezione, nell'ipotesi in cui questi non si presentino in sé accessori, e quindi funzionalmente connessi, ad un obbligo di prestazione, ma prescindano invece dalla presenza di quest'ultima, e consistano, conseguentemente, in obblighi creati dalla buona fede in ragione di un affidamento socialmente riconosciuto (c.d. contatto sociale): si veda, in proposito, C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 679 ss.; ID., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 539 ss.; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 521 ss.

La categoria in questione è stata tuttavia posta in discussione da chi, come M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 65 ss., ha ritenuto che la concezione dell'obbligazione senza prestazione verrebbe a presupporre, nel suo fondamento, una visione tradizionalistica della responsabilità aquiliana, avulsa dal criterio della relazionalità (sul punto, cfr. ampiamente *infra*, par. 4, nel testo e in nota): per tale via, si critica l'esposta elaborazione, ritenendo che la responsabilità da c.d. contatto sociale dovrebbe rientrare nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale. In senso negativo sulla categoria in esame, cfr. anche P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, p. 69 ss.; M. ORLANDI, *Responsabilità pre-contrattuale*, in *Enc. dir.*, Tem., I, *Contratto*, Milano, 2021, p. 1007 ss.

18 La compiuta elaborazione dell'interesse legittimo nel diritto privato si deve, come noto, a L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 15 ss.; ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 527 ss.

be una superfetazione, in quanto già ricompreso nella correttezza dell'agire che caratterizza l'obbligazione¹⁹.

La violazione degli obblighi di condotta determinata dalla violazione della buona fede comporta responsabilità, di natura reputata contrattuale (più precisamente discutendosi, in ordine alla natura della responsabilità, per le ipotesi differenti dall'accessorietà all'esecuzione di un'obbligazione principale)²⁰. Nell'impostazione maggioritaria, la buona fede non si ritiene poter invece inte-

Solitamente, ad ogni modo, si indica, tra i primi richiami agli interessi legittimi in diritto privato, quello effettuato (sia pure utilizzando l'espressione generica di interessi, o di diritti riflessi mutuata da Jellinek) da G.P. CHIARONI, L. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Torino, 1904, p. 128 ss., spec. pp. 128-129, n. 2, e p. 589. Un'articolata ricostruzione dell'interesse legittimo di diritto privato è stata poi proposta da D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 259 ss., secondo cui tale situazione giuridica si caratterizzerebbe nel senso che al suo titolare non sarebbe attribuito, a differenza di quanto accade con il diritto soggettivo, il potere di attuare direttamente l'interesse di fatto ad essa sottostante. Vi è stata poi una successiva dottrina che ha riconosciuto la presenza di posizioni ascrivibili all'interesse legittimo anche nel diritto privato, ravvisandone, in questo senso, il suo carattere di figura generale, e ha affermato che la caratteristica di tale figura sarebbe quella di non vivere in un rapporto giuridico, di non essere quindi oggetto di tutela diretta, ma di essere una situazione correlata ad un dovere che non assume, appunto, la consistenza dell'obbligo: si veda in proposito G. ZANOBINI, *Interessi legittimi nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., p. 345 ss.; nonché S. VENTURA, *Interessi legittimi, diritto privato, diritto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1959, p. 183 ss.; con riferimento al tema dell'abuso del diritto, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 136 ss., sulla cui concezione si veda subito *infra*, nel testo e in nota.

In giurisprudenza, il riferimento agli interessi legittimi nell'ambito dei rapporti di lavoro privato si è avuto a partire dalla nota pronuncia Cass., sez. n., n. 5688 del 2 novembre 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 440 ss., con nota di A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti "poteri privati"*; cfr. anche Cass., n. 3773 del 19 giugno 1982; n. 3675 del 27 maggio 1983.

19 In questo senso, si è considerato come l'interesse legittimo nulla aggiungerebbe all'obbligo, già presente a carico del titolare del potere privato, di proteggere la sfera della controparte: cfr., in proposito, O. FANELLI, *Limiti dei poteri privati nell'esercizio dell'impresa: profili giurisprudenziali*, in *Studi in memoria di Domenico Napoletano*, Milano, 1986, p. 323 ss., p. 335; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988 spec. pp. 9 ss., 39 ss., 105 ss., 126 ss. e 212 ss.; A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, p. 341 ss.; M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, pp. 26, 92 ss. e 212 ss.

Anche la giurisprudenza, rispetto all'indirizzo di cui alla nota precedente, ha successivamente qualificato le posizioni che si pongono in relazione con un potere privato come diritti soggettivi: cfr. *ex multis* Cass., n. 653 del 27 gennaio 1984; n. 2878 dell'11 maggio 1984; sez. un., n. 3174 del 23 maggio 1984. In proposito, peraltro, la dottrina ha avuto modo di evidenziare come, anche in ordine al precedente indirizzo giurisprudenziale favorevole, il riferimento al modello pubblicistico dell'interesse legittimo sia stato accompagnato da una sorta di commistione con l'utilizzo della logica del rapporto e delle clausole generali di buona fede e correttezza: cfr. C. ZOLI, *La tutela delle posizioni*, cit., p. 93 ss.; ID., *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 423 ss.; A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati*, loc. ult. cit.

grare la fattispecie della validità dell'atto, in ragione, essenzialmente, della tipicità delle cause di invalidità del contratto²¹. Le particolari forme di invalidità c.dd. di protezione, di matrice europea, vengono considerate quali ipotesi specifiche che assumono rilievo in ragione della relativa regolamentazione di diritto positivo, senza poter assumere carattere generale²².

Nell'ambito del diritto amministrativo, si è a lungo dubitato che la buona fede potesse assumere rilievo quale canone afferente all'azione della P.A., in ra-

La prospettiva dell'interesse legittimo nel diritto privato non è stata comunque del tutto abbandonata: in questo senso si veda il volume dedicato a L. Bigliazzi Geri, di U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, ed ivi in particolare gli interventi di M. LIBERTINI; D. MESSINETTI; P. ZATTI; F. BOSETTI; E. NAVARRETTA (cfr. tuttavia A. TRAVI, nella *Recensione* al volume, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 273 ss., che evidenzia i limiti di una siffatta ricostruzione). Si vedano inoltre, tra gli altri, P. RESCIGNO, *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, Napoli, 1989, p. 885 ss.; G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 396 ss.; L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, Torino, 2008, pp. 118 ss., 133 ss.; S.A. VILLATA, *Impugnazioni*, cit., p. 283 ss.; M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli, 2000, p. 140 ss.; tra i processualisti, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 45 ss. Del resto, non manca, in generale, l'impostazione per cui l'interesse legittimo troverebbe la sua collocazione nell'ambito della teoria generale, quale proiezione della protezione dell'interesse del singolo a fronte di un potere unilaterale soggetto a regolamentazione: si veda, in particolare, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 507 ss.; F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 399 ss. e 443 ss.; D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 205 ss.; A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 679 ss.

20 La natura contrattuale della responsabilità non è infatti in discussione per quanto concerne gli obblighi integrativi accessori all'obbligazione. La natura contrattuale della responsabilità è, a sua volta, ciò che appunto consegue alla configurazione dell'obbligazione senza prestazione, che consente di qualificare la relativa responsabilità come responsabilità da inadempimento: cfr. quanto detto subito *supra*, n. 17, ed ivi anche le opinioni in merito discordi. Per quanto concerne, poi, la specifica ipotesi della responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.), la questione è risalente e discussa: nel senso della natura contrattuale della responsabilità, si vedano, tra gli altri, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, ora in *Scritti*, II, cit., p. 267 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 752 ss.; nonché, quale espressione dell'obbligazione senza prestazione, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 534 ss.; in senso contrario, la considerano nelle logiche della responsabilità extracontrattuale, in particolare M. BARCELLONA, *Trattato sulla responsabilità civile*, cit., p. 72 ss.; M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1014 ss.; la giurisprudenza, in precedente assestata nel secondo dei due sensi, ha recentemente ritenuto di dover affermare la natura contrattuale della responsabilità (Cass., sez. I, n. 14188 del 12 luglio 2016), pur non risultando, tale orientamento, completamente condiviso (cfr., in senso contrario, Cass., sez. II, n. 24738 del 3 ottobre 2019).

Sul rapporto tra forme di responsabilità, si veda, in ogni caso, quanto in generale si rappresenterà *infra*, al par. 4.

21 La base concettuale su cui la prospettiva non accolta si muove è quella per cui la buona fede costituirebbe una fonte di integrazione non solo del rapporto, ma anche dello stesso rego-

gione della natura essenzialmente privatistica a cui il relativo principio sarebbe stato riconducibile. Con riferimento all'Amministrazione, si è infatti affermato, la buona fede non potrebbe avere un rilievo autonomo, ma sarebbe ricompresa nella tradizionale ponderazione di interessi, svolta secondo il consueto canone di ragionevolezza, che caratterizza l'esercizio discrezionale del potere²³.

lamento contrattuale (cfr. *supra*, n. 14). Ciò in quanto, si ritiene, essa risulta richiamata dalla legge, e come tale soddisfa la prescrizione generale di cui all'art. 1374 c.c.: cfr., in questo senso, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 112 ss.; aderiscono a tale posizione, tra gli altri, A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 33 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 493 ss.; si veda pure C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss. L'impostazione prevalente, tuttavia, si pone in senso contrario, limitando l'integrazione agli obblighi ulteriori rispetto al rapporto principale (o ad un contatto qualificato nel caso di obbligazione senza prestazione), ovvero escludendola del tutto: cfr., oltre a quanto detto sopra, in nota, A. D'ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Tem., I, *Contratto*, Milano, 2021, p. 620 ss.

Nella prospettiva da ultimo descritta, l'invalidità del contratto viene conseguentemente esclusa, adducendosi la necessità che la norma di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., sulla nullità del contratto per violazione di norme imperative, trovi riscontro in norme sufficientemente predefinite, e non sia lasciato a clausole generali inerenti alla condotta di una delle parti. In questo senso, si assume, non vi potrebbe essere commistione tra norme di comportamento e norme di validità, nel senso che solo l'inclusione di una specifica condotta in una norma che sancisce l'invalidità dell'atto potrebbe comportarne come conseguenza la nullità (o l'annullabilità), pena l'eccessiva intromissione nella sfera dell'autonomia privata. Si è così considerato che la violazione della buona fede non potrebbe portare alla nullità del contratto: cfr., in giurisprudenza, Cass., sez. un., nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007; sez. I, n. 19024 del 19 settembre 2005; in dottrina, si vedano, in particolare, F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 525 ss.; G. D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 9 ss.; ID., *Nullità non testuale*, in *Enc. dir.*, Ann., IV, Milano, 2011, p. 808 ss.; ID., *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Tem., I, *Contratto*, Milano, 2021, p. 601 ss., ed ivi più approfonditi riferimenti. Sul punto, si veda quanto da parte nostra si dirà *infra*, par. 2.3, nel testo e in nota.

22 Si veda, in questo senso, F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 540 ss., a cui si rimanda per i relativi riferimenti.

23 La considerazione della mancanza di rilievo della buona fede nel diritto amministrativo si può ritrovare tradizionalmente in 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, p. 556 ss., p. 562, che evidenziava come la possibilità di scegliere tra comportamenti diversi, campo di applicazione della buona fede, fosse già oggetto di un criterio specifico nel diritto amministrativo, corrispondente a quello dell'interesse pubblico del soggetto agente, sicché il riferimento ad un diverso principio di buona fede si sarebbe presentato inutile, ed anzi l'erroneo. Sulla base dei medesimi motivi, ne negava, sia pure in maniera più cauta, una funzione autonoma integrativa nell'attività pubblicistica M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, pp. 373-374. Successivamente, la posizione negativa sul rilievo della buona fede si può ritrovare in A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 84-85, che nello sviluppo, in questo senso, della generale impostazione della definizione della funzione quale momento di attività dotato di autonomo rilievo giuridico, propria di

Rispetto a questa tradizionale impostazione, si sono però opposti tentativi, volti a ricercare un autonomo rilievo al principio di buona fede anche con riferimento al diritto amministrativo.

In particolare, in una prima accezione, la figura in questione è stata invocata come canone rappresentativo (uno dei canoni rappresentativi) del generale modello di azione amministrativa, quale modalità per superare la tradizionale visione autoritativa dell'esercizio del potere, in favore di una concezione dell'agire amministrativo improntato ad una concreta definizione dell'interesse pubblico attraverso la prospettazione e l'acquisizione di tutti gli interessi rilevanti²⁴. La buona fede è stata cioè utilizzata, in questo senso, quale figura di interpretazione di un modello di azione amministrativa che fosse in grado di superare la tradizionale configurazione del potere quale momento di contrapposizione tra autorità e libertà, e di improntare l'azione stessa ai canoni dell'imparzialità amministrativa e di partecipazione delle parti, nell'ambito della definizione in concreto dell'interesse pubblico attraverso la prospettazione e l'acquisizione di tutti gli interessi in gioco²⁵.

F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, cit., p. 991 ss., ha considerato come, all'interno di essa, il possibile ambito di rilevanza della buona fede risulterebbe necessariamente assorbito.

24 Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 271 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., pp. 818-819. In questo senso, la buona fede, più che assumere un rilievo autonomo nei rapporti di diritto pubblico, costituirebbe uno dei principi di considerazione dei generali canoni di azione amministrativa, per come improntata al modello indicato.

25 In questo senso, il riferimento alla buona fede verrebbe ad inserirsi nella più generale prospettiva, registratasi a partire dalla seconda metà del secolo scorso, del progressivo abbandono del rilievo della concezione dell'interesse pubblico inteso in senso 'astratto', per come identificato dalla norma, e già soggettivato in capo all'Amministrazione, in favore della centralità dell'interesse pubblico 'concreto', che si determina in relazione alle risultanze dell'attività amministrativa (si veda, in proposito, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 301 ss.; cfr. anche E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 6 ss.).

La prospettiva in questione, in particolare, è partita dall'acquisita consapevolezza dell'incapacità della legge attributiva del potere di svolgere il ruolo di selezione degli interessi rilevanti, l'interesse pubblico diviene oggetto di determinazione nello svolgimento dell'azione amministrativa, attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco. Vi è, in tal modo, un'evoluzione dalla concezione di M.S. Giannini (cfr. *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 265) del rapporto tra interesse primario e interessi secondari nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale, su cui si fondava la contrapposizione tra autorità e libertà, in favore della considerazione di un interesse che trova la sua definizione nello svolgimento della stessa azione amministrativa (si ve-

Nella prospettiva descritta, va però evidenziato, la buona fede non si è presentata idonea ad assumere un'autonoma e specifica rilevanza, ma è stata utilizzata, al più, in maniera essenzialmente argomentativo-descrittiva. Il risultato indicato in ordine alla considerazione dell'azione amministrativa ha trovato riscontro, infatti, attraverso una differente declinazione degli ordinari canoni amministrativi di esercizio del potere, adeguando in senso corrispondente – prima in via dottrinale e giurisprudenziale, poi con la sua generale positivizzazione – la struttura del modello procedimentale ad esso relativo²⁶.

In particolare, l'attuazione del modello in questione, in cui l'interesse pubblico diviene oggetto di determinazione nello svolgimento dell'azione amministrativa, attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco a parte dei relativi interessati, è definitivamente avvenuta, non serve ricordarlo, con la l. n. 241/1990, la quale ha provveduto ad una generale processualizzazione dell'attività della P.A., disciplinando le modalità di acquisizione e verifica dei presupposti per il corretto esercizio del potere, unitamente, a tal fine, alla partecipazione e al ruolo delle parti nel procedimento²⁷. Rispetto ad essa, in disparte il modo di intendere i termini e i limiti di una siffatta procedimentalizzazione, nonché la stessa adesione alla considerazione del modello in questione quale modello di carattere processuale, è indubbio che le esigenze rappresentate dall'evoluzione del rapporto tra Amministrazione e cittadino siano state recepite adeguando le stesse regole pubblicistiche ad un diverso modello strutturale

dano, ad es., F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1067 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 286-287). Tale ottica, si aggiunge, se ha interessato la generale evoluzione del modo di intendere l'Amministrazione e la sua azione, ha trovato il suo più compiuto riscontro, non serve ricordarlo, nella concezione oggettivistica dell'Amministrazione e nella correlata ottica strutturale della funzione: F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1131 ss.; ID., *Disegno*, cit., p. 237 ss., nonché gli altri scritti dell'illustre A. già diffusamente citati; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., *passim*; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.; G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss.; ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1313; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., spec. p. 108 ss. Sul punto, si veda quanto diffusamente rappresentato in *Potere*, I, cit., p. 387 ss.

²⁶ Si vedano anche gli stessi riferimenti di cui alla nota precedente.

²⁷ Cfr. quanto detto *supra*, in nota; nonché *Potere*, I, cit., p. 395 ss.

della funzione. Il ricorso, in questo senso, alla buona fede, al fine di superare le tradizionali distorsioni del diritto amministrativo in ordine alla supremazia dell'interesse pubblico (a cui in generale non è estranea neppure quella dottrina che, come si dirà subito appresso, cercherà invece di isolare un autonomo rilievo aggiuntivo della buona fede²⁸), non si è quindi presentato necessario, e la stessa figura in esame non è pervenuta, per tale via, all'acquisizione di un autonomo rilievo, ma è stata utilizzata in chiave essenzialmente descrittiva²⁹.

In una seconda, e più specifica, ma non scollegata dalla prima, considerazione della buona fede, si è invece ricercata l'integrazione di quest'ultima ai canoni generali di azione amministrativa, quale figura idonea a ricevere, sotto tale profilo, un autonomo spazio di operatività, corrispondentemente rilevante, come tale, in ordine alla validità dell'atto che del potere amministrativo rappresenta l'esercizio.

Tale via è stata perseguita, in particolare, considerando la manifestazione della buona fede che potesse comportare una tutela dell'affidamento del destinatario di un atto amministrativo. Così, quella dottrina, a cui si deve il merito di aver portato alla compiuta emersione l'idea di buona fede e affidamento nel diritto pubblico, ha affermato, in proposito, che i canoni in questione verrebbero a specifica rilevanza nell'ipotesi di un previo rapporto tra P.A. e destinatari dell'atto, che possa essere messo in discussione attraverso l'esercizio di un potere di secondo grado. In questo senso, si è infatti sostenuto, la buona fede assumerebbe rilievo quale norma relativa alla situazione di potere amministrativo, riconducendosi tali principi all'imposizione di una specifica ponderazione di in-

²⁸ Si veda, subito di seguito, nel testo e in nota, la posizione di Merusi, e la critica ad essa di Mantero.

²⁹ Ne è evidenza il fatto della sua invocazione proprio da parte di chi, come Benvenuti e Allegretti (citati alle note precedenti), si pongono in una prospettiva essenzialmente oggettivistica della concezione dell'azione amministrativa; nonché di quanto rappresentato subito sopra, in nota, sulla posizione di Piras, che rifiuta il rilievo autonomo della buona fede anche al di fuori della tradizionale considerazione dell'interesse pubblico, appunto nell'ottica del modello benvenutiana della funzione.

teressi (rigettando, per tale via, l'idea che la ragionevolezza possa costituire una norma in senso proprio), la cui violazione comporterebbe l'invalidità dell'atto³⁰.

L'impostazione rappresentata è stata, tuttavia, oggetto di critica, da parte di chi ha evidenziato che se la rilevanza dell'affidamento è data dalla sua ponderazione con l'interesse pubblico, di fatto essa non sarebbe considerata autonomamente, ma si esaurirebbe nel corretto esercizio del potere discrezionale. La presunta autonomia, che ad esso si vorrebbe riconoscere, sarebbe allora legata, in questo senso, al modello di interesse pubblico come già normativamente stabilito e contrapposto a quello del singolo; modello però, lo si è già visto, superato nella stessa elaborazione della funzione amministrativa. Di conseguenza, non potrebbe considerarsi vigente il principio di buona fede nel diritto amministrativo³¹.

La critica apportata si presenta peraltro, per questa via, più profonda, nel momento in cui si afferma che la negazione del rilievo della buona fede sarebbe determinata dalla circostanza per cui, se tale figura è consustanziale alla logi-

30 È questa la nota impostazione di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora ristampato in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, pp. 92 ss. e 142 ss. L'illustre A. considerava, infatti, che (p. 100 ss.), a fronte di un atto viziato e dell'esercizio del relativo potere di secondo grado da parte della P.A., l'interesse curato dall'Amministrazione nell'esercizio del potere di annullamento non sarebbe stato il ripristino della legittimità violata, ma l'interesse individuato dalla norma in base al quale è stato adottato l'atto viziato (quindi, riferendolo al potere di primo grado). In tale prospettiva, la ponderazione dell'interessi derivante dall'affidamento determinato dall'atto avrebbe potuto trovare spiegazione solo come un qualcosa di esterno al potere di annullamento d'ufficio: precisamente, l'affidamento avrebbe dovuto ricercare il suo fondamento nel principio della buona fede, avente valore costituzionale, e integrativo della norma primaria disciplinante il potere. In questo senso, il principio di buona fede avrebbe operato nel caso di atto viziato favorevole al destinatario, imponendo alla P.A. la considerazione delle situazioni di vantaggio consolidate prodotte dall'atto invalido non tempestivamente annullato; analogamente (p. 146 ss.) anche per l'ipotesi della revoca. Laddove, dunque, fossero integrate le circostanze di fatto tali da rendere rilevante una posizione di affidamento in capo al cittadino, l'Amministrazione (p. 231 ss.) avrebbe dovuto prenderla in considerazione, in ordine alla valutazione della sua sussistenza e della sua ponderazione rispetto all'interesse pubblico; conseguentemente, si sarebbe incorso nell'invalidità dell'atto di secondo grado, qualora il relativo giudizio fosse risultato erroneo.

31 Cfr. A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, pp. 53 ss. e 111 ss., il quale rileva, condivisibilmente, che l'autonoma rilevanza che Merusi attribuisce alla buona fede sarebbe determinata dalla circostanza che l'A. in questione considera l'interesse pubblico da perseguire come quello astratto normativamente previsto (cfr. in particolare F. MERUSI, *op. ult. cit.*, p. 115 ss.), e non invece quale interesse pubblico concreto, derivante dalla stessa valutazione dei fatti e interessi in gioco, secondo la prospettiva che definitivamente si andava affermando in quel periodo (si veda quanto detto subito sopra, in nota).

ca dell'autonomia privata, incentrata sulla volontà della scelta, non lo sarebbe rispetto al diritto amministrativo, in cui la definizione regola di preferenza discrezionale è determinata nell'esplicazione procedurale della funzione³². Solo rispetto a questa, si aggiunge dunque, andrebbero eventualmente ricostruiti i limiti in cui incorre l'Amministrazione nella considerazione della posizione del privato nel riesercizio del potere³³. La negazione del rilievo della buona fede co-

32 In questo senso, A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli*, cit., p. 120 ss. Ci si pone, in tal modo, nella prospettiva della considerazione strutturale della funzione (espresso il riferimento, in particolare, a F. Benvenuti e G. Berti), di cui si è detto *supra*, par. 1, nel testo e in nota. Vi è, del pari, in questo senso, una particolare valorizzazione della formazione della scelta discrezionale nell'ambito del procedimento, e quindi al suo inquadramento nell'ambito strutturale della funzione (esplicito il riferimento a Piras, ove la concezione volontaristica della discrezionalità trova un punto di mediazione con l'approccio normativistico sul potere attraverso il recepimento della concezione benvenutiana della funzione: cfr. *supra*, n. 23; nonché A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, p. 289 ss., ed ivi nn. 72-73, p. 312 ss., p. 397 ss., ed ivi nn. 54, 57 e 58, p. 410 ss., p. 429 ss. ed ivi n. 83; ID., *Discrezionalità*, cit., p. 77 ss.; per approfondimenti, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 149, n. 263, e p. 431, n. 109).

33 Sotto questo profilo, in particolare, secondo A. MANTERO, *op. ult. cit.*, pp. 120 ss. e 140 ss. il limite in cui incorrerebbe l'Amministrazione non potrebbe essere determinato dall'ottica della buona fede, ma deriverebbe, piuttosto, dalla diretta rilevanza da attribuire alle situazioni giuridiche del privato determinate dalla precedente scelta amministrativa, attraverso il loro porsi quale limite sostanziale alla scelta dell'Amministrazione. In tale prospettiva, nei termini della ricostruzione rappresentata nel testo e alla nota precedente, non vi sarebbe un problema di aspettativa al comportamento coerente dell'Amministrazione, ciò che corrisponderebbe alla versione privatistica dell'affidamento, bensì l'individuazione di una limitazione delle scelte amministrative per effetto della progressiva composizione di interessi effettuata in virtù della precedente determinazione discrezionale a cui era pervenuta l'Amministrazione. Vi sarebbe, in questo senso (pp. 121-122, n. 124), una maggiore durezza della scelta amministrativa compiuta, che deriva dall'essere, l'atto amministrativo, espressione di una decisione adottata a seguito di un procedimento esplicito un momento di accertamento, a cui va collegata la stessa ponderazione degli interessi (cfr. quanto detto alla nota precedente in ordine alla concezione della discrezionalità di Mantero, che si rifà a Piras). La limitazione, che da ciò scaturisce, è così destinata ad operare ogniqualvolta si debba procedere ad una nuova definizione della regola di preferenza discrezionale, e sarebbe superabile (p. 143) solo mediante specifica, analitica e congrua motivazione.

Rispetto a tale limitazione alla ridefinizione della regola discrezionale, è stato invero obiettato che l'attribuzione di diretta rilevanza alle situazioni giuridiche del privato determinate dalla precedente scelta amministrativa, quale appunto limite sostanziale alla scelta dell'Amministrazione, si risolva comunque in una ponderazione di interessi, solo con diverso oggetto rispetto a quella della tesi di Merusi, così di fatto incorrendo, pur rispetto ad un differente ordine ricostruttivo, nella medesima critica mossa a quest'ultima: in questo senso, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, p. 69 ss.; analogamente S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, p. 58.

Ora, sotto lo specifico profilo che viene in questione, il problema parrebbe comunque essere, in effetti, quello dell'individuazione dei limiti all'esercizio dei poteri di secondo grado, intesi,

stituirebbe quindi, sotto tale profilo, conseguenza dell'assunzione del rilievo strutturale della funzione.

Ora, in disparte quest'ultimo specifico profilo, su cui si tornerà al momento di proporre la nostra ricostruzione³⁴, può dirsi, in via generale, che la difficoltà, con la quale si è dovuta confrontare la dottrina nel ricercare un autonomo rilievo della buona fede quale canone integrativo dell'azione amministrativa, è dovuta, essenzialmente, alla circostanza per cui, nell'evoluzione intervenuta in ordine al modello di esercizio della funzione, i canoni ordinari di validità dell'atto amministrativo risulterebbero idonei a ricomprendere anche i profili che si vorrebbero ascritti alla buona fede oggettiva, e all'affidamento in ordine alla condotta dell'Amministrazione³⁵. Le norme puntuali che disciplinano lo

prima della loro positivizzazione, essenzialmente come riesercizio del potere originario. Una volta sostituito, allora, il parametro dell'autonomia privata con quello del modello procedurale della funzione, il problema permane, sia pure in un'ottica necessariamente diversa da quella della buona fede: anche in Mantero, quindi, così come in Merusi, la specifica ponderazione di interessi appare determinata dalla necessità di ricostruire uno statuto specifico del riesercizio del potere in mancanza di un'espressa attribuzione e regolamentazione di poteri di secondo grado (cfr. *infra*, nel testo). La differenza, nell'ottica che viene espressa dall'A. in esame, è però che la rilevanza della posizione dell'interessato nasce come una conseguenza della funzione, quale processo di definizione dell'assetto di interessi: essa deriva, cioè, da un modello in cui alla funzione viene collegata, in questo senso, una particolare durevolezza della decisione amministrativa (diremmo noi, un effetto di accertamento, tanto più che lo stesso Mantero, come detto, lo riconduce al momento di accertamento proprio della decisione), e, in correlazione a ciò, la funzione stessa esprime un atto che può essere rimosso, ma mantenendo una particolare resistenza alla rimozione stessa (l'intensità dell'atto, aggiungeremmo ancora, da cui l'effetto di accertamento scaturisce: su tutti questi profili, cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 475 ss.). Nella prospettiva rappresentata, allora, l'esigenza è sì, sempre la medesima, di composizione di uno statuto dei poteri di secondo grado che mancava nel diritto positivo, ma, a differenza di Merusi, nell'impostazione in esame ciò avviene nell'ottica della struttura processuale della funzione: l'impostazione di Mantero è, cioè, quella che sottende l'evoluzione della concezione dell'azione amministrativa in senso processuale, e, rispetto ad essa, fornisce la considerazione e la disciplina dei poteri (e della funzione) di secondo grado (in termini congruenti con quelli che, a diritto positivo mutato, è stata da noi proposta: cfr. ancora *Potere*, I, *loc. ult. cit.*; II-2, cit., p. 192 ss.).

34 La ricostruzione appena esaminata, come spiegato nel testo e alle note precedenti, si pone infatti, in questo senso, in un'ottica generale del rilievo strutturale della funzione, simile, sotto tale profilo, a quella da noi accolta: cfr., oltre a quanto detto *supra*, par. 1, quanto ampiamente si dirà *infra*, al par. successivo.

35 In questo senso, anche le ulteriori tesi, che si sono espresse nella medesima direzione rappresentata nel testo, non paiono superare i rilievi negativi mossi alla possibilità di un autonomo rilievo della buona fede sotto il profilo in esame. Così, in F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., p. 113 ss., una volta ammessa la generale vigenza del principio di buona fede ai sensi del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., quale obbligo, a cui tutti i soggetti sono sottoposti, di agire senza recare danno ad altri, anche esercitando i propri diritti, detto principio si risolve nel contrastare violazioni il cui oggetto, però, già appartiene ai canoni propri dell'azione

svolgimento del procedimento, e le clausole generali che dispongono la ragionevole ponderazione degli interessi nella determinazione del fine in concreto da perseguire, si sarebbero infatti prestate a fornire, in sé, la rappresentazione della fattispecie della situazione di potere amministrativo e del suo esercizio, senza necessità di un'integrazione, quale quella ipotizzata, che venga ad aggiungervi elementi ulteriori³⁶. Ciò tanto più nel momento in cui è intervenuta, con la l. n. 15/2005, la positivizzazione dei poteri di secondo grado e della loro disciplina, ed è risultato specificamente coperto, di conseguenza, anche lo spazio proprio di questi ultimi, il quale, proprio in ragione dell'ambiguità derivante dalla mancanza di una corrispondente disciplina generale, meglio si era prestato, lo si è visto, al tentativo di attribuire un rilievo autonomo alla buona fede, in

amministrativa: si fa infatti riferimento alla mancata acquisizione degli interessi coinvolti, all'obbligo di avviare il procedimento, al mancato perfezionamento dell'efficacia di un provvedimento, ecc. Analogamente, nella ricostruzione di L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, pp. 63 ss. e 181 ss., la buona fede viene considerata aderendo sostanzialmente alla rappresentazione di Manganaro; essa tuttavia, per tale via, non viene ad assumere rilievo autonomo sotto il profilo della legittimità dell'atto, potendolo rivestire solo sotto quello risarcitorio, per il caso (p. 255 ss.) di attività legittima della P.A. Per la strada percorsa da tali impostazioni, la buona fede finisce quindi per assumere un ruolo essenzialmente limitato al piano descrittivo degli ordinari canoni dell'azione amministrativa (riferiti, nel frattempo, ad un quadro piena positivizzazione delle generale condotte procedurali, ma senza che fosse ancora intervenuto, o al limite in un quadro in cui era appena intervenuto, uno statuto dei poteri di secondo grado: cfr. *infra*, nel testo); salvo il suo possibile rilievo ulteriore in ordine alla responsabilità dell'Amministrazione (su cui cfr. *infra*, nel testo e in nota).

36 Rileva in proposito F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843 ss.; ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 823 ss., che la logica della ponderazione degli interessi è antitetica rispetto a quella di un'autonoma considerazione dell'affidamento del cittadino, quale derivante da un generale obbligo, in capo alla P.A., di comportarsi secondo buona fede. Criticando l'impostazione di Merusi, si rileva come la proporzionalità nella ponderazione degli interessi, rispetto ad un'azione che prevede solo un'alternativa possibile, quella di mantenere l'atto/rimuovere l'atto, non è suscettibile di vedere attribuito all'affidamento del privato un rilievo ulteriore da quello del corrispondente interesse che viene in gioco; in questi termini, dunque, secondo quanto spiegato, una situazione del privato riconducibile all'affidamento non potrebbe avere alcun ruolo autonomo, né potrebbe avere diretta tutela. L'affidamento, per poter ricevere autonoma considerazione, deve dunque smarcarsi dalla logica della illegittimità, e fare riferimento ad una vicenda concernente un annullamento d'ufficio legittimo; rispetto a quest'ultimo, la forma di tutela è quella della riparazione del danno, che non fa gravare sul cittadino incolpevole le conseguenze della disfunzione amministrativa che ha prodotto il primo atto invalido: cfr. di seguito, nel testo e in nota.

relazione alla considerazione della posizione del privato beneficiario dell'atto originario³⁷.

Rispetto allo scenario descritto, viene così a ricevere riscontro, in senso negativo, anche quel tentativo, da ultimo effettuato, il quale, partendo dalla considerazione della sussistenza, nel diritto amministrativo, di un regime di invalidità in sé non corrispondente a quello ancorato al canone della tipicità proprio del diritto civile, ha cercato di dare alla buona fede un valore ampliativo rispetto ai tradizionali criteri pubblicistici di validità, quale canone specifico ulteriore, che ai primi possa aggiungersi estendendo l'ambito di invalidità dell'atto; aggiungendosi come di ciò si avrebbe un certo riscontro nella stessa giurisprudenza³⁸. La posizione in questione, infatti, non pare comunque discostarsi, per

37 In ordine ai poteri di secondo grado, la questione si è infatti posta, lo si è visto, in quanto, mancando uno statuto riferibile alle condizioni di generale intervento su un effetto prodotto, la sua elaborazione è stata demandata a dottrina e giurisprudenza, con gravi incertezze quanto al loro fondamento (che, se ci si discostava, in un modo o nell'altro, dalla considerazione di un nuovo esercizio del potere originario, rischiava di difettare del presupposto necessario del dato normativo attributivo), e ai termini del loro esercizio; sul punto, per approfondimenti, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 485 ss. Ora, sotto tale profilo, ci si può chiedere se, in effetti, sia stato il rilievo della buona fede a fondare uno statuto specifico dei poteri di secondo grado quali poteri discrezionali, in ragione della necessità di considerazione dell'interesse del singolo al mantenimento dell'atto; oppure se ciò sia derivato, come ritenuto da F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 857 ss., dalla considerazione di tali poteri nell'ambito della funzione di amministrazione attiva, che richiamava, quale conseguenza, l'apprezzamento discrezionale a tal fine collegato; oppure ancora se, seguendo l'impostazione di Mantero, di cui si è detto, la resistenza dell'atto originario rispetto ad una nuova scelta amministrativa non sia stata una conseguenza scaturita dall'esigenza di collegare una particolare intensità dell'atto alla struttura della funzione, nel momento in cui questa si è reputata espressione di un modello (para-)processuale rivolto all'adozione di una decisione (cfr. quanto detto *supra*, n. 33). Ma, quale che sia la conclusione a cui si aderisce, e anche a prescindere dal generale rilievo che la concezione dell'interesse pubblico si è detto rivestire nell'evoluzione della considerazione dell'azione amministrativa, nel momento in cui i poteri di secondo grado sono stati disciplinati in maniera specifica dal diritto positivo (e che, a nostro avviso, per tale via, si sia fornito il dato normativo richiesto per la loro autonoma considerazione rispetto al potere originario sul cui atto intervengono), il riferimento alla buona fede, quale clausola generale riferibile all'azione amministrativa, non avrebbe comunque più ragion d'essere.

38 Il riferimento è a L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, pp. 206 ss. e 386 ss.; ID., *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del Laboratorio di diritto amministrativo 2019*, Roma, 2020, p. 88 ss.; ID., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della P.A.*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 254 ss., secondo la quale, rispetto all'agire amministrativo, i principi di diritto comune rileverebbero anche come norme di validità, quali canoni integrativi delle prescrizioni pubblicistiche. Ciò, si afferma, in ragione dell'assenza, nel diritto amministrativo, del principio di tipicità delle cause di invalidità, che consentirebbe di superare la negazione dell'interferenza tra regole di validità e re-

la via indicata, dalla generale prospettiva negativa che si è rappresentata: ne è evidenza la circostanza per cui l'utilizzo della buona fede, quale possibile canone di validità integrativo, per come riferito al dato giurisprudenziale richiamato, si verrebbe a risolvere, in realtà, in una mera tecnica argomentativa, non effettivamente ampliativa dell'area dell'invalidità, giacché il provvedimento risulterebbe comunque illegittimo a norma degli stessi parametri che tradizionalmente regolano l'attività amministrativa³⁹.

Nella prospettiva descritta, può allora ritenersi che la considerazione, che la buona fede ha ricevuto, sotto il profilo in esame, nel diritto amministrativo, sarebbe stata determinata, essenzialmente, in via generale, dalla originaria mancanza di una disciplina procedimentale dell'azione amministrativa, improntata a canoni partecipativi e di acquisizione dei presupposti rilevanti nell'esercizio del potere; e, più in particolare, e in senso maggiormente problematico, dalla necessità di creazione di un autonomo statuto dei poteri di secondo grado, sprovvisi, fino alla l. n. 15/2005, di una propria disciplina legislativa; senza che peraltro, in entrambi i casi, il riferimento alla buona fede fosse in realtà comunque necessario, ben potendo entrambe le questioni essere risolte – come in effetti è avvenuto, quantomeno in via generale – facendo riferimento ai principi della funzione, per come considerati nella specifica declinazione derivante dalla loro successiva evoluzione⁴⁰.

gole di comportamento, di cui si è visto *supra*, nel testo e in nota. In questo senso, si riscontrerebbe, in giurisprudenza, una siffatta commistione, con la clausola di buona fede utilizzata quale fondamento dell'illegittimità dell'atto.

39 In questo senso, gli esempi riportati da L. LORENZONI, *opp. locc. ult. cit.*, per cui il canone della buona fede è richiamato unitamente a specifiche disposizioni o ai principi generali pubblicistici, in ordine a conclusione del procedimento, motivazione, ponderazione degli interessi in sede di autotutela, ecc. Sul punto, cfr. già quanto detto in *Potere*, II-2, p. 214, n. 32. Dello stesso nostro avviso anche M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Pers. amm.*, 2022, 2, p. 68, n. 40, secondo cui gli esempi riportati da L. Lorenzoni mostrano che la buona fede è utilizzata solo come criterio interpretativo delle regole di legittimità già esistenti in ordine all'azione amministrativa, non come una regola di legittimità in sé.

40 Su tali profili, cfr. quanto diffusamente evidenziato *supra*, in nota.

Non è peraltro mancato chi, va aggiunto, ha provato ad improntare la stessa struttura normativa della funzione, per come regolamentata dalla l. n. 241/1990, sulla buona fede, concependo, in ragione di tale canone di condotta, una struttura procedimentale e un rapporto procedimentale di stampo *collaborativo*: in questo senso S. TARULLO, *Il principio di collaborazione proce-*

In effetti, l'impostazione attualmente maggioritaria tende ad escludere la rilevanza della buona fede quale norma di validità dell'atto amministrativo, appunto per le ragioni appena rappresentate, e a considerarne, invece, il suo ruolo ai fini della responsabilità della P.A.⁴¹. In questo senso, in particolare, la giurisprudenza ha affermato la risarcibilità del danno che deriva dall'annullamento,

dimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo, Torino, 2008, pp. 31 ss., 229 ss., 268 ss., 421 ss. e 525 ss. Tale ricostruzione, tuttavia, secondo quanto in altra sede si è avuto modo di spiegare (*Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 30 ss.), non si presenta idonea ad esprimere un modello strutturale specifico della funzione, semplicemente riguardando gli ordinari istituti procedurali in un'ottica funzionalmente collaborativa (senza peraltro riuscire a mettere completamente in ombra, per tale via, la funzione garantistica propria del procedimento; e senza che, si aggiunge, la logica collaborativa venga ritenuta idonea a portare all'invalidità dell'atto, se quest'ultima non risulta recepita da una norma espressa: *op. ult. cit.*, p. 525 ss., ove si afferma che, in tal caso, la lesione porterebbe a conseguenze solo sul piano risarcitorio). In questa prospettiva, allora, si deve concludere che l'impostazione proposta dall'A., in ordine ad un rapporto improntato sulla collaborazione, finisca per relegare la buona fede ad un ruolo argomentativo-descrittivo, rimanendosi così all'interno dell'ordinaria struttura normativa procedurale propria della funzione amministrativa, con quanto sin qui si è spiegato. Una lettura alternativa, in ordine a tale tesi, potrebbe invece risultare possibile (ancorché essa non paia corrispondere, va avvertito, all'impostazione portata avanti da Tarullo), e consisterebbe nell'intendere il rapporto collaborativo nel differente senso di svalutare completamente il piano procedurale della funzione, improntando l'intera azione amministrativa in un'ottica prettamente sostanziale, ove la buona fede può trovare effettivamente espressione in sé considerata: in proposito, cfr. quanto si dirà di seguito, nel testo e in nota.

41 Sul punto, cfr. in particolare F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit. p. 854 ss., spec. p. 863 ss.; ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., p. 823 ss., la cui posizione, riportata subito sopra, in nota, è nel senso che l'affidamento, per poter ricevere autonoma considerazione, debba fare riferimento ad una vicenda concernente un annullamento d'ufficio legittimo, rispetto al quale la forma di tutela è quella della riparazione del danno, che non fa gravare sul cittadino incolpevole le conseguenze della disfunzione amministrativa relative al primo atto invalido. In via generale, per la posizione che ritiene che per conferire all'affidamento autonoma rilevanza, sottraendolo alle logiche del bilanciamento proprie delle ordinarie regole della discrezionalità, sia necessario un suo rilievo al di fuori della considerazione della legittimità dell'atto, si veda anche A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 121 ss.; ID., *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, p. 6 ss., il quale considera, a tal fine, di inquadrare l'affidamento come fonte di un'obbligazione patrimoniale a carico dell'Amministrazione, di carattere indennitario. Nella generale prospettiva in esame, si situa anche A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, pp. 84 ss., 182 ss. e 259 ss., la quale rimette l'affidamento alla ponderazione degli interessi, considerandolo, in questo senso, nella sua 'dimensione pubblicistica', come tale contrapposto alla 'dimensione privatistica' dell'affidamento stesso, che atterrebbe invece alla regola comportamentale di correttezza; aggiungendosi, in proposito, che la dimensione pubblicistica può comportare, talvolta, la violazione di quella privati-

in sede amministrativa o giudiziale, dell'atto a sé favorevole, in ragione dell'affidamento formatosi in capo al privato⁴².

Rispetto alla generale prospettiva sin qui descritta, che rappresenta la considerazione che attualmente può dirsi rivestire, pur nei termini perplessi di cui si è dato conto, la buona fede oggettiva nell'ambito del diritto amministrativo, è stata peraltro perseguita anche una diversa ricostruzione, la quale, rispetto ai due approcci inizialmente indicati come possibili modelli di rilevanza della

stica, rilevando sul piano della responsabilità: si afferma così che (p. 263) “le ragioni del potere possono andare contro le ragioni delle regole del diritto comune”, ma “la logica della correttezza, cruda e secca, non vale nelle regole di legittimità”. Anche S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento*, cit., pp. 26 ss. e 275 ss., nel configurare una situazione giuridica qualificata e autonoma, la distacca dalla legittimità, e la ricollega alla responsabilità per violazione di regole di correttezza, o comunque alla tutela attraverso un indennizzo. Ancora, M.C. CAVALLARO, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 131 ss., ritiene che se la buona fede introduce un interesse da bilanciare, il quale può quindi risultare soccombente nella concreta definizione dell'interesse pubblico, si è lontani dal configurare la figura in questione come parametro di legittimità amministrativa; essa rileverebbe però, comunque, come fonte di responsabilità della P.A. Come canone dal quale si possono ricavare regole di condotta la cui violazione può fondare la responsabilità della P.A. pure S. CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimentale della P.A.*, *ivi*, p. 91 ss. Si veda poi M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 715 ss.; ID., *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 59 ss., secondo cui la buona fede, se è mai stata regola di validità degli atti di secondo grado, oggi non lo è comunque più, perché i relativi limiti sono transitati nel diritto positivo; né essa è idonea ad estendere il contenuto dell'eccesso di potere (cfr. la critica a L. Lorenzoni di cui subito sopra, in nota); la buona fede può invece essere considerata quale regola di condotta, sanzionata con la responsabilità, in violazione dell'obbligo di agire correttamente, idoneo ad assumere un'autonoma rilevanza nell'accezione del divieto di *venire contra factum proprium*.

Sulla problematica in esame, cfr. inoltre, in via generale, V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p. 247 ss.; nonché L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 227 ss.

42 L'ipotesi è quella che si ritrova rispetto all'affidamento del privato, ingenerato da uno specifico comportamento dell'Amministrazione, sulla validità di un atto favorevole, poi annullato in via giurisdizionale o d'ufficio, giuridicamente tutelato sin tanto che non si ravvisino elementi impeditivi in tal senso (manifesta insussistenza della pretesa originaria, ovvero finanche mala fede del privato nella relativa prospettazione, ecc.): sul punto, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 19 del 29 novembre 2021, su un permesso a costruire annullato in via giurisdizionale; con particolare riferimento all'ipotesi di affidamento circa la conclusione del contratto, anche prima dell'aggiudicazione e a prescindere dalla legittimità degli atti amministrativi adottati, in relazione alla responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 5 del 4 maggio 2018 (su cui si vedano, tra gli altri, G.D. COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1983 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1555 ss.; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*, cit., p. 53 ss.); ad. plen., n. 21 del 29 novembre 2021. In dottrina si veda, oltre alle opere diffusamente richiamate in nota, G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, p.

buona fede nel diritto amministrativo, recupera nella sostanza il primo, portandolo alle sue estreme conseguenze. La ricostruzione indicata, infatti, sarebbe volta non a considerare la buona fede come aggiuntiva ai canoni pubblicistici dell'azione amministrativa; ma a risolvere questi ultimi, essenzialmente, nella prima, alla quale eventualmente possono essere accompagnati, da parte del diritto positivo, ulteriori regole specifiche, che della medesima correttezza rappresentano espressione.

La correttezza dell'azione amministrativa, intesa nel paradigma della buona fede oggettiva, costituirebbe quindi, per tale via, ciò che caratterizza l'intero modulo della funzione amministrativa, depurato, in questo senso, dall'ottica della funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico⁴³. La stessa di-

303 ss.; ID., *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, p. 1529 ss.; da ultimo anche R. CAROCCIA, *Risarcimento dell'interesse legittimo. Chance, tutela dell'affidamento e regole di validità e responsabilità*, Torino, 2022, p. 107 ss.

43 È la prospettazione che, all'interno della Scuola fiorentina, si ritrova in particolare in C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. p. 176 ss., per cui, nel rapporto pretesa-obbligo determinato dai vincoli all'azione amministrativa (cfr. *supra*, par. 1, nel testo e in nota), le regole, a cui l'Amministrazione deve rapportarsi, e rispetto alle quali il privato vanta, nei confronti di essa, una pretesa in senso proprio, sono state oggetto di una specifica individuazione, volta a depurarle da ogni substrato proprio della struttura pubblicistica: esse consisterebbero nelle prescrizioni normative determinate che disciplinano l'azione amministrativa; nelle clausole generali a questa applicabili, essenzialmente risolte nella buona fede e correttezza, e nei principi speciali dell'attività amministrativa di imparzialità e buon andamento; nella norma di fine, laddove, come nel caso del potere amministrativo, è prescritto che l'atto di esercizio del potere sia volto al perseguimento di una particolare finalità. Il vincolo del fine (pp. 223 ss. e 240 ss.) rileva quindi solo sotto un profilo esterno, relativo alla possibilità di ricondurre l'interesse pubblico concretamente perseguito con il provvedimento all'interesse astrattamente assunto dalla norma che il fine ha attribuito: l'esame di tale rapporto di continenza rivela soltanto se è stato perseguito un fine differente, non come tale fine è stato perseguito (si è nell'ambito di ciò che viene tradizionalmente definito sviamento di potere). I limiti ulteriori (p. 251 ss.), riferibili alle modalità attraverso le quali il potere deve essere esercitato, compresa la ponderazione degli interessi al fine di determinare l'interesse pubblico concreto, possono rilevare, se non come violazione di norme determinate, attraverso la violazione di clausole generali, essenzialmente rappresentate dalla buona fede e dalla correttezza, ma anche (p. 334 ss.) ascrivibili a principi speciali dell'azione amministrativa (imparzialità e buon andamento: questi ultimi in parte rilevano *sub specie* di buona fede, in parte autonomamente, ma in ogni caso mantengono la struttura di norma di relazione). Rispetto a tali prescrizioni, si aggiunge, è assente la prospettiva della funzionalizzazione, in quanto l'interesse pubblico viene preso in considerazione, come detto, solo sotto un profilo esterno, o in ragione della non conformità dell'interesse nel caso concreto a quello astratto previsto dalla relativa norma (sviamento di potere), o in relazione alla violazione di una clausola generale neutrale rispetto a detto interesse. All'esterno di tali regole, e quindi del rapporto, si situa invece ciò che attiene alla scelta discrezionale in senso proprio, rispetto alla quale non si configura alcun vincolo, essendo stati ascritti, quelli relativi alla funzione, all'ambito delle regole: in questi termini, secondo la generale impostazione fiorentina, l'area esterna rispetto alle re-

disciplina procedurale non sarebbe nient'altro che una forma di esplicazione di tale canone, o comunque di canoni puntuali collegati alle peculiari declinazioni del potere pubblico nel caso concreto, ma sempre leggibili nell'ambito di un rapporto sostanzialistico tra P.A. e privato⁴⁴.

L'esercizio, da parte dell'Amministrazione, della discrezionalità ad essa conferita – o, più correttamente, in quest'ottica, della autonomia di cui normativamente gode – e la correlata responsabilità nella relativa azione, atterrebbe, a sua volta, alla generale correttezza oggettiva dell'esecuzione del rapporto⁴⁵, per

gole è l'area di libera scelta riservata all'Amministrazione (il merito, insindacabile in sede giudiziaria), che le deriva dalla sua posizione istituzionale, con una totale risoluzione della discrezionalità nel merito (cfr. quanto detto *supra*, par. 1, e in nota i relativi riferimenti).

44 Si veda quanto detto *supra*, par. 1.

45 Poiché l'area della discrezionalità, corrispondendo all'assenza di regole, sarebbe estranea a qualsiasi funzionalizzazione degli interessi coinvolti, si è infatti potuti ulteriormente pervenire, sviluppando la ricostruzione descritta subito sopra, in nota, alla completa estromissione delle categorie di validità proprie del diritto amministrativo (l'eccesso di potere), in favore di un modello di sindacato basato sulle regole del rapporto, sul presupposto che soltanto il secondo sia idoneo a costituire un canone di valutazione della validità dell'atto amministrativo (e in generale della correttezza dell'azione della P.A.) che non passi attraverso la funzionalizzazione all'interesse pubblico: in questo senso C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. pp. XI ss., 3 ss., 161 ss. e 223 ss., la quale ha criticato la figura dell'eccesso di potere, in quanto configurato come forma di invalidità volta ad improntare, quale vizio della funzione amministrativa, la categoria dell'illegittimità dell'atto all'interesse pubblico, cioè all'interesse di una delle parti. Per tale via, si è proposto, allora, un modello di sindacato mutuato su quello proprio dei poteri privati, il quale utilizzerebbe un canone neutrale rispetto agli interessi in gioco, quello, appunto, delle clausole generali di buona fede e correttezza (p. 259 ss.), che è specificato (non già assumendo il punto di vista del soggetto privato che ha esercitato il potere, ma) utilizzando uno standard di accettabilità della condotta derivante da una ragionevole coscienza comune, attraverso il quale si perviene alla creazione di diritti soggettivi ad un comportamento corretto. Si è così pervenuti, nella maniera descritta, alla compiuta elaborazione di un canone *prettamente sostanziale* dell'azione amministrativa. Cfr. anche ID., *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, p. 131 ss.; ID., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, p. 63 ss.

Una prospettiva simile, pur con riferimento al regime del potere privato (pubblico privatizzato) in rapporto con quello del potere pubblico, si ritrova in A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, p. 5 ss., spec. pp. 125 ss., 196 ss., 217 ss. e 243 ss., ove si effettua una comparazione prendendo in considerazione in proposito il potere, oggetto di privatizzazione, concernente il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. Si configurano in tal modo due modelli di sindacato giurisdizionale: il primo è quello tradizionale pubblicistico, che fa riferimento al potere unitariamente considerato, e si effettua mediante il vizio di eccesso di potere; il secondo è quello che si riscontra in ambito privatistico, per cui la disciplina a cui il potere è soggetto va ad individuare la consistenza di una pretesa garantita alla parte, e il sindacato ha ad oggetto l'accertamento della situazione di diritto così ricostruita secondo la tutela configuratene dall'ordinamento. In questa seconda evenienza, la funzionalizzazione può trovare riscontro solo indirettamente, come viola-

come diretto all'attuazione della *chance* legale conferita dall'ordinamento normativo nell'esercizio del potere⁴⁶.

In tale prospettiva, risulta possibile ricavare anche un valore (non tanto aggiuntivo, quanto) più specifico della buona fede come regola di validità, ulteriore rispetto a quello generale, e correlato alla sua espressione in termini di affidamento. Si è affermato, infatti, che l'affidamento che il privato ripone nelle rassicurazioni fornite al soggetto pubblico sull'esercizio del potere discrezionale, purché esplicite, puntuali e concordanti, sia idoneo a vincolare il riesercizio del potere amministrativo (e finanche l'esercizio dei poteri di secondo grado), in termini di invalidità dell'atto contrario⁴⁷.

zione di clausole generali quali correttezza e buona fede, che nella disciplina dell'esercizio del potere si inseriscono. In generale, si aggiunge, poi, come (pp. 254 ss. e 277 ss.) la considerazione del potere attraverso il prisma privatistico del rapporto e delle situazioni giuridiche che ad esso fanno riferimento sia un aspetto che può interessare anche l'evoluzione dei rapporti amministrativi in senso proprio.

Differente l'analisi di G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, *passim*, il quale, dopo aver considerato che il carattere discrezionale del potere amministrativo non avrebbe implicazioni dirette sui limiti di esercizio di tale potere e sul relativo modello di sindacato, e che la concezione dell'autonomia privata si sia evoluta nel senso di far ritenere sotto taluni profili ammissibile un sindacato del giudice anche sull'equilibrio degli interessi delle parti all'interno del rapporto, afferma che tra poteri privati e poteri pubblici non sarebbe ravvisabile una diversità strutturale, cosicché le differenze deriverebbero semplicemente da quanto stabilito nella concreta disciplina di riferimento: si dovrebbe quindi riconoscere uno statuto unitario del potere, essendo indifferente, ai fini dell'individuazione dei limiti ad esso inerenti, che la scelta si svolga in un ambito di discrezionalità o di autonomia.

46 Nel senso considerato da L. Ferrara, su cui *supra*, par. 1, nel testo e in nota.

47 Si veda in proposito, all'interno dello stesso filone dottrinale richiamato, G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, p. 183 ss., configura l'esistenza di una preclusione all'esercizio in un senso particolare della discrezionalità, che provenga dall'affidamento ingenerato nei confronti del privato in ordine a tale profilo. In particolare, secondo l'A., con riferimento all'illegittimità dell'originario provvedimento, la correttezza, che viene in questione, sarebbe quella propria dell'ordinario interesse legittimo, inteso appunto nell'ottica fiorentina. Rispetto ad essa, dovrebbe riconoscersi invece all'affidamento, collegato al principio di buona fede, la fonte di un'obbligazione accessoria ed eventuale collegata allo stesso interesse legittimo (sempre inteso nel senso della Scuola fiorentina, quale pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole): detta obbligazione si correlerebbe alla rilevanza che la buona fede, nei rapporti amministrativi, può trasporre dal piano del comportamento al piano della validità, per tale via risultando idonea, si assume, a vincolare la P.A. nella sua successiva spendita della discrezionalità (propria, a fronte di un potere astrattamente discrezionale, dell'attuazione dell'interesse legittimo, dell'attuazione, cioè, della possibilità normativa del risultato favorevole). In tale prospettiva, il vincolo in questione maturerebbe qualora si siano fornite al privato, sull'esercizio del potere discrezionale, rassicurazioni che si presentino esplicite, precise, puntuali e concordanti, nonché provenienti da una fonte affidabile, e non scaturenti dal mero contatto informale con un funzionario (in questo senso, esse sarebbero essenzialmente ascrivibili ad autovincoli posti

2.1 Critica al valore della buona fede come regola interna della funzione

La rilevanza della buona fede in ordine all'azione amministrativa, e la possibilità che essa integri una norma di validità dell'atto che dal suo esercizio scaturisce, risiede, essenzialmente, nella considerazione che si assume del modello di produzione corrispondente alla funzione amministrativa, per come idoneo a trovare riscontro nel nostro ordinamento positivo. La tesi, da ultimo rappresentata, che nella correttezza dell'azione, quantomeno in via di principio riguardabile attraverso il prisma della buona fede, risolve l'intera azione amministrativa, si pone in questa chiave di lettura, non riconoscendo al modulo di

dalla P.A., purché questi siano riferiti ad uno specifico procedimento concreto, nel rapporto rivolto ad un singolo privato, esprimendosi attraverso l'adozione di un atto endoprocedimentale; e non assumano invece carattere generale e/o di predeterminazione in senso proprio, come tali estranei all'affidamento); ciò laddove, ovviamente, un interesse legittimo (la possibilità normativa del risultato favorevole) sia in concreto sussistente in capo al privato stesso (sia, cioè, rispetto all'interessato, integrata la componente fattuale, riferibile agli elementi vincolati afferenti al potere, correlata ad una posizione individuale normativamente garantita); e non vi sia stato inoltre, da parte di questi, un comportamento scorretto idoneo a determinare la formazione dell'affidamento, che andrebbe ad integrare, a sua volta, una violazione della buona fede, in tal caso del privato nei confronti dell'Amministrazione, ostativa ad un affidamento incolpevole.

In giurisprudenza, si può vedere invece Cons. St., sez. VI, n. 1321 del 25 febbraio 2019, annotata da S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1172 ss.; F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, *ivi*, p. 1236 ss. La pronuncia in questione ha infatti prospettato la tesi dell'esaurimento del potere a seguito di suoi plurimi esercizi errati, determinato dall'insanabile frattura del rapporto di fiducia dovuto all'agire reiteratamente capzioso, critico e contraddittorio dell'Amministrazione. In particolare, nel caso di specie, a fronte della reiterazione di plurimi dinieghi di abilitazione scientifica nazionale, si è ritenuto che la commissione giudicante, pur non violando il giudicato, in sé limitato al divieto di non ripetere l'errore motivazionale in cui era incorsa la commissione precedente, fosse pervenuta, nei diversi atti di riesercizio del potere, sempre in senso negativo, a giudizi tra loro contraddittori. In tale prospettiva, si è allora sostenuto, sarebbe stata integrata un'azione lesiva del canone di buona amministrazione e dell'affidamento del privato, che avrebbe portato allo svuotamento della discrezionalità amministrativa nel caso di specie, con possibilità di ottenere direttamente davanti al giudice, in via sostitutiva, l'utilità finale auspicata, corrispondente alla produzione dell'effetto abilitativo favorevole.

La risoluzione dell'azione amministrativa in una prospettiva prettamente sostanzialistica potrebbe poi, a ben vedere, consentire di ricondurre alla violazione della buona fede anche il fondamento di preclusioni nei confronti del privato, in ordine all'esercizio di poteri procedurali e/o alla successiva impugnazione dell'atto. In proposito, per la considerazione del rapporto tra buona fede e posizione del privato quale idoneo a giustificare un'incisione sotto un profilo preclusivo, o comunque sotto quello relativo alla validità dell'atto, si può vedere, in particolare, S. TORRICELLI, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 29 ss.

esercizio della funzione valore in sé normativamente differente da quello proprio di ogni altro operatore sostanziale dell'ordinamento.

Ora, a noi pare che quanto sostenuto da quest'ultima impostazione non possa dirsi condivisibile, in ragione del differente rilievo che, in questo senso, deve essere conferito alla declinazione del modello strutturale della funzione. Viene in rilievo, in proposito, quanto ricordato all'inizio della nostra trattazione in ordine alla contrapposizione tra considerazione prettamente sostanziale e considerazione procedurale dell'agire amministrativo, e, di conseguenza, la correlazione che assume, in tali prospettive, il rapporto tra dato teleologico e dato strutturale della funzione.

Volendo meglio specificare la nostra posizione, si può partire dalla considerazione per cui, a nostro avviso, la concretizzazione dell'ordinamento attraverso l'esercizio di un potere (privato o amministrativo) può in via generale sempre considerarsi espressione dell'attuazione di un valore, che avviene attraverso la produzione della situazione effettuale a cui è funzionale la stessa situazione giuridica di potere a cui si fa riferimento. Il valore, a sua volta, promana dal nucleo assiologico idoneo a sorreggere l'ordinamento: in questo senso, l'esplicarsi di quest'ultimo porta con sé, nell'intrinseca essenza della propria giuridicità, il suo fondamento valoriale, che pervade così l'intera dimensione normativa.

L'ordinamento non conosce, in questa prospettiva, un'interruzione di giuridicità nella sua attuazione; anche la partecipazione alla definizione del valore da attuare, quando ammessa in ragione della presenza di un elemento teleologico non compiutamente determinato, si muove nell'ambito del quadro giuridico di riferimento, e del correlato contesto assiologico. Tuttavia, all'interno dello stesso ordinamento, è possibile riscontrare differenti modelli strutturali attraverso cui la sua attuazione avviene.

Si deve in proposito considerare che, nell'ambito della dinamica giuridica, il ruolo degli operatori si esprime attraverso varie modalità: nel valutare la rile-

vanza di un determinato complesso di fatti in relazione ad un valore che deve trovare attuazione; nell'attuare un determinato valore, ponendo in essere un determinato effetto; nel partecipare alla determinazione del valore da attuare, che a sua volta si inserisce all'interno della generale dimensione assiologica dell'ordinamento. Il modello strutturale attraverso cui ciò avviene dipende essenzialmente dalla rilevanza giuridica che viene assegnata al momento di esplicazione dell'attività corrispondente.

Tale aspetto assume rilevanza per quanto concerne la definizione del profilo teleologico afferente al potere. Un siffatto profilo è sempre presente, in ragione di quanto rappresentato: nello specifico, la norma può espressamente prendere in considerazione il fine da perseguire per la valutazione di validità dell'esercizio del potere, in senso positivo o negativo (si deve/non si deve perseguire un determinato fine), oppure, detto fine può rilevare indirettamente dal rispetto delle clausole generali e delle regole puntuali stabilite per il suo esercizio. La presenza di un margine di scelta, afferente a tale profilo, comporta la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, e si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione, come detto. In questo senso, se il potere non è vincolato, esso porta sempre con sé la necessità di specificazione del profilo teleologico di cui è partecipe.

Ciò, tuttavia, non significa che la determinazione del fine da perseguire sia in ogni caso direttamente rilevante, e che si debba quindi accedere necessariamente ad un'ottica di funzionalizzazione, intesa nel senso precedentemente descritto. In altri termini, perché l'elaborazione del criterio di preferenza possa assumere rilievo *in via autonoma e diretta*, possa, cioè, rilevare in quanto tale in sé e per sé, non è sufficiente che l'ordinamento riconosca la giuridica rilevanza del margine di scelta sotto il profilo teleologico, nel senso già chiarito. È altresì necessario che vi sia una specifica considerazione del processo formativo della decisione. L'elaborazione di un criterio di preferenza su base teleologica, che ri-

collegi la qualificazione effettuata dalla norma al momento dispositivo del potere, richiede quindi, per assumere autonomo rilievo giuridico nel senso anzidetto, che la stessa attività decisoria, in cui detto criterio si viene ad inserire, risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali.

Se non vi è, in questo senso, una decisione, se questa, cioè, non rileva giuridicamente come tale, neppure vi sono spazi per dare rilevanza, in via diretta, alla determinazione di un criterio di preferenza che ad essa risulti sotteso. In questa prospettiva, la compiuta definizione del profilo teleologico da parte dell'operatore, l'assunzione, quindi, di un criterio di preferenza, può assumere un rilievo soltanto esterno, estraneo alla funzionalizzazione, nel senso che la determinazione della regola dell'agire attiene ad un profilo di autonomia o libertà di scelta, e il rilievo ad essa attribuito è solo quello, indiretto, che deriva (esplicitamente) dalla norma che pone un vincolo sul fine o (implicitamente) da quelle che comunque hanno ad oggetto clausole generali, come appunto la buona fede.

È, quella appena descritta, appunto la rappresentazione che è stata data da chi, estromettendo il perseguimento del fine dall'ottica della funzionalizzazione, ha fornito una ricostruzione del potere amministrativo corrispondente ad una siffatta declinazione strutturale, in un'ottica, cioè, *prettamente sostanziale*⁴⁸. Tuttavia, concependosi in questo modo il potere amministrativo, si svaluta il rilievo strutturale che ad esso viene invece attribuito dall'ordinamento, in uno con la declinazione del profilo teleologico che all'interno del relativo modello troverebbe riscontro.

La valutazione del modello strutturale della funzione consente, invece, di pervenire ad una differente conclusione.

⁴⁸ Il riferimento è all'impostazione della Scuola fiorentina, e, in particolare, come visto, alla ricostruzione di C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., di cui *supra*, al par. precedente, nn. 43 e 45. In quest'ottica – che è quella che deve seguirsi nell'ipotesi in cui la sostanza del processo decisorio non assuma rilievo giuridico nel senso anzidetto – il profilo teleologico assume quindi valore in relazione alla non sussumibilità dell'interesse concreto perseguito all'interno della categoria dell'interesse pubblico astratto (come, cioè, sviamento di potere in senso stretto), ovvero come violazione di clausole generali o regole specifiche che governano l'esercizio del potere.

Il modello di produzione, che viene in questione in relazione al potere amministrativo, può dirsi essere strutturato nel senso di un processo che incentra la formazione della decisione sull'accertamento⁴⁹. Tale modello assume, infatti, soggettivamente e oggettivamente, i caratteri propri di un processo⁵⁰; di una procedura, cioè, volta ad accertare, nella complessità soggettiva che si esplica attraverso il contraddittorio tra le parti, la sussistenza della/e situazione/i giuridica/he che assurgono ad ipotesi da verificare⁵¹.

49 Sul punto cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 403 e 410 ss.

Sul modello procedimentale amministrativo quale procedura di accertamento, si vedano anche, nelle differenti declinazioni, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. p. 75 ss.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 92 ss.; cfr. pure quanto affermato da A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli*, cit., pp. 121-122, n. 124, riportato *supra*, n. 32.

50 Cfr., su detti caratteri, quanto detto *supra*, par. 1, nel testo e in nota, ove si è rappresentato come, perché vi sia un processo, vi debba essere una procedura che, nella definizione della decisione, consenta ai soggetti nella cui sfera giuridica la decisione stessa dispiegherà i suoi effetti, di partecipare all'attività strutturalmente volta alla verifica dei fatti e alla conseguente definizione del contenuto del relativo atto, senza che il decisore possa obliterare tale attività, pur potendosi discostare dalle relative posizioni, dandone conto.

51 In particolare, sotto il profilo soggettivo (su cui si veda *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 403 ss.; II- 2, cit., p. 20 ss.; nonché *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 34 ss. e 181 ss.; *Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *Pers. amm.*, 2019, ora modificato e con il titolo *Considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, 2021, p. 338 ss.), la circostanza per cui, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, l'autorità decidente deve aprirsi al confronto delle parti e considerare l'attività dell'altra parte intervenuta, sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, consentendo, secondo l'insegnamento processualcivilistico, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo (cfr. *supra*, par. 1, n. 10). L'assenza di una piena pariteticità tra le parti non toglie, infatti, che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente). La presenza di una procedura in contraddittorio (sia pure, in questo senso, non prettamente garantistico, ma collaborativo-garantistico, secondo la terminologia da noi utilizzata nelle opp. citt.) consente quindi, come detto, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo. Può concludersi quindi nel senso che l'azione amministrativa si svolge nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere, e la cui struttura è quella propria di un modello fondato sulla mancanza o sull'incompleta separazione tra l'organo decidente e i contraddittori.

Le conseguenze che, a nostro avviso, devono ricavarsi da tale ricostruzione sono rilevanti sotto vari profili.

In primo luogo, si deve considerare come, nel senso descritto, le situazioni del privato che si rapportano con il potere (qualificabili quindi, secondo la definizione positiva, come interessi legittimi), siano esse rivolte all'utilità a rilievo sostanziale, ovvero ad utilità (prettamente) procedimentali, assumono comunque carattere procedurale, per come interne alla struttura processuale dell'azione amministrativa.

Le situazioni giuridiche soggettive configurabili in capo al privato a fronte della situazione giuridica di potere, così come la stessa situazione di potere, assumono, cioè, la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale. In particolare, l'interesse del soggetto che si rivolge nei confronti dello svolgimento del procedimento individua le situazioni giuridiche *procedurali astratte, prettamente procedimentali*, che si vengono a configurare in relazione al rapporto tra (interesse appunto del) soggetto e norme sulla produzione di carattere formale (esplicazione del contraddittorio, svolgimento delle attività di verifica, requisiti formali dell'atto, ecc.), attinenti agli elementi della fattispecie della situazione effettuale. L'interesse del soggetto che si rivolge alla situazione giuridica di potere (di produzione di un effetto precettivo) che nell'ambito del procedimento si esplica individua, invece, le situazioni *procedurali concrete, a rilievo sostanziale*, che traggono la loro configurazione, e la loro consi-

Sotto invece il profilo oggettivo (*Potere*, I, cit., p. 410 ss.), viene normativamente prevista una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori di cui agli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consenta di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività viene quindi unitariamente considerata quale ascritta ad una verifica in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo. Sul punto, si veda quanto si dirà di seguito, nel testo.

stenza, nel rapporto tra (interesse del) soggetto e norme sostanziali sulla produzione, per come considerate insieme con le prescrizioni procedurali volte alla definizione della modalità deontica dello svolgimento e della conclusione della procedure, e per come rapportate al modello normativo della funzione fatto proprio dal nostro ordinamento⁵².

In tale scenario, la stessa azione procedimentale amministrativa, quale agire rivolto alla decisione, viene dunque in considerazione nei termini di *comportamento procedurale*⁵³, rispetto al quale le differenti situazioni vengono a rapportarsi, e, con essa, la stessa validità dell'atto (rispettivamente, per ragioni formali o sostanziali).

In secondo luogo, la connotazione della funzione amministrativa quale modello processuale rivolto alla verifica della sussistenza delle condizioni dell'esercizio del potere consente di ascrivere normativamente a tale modello (ad un modello, quindi, fondato sull'accertamento) l'intera struttura della funzione.

La circostanza per cui, infatti, nel processo formativo della decisione, l'attività decisoria risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali, si deve ritenere rappresentare una precisa scelta di valore da parte dell'ordinamento, relativa all'esplicazione della dinamica della produzione. Tale scelta di valore ha conseguenze in ordine all'emersione del profilo teleolo-

⁵² Sulle due tipologie di situazioni cfr., più nello specifico, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 408 ss., e II-2, cit., p. 11 ss.

⁵³ Sulla considerazione, in senso corrispondente, del comportamento amministrativo, si veda in proposito E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, *passim*, spec. p. 222 ss., che rispetto alla categoria di comportamento tradizionalmente utilizzata nel diritto amministrativo, quale contrapposta all'atto, propone l'utilizzo della relativa categoria mutuata dalla teoria generale, quale idonea a ricomprendere dell'intera gamma dell'azione amministrativa, compreso quindi, eventualmente, anche il provvedimento. Ci si situa, in questo modo, nell'ottica fatta propria da A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 209 ss., spec. pp. 220-221, per cui la sempre più ampia funzionalizzazione dell'azione amministrativa conseguente allo sviluppo del procedimento ha condotto "all'offuscamento prima ed all'obsolescenza poi della distinzione "materiale" tra atto e comportamento, mettendo in crisi la stessa traducibilità (di una parte almeno) dell'azione amministrativa nei termini propri dell'atto giuridico, e determinando quindi la tendenziale confluenza delle forme giuridiche di tale azione all'interno di una nozione ampia e omnicomprensiva di comportamento".

gico a cui il potere (ogni potere) è rivolto, nel senso che tale profilo, e l'eventuale elaborazione di un criterio di preferenza che si accompagna alla sussistenza di discrezionalità nella sua definizione, risulta idoneo, per tale via, ad assumere rilievo, secondo quanto in precedenza spiegato, in via autonoma e diretta⁵⁴.

Il profilo descritto assume rilevanza in quanto, nel momento in cui risulta possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verifica del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale riceve rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, si deve allora ritenere che anche le ulteriori attività valutative, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, devono essere ascritte a tale modello strutturale, in ragione della compresenza, accanto al valore sostanziale di definizione della scelta in ordine alla definizione della regola di preferenza, di quello procedurale proprio del modello strutturale della determinazione stessa⁵⁵. Ne consegue, accedendosi a tale ricostruzione, che deve scindersi l'operatività della regola di preferenza discrezionale sul piano sostanziale e su quello procedurale, giacché, rispetto a quest'ultimo, la regola in questione si deve considerare già normativamente esistente⁵⁶. In tal modo, sen-

54 Cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 443 ss.

55 In presenza di un profilo che comporta la necessità di definizione discrezionale del profilo teleologico ai fini dell'esercizio del potere (di un profilo, cioè, che l'ordinamento ritiene di dover considerare quale partecipazione, da parte dell'operatore, alla definizione del valore da attuare, e non semplicemente come attuazione di un valore considerato già normativamente definito), la previsione di un modello strutturale di accertamento non potrebbe, infatti, richiamarsi al fine di fornire una descrizione logica del modello decisorio: la definizione di una regola di preferenza tra interessi, che esprime un vincolo deontico tra una determinata qualificazione dei presupposti e una determinata situazione effettuale ipoteticamente stabilita (ovvero tra differenti qualificazioni dei presupposti e una pluralità di situazioni effettuali, tra quelle ipoteticamente previste in maniera più o meno definita dalla norma), non si lascerebbe, in questo senso, ricondurre al fenomeno della qualificazione normativa, e quindi ad un modulo di accertamento. Il modello strutturale in questione risulta, però, idoneo a rilevare in altro senso, quale valore giuridico che l'ordinamento pone in ordine alla considerazione di una modalità di produzione del diritto, idoneo a scindere, sotto tale profilo, il piano di rilevanza giuridica sostanziale da quello procedurale: la conseguenza, come detto di seguito, nel testo e alla nota successiva, è che la definizione, non ancora effettuata, della regola di preferenza, pur comportando che detta regola non sussista ancora nella realtà sostanziale, comporta pure che la regola in questione venga ad essere normativamente considerata come già operativa sul piano procedurale; in questo modo, il modello procedurale, e la relativa attività, possono essere unitariamente considerati quale espressione di un modulo processuale di accertamento. Si veda, in proposito, *Potere*, I, cit., p. 446 ss.

56 Cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 450 ss.; *Riflessioni su potere e situazioni soggettive*, cit., p. 479 ss.; *Dialogo sul potere*, cit., p. 261 ss. Nella prospettiva rappresentata, nel momento in cui il

za disattendere l'attribuzione discrezionale dell'Amministrazione, che permane sul piano sostanziale, è possibile configurare la situazione a rilievo sostanziale (procedurale concreta) quale pretesa rivolta all'utilità finale (alla produzione o alla non produzione dell'effetto), che come tale può porsi ad oggetto del giudizio, ed essere accertata del giudice a fronte dell'esaurimento della discrezionalità (esaurimento che, in ragione di tale ricostruzione, potrebbe avvenire anche in via processuale)⁵⁷.

Ora, una volta assunta questa visione del modello di produzione proprio della funzione amministrativa, e ammesse, in tutto o quantomeno in parte, le conseguenze che dalla stessa derivano in ordine alla caratterizzazione delle situazioni soggettive e all'atto di esercizio del relativo potere (ammesse, cioè, quantomeno in relazione al primo dei due profili, sulla consistenza procedurale dell'azione amministrativa), diviene evidente come non soltanto debba essere esclusa la riduzione dell'agire amministrativo ai canoni prettamente sostanzialistici poco sopra rappresentati; ma neppure possa assumersi un'ottica intermedia, tale per cui buona fede e correttezza potrebbero comunque andare ad integrare la fattispecie di invalidità del provvedimento. Tali canoni, infatti, rivolgendosi, per definizione, all'attività dell'Amministrazione considerata nella sua valenza prettamente sostanziale, non incidono sulla conformità procedurale

modello procedurale descritto si esprime nel senso di una considerazione normativa della relativa attività, complessivamente intesa, quale improntata sull'accertamento, si dovrebbe allora ritenere sussistente un'equiparazione normativa — rivolta, si badi, unicamente al piano procedurale — tale per cui l'attività di ponderazione degli interessi in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza verrebbe normativamente ascritta, appunto sotto il profilo procedurale, a quella di verifica dei fatti in ordine all'integrazione della fattispecie. Tale equiparazione procedurale si verificherebbe, come detto, in quanto l'ordinamento, nel porre il modello strutturale di accertamento quale modalità di esercizio del potere, ha effettuato una precisa scelta di valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere stesso, fondando su di esse il profilo dinamico afferente al potere. La scelta di valore effettuata dall'ordinamento sarebbe, cioè, idonea a scindere, sotto tale profilo, il piano di rilevanza giuridica sostanziale da quello procedurale: con la conseguenza, come già rappresentato alla nota precedente, che la regola di preferenza, pur non sussistendo ancora nella realtà sostanziale, viene ad essere normativamente considerata come già operativa sul piano procedurale. In questo senso, dunque, il modello procedurale, e la relativa attività, vengono ad essere unitariamente considerati quale espressione di un modulo processuale di accertamento.

⁵⁷ *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 456 e 521 ss.; II-1, cit., p. 211 ss.; *Riflessioni su potere e situazioni soggettive*, cit., pp. 487 ss. e 498 ss.; *Dialogo sul potere*, cit., pp. 268 e 277 ss.

dell'azione amministrativa, che è il dato a cui si rapportano le situazioni giuridiche inerenti alla validità dell'atto (a rilievo sostanziale o prettamente procedurali).

Le conclusioni effettuate risultano suffragate, del resto, dalla considerazione delle stesse posizioni che, nel diritto amministrativo, si sono espresse su buona fede e correttezza, e sulla correlata tutela dell'affidamento, nelle varie declinazioni intervenute. Secondo quanto visto al paragrafo precedente, infatti, la buona fede non è riuscita ad assumere un effettivo rilievo autonomo sotto il profilo della legittimità dell'atto.

Il vero è che, una volta ammessa una serie di parametri, quali principi o regole specificamente costitutivi della situazione procedurale, non possono poi, questi, essere doppiati attraverso un parametro ulteriore di matrice prettamente sostanzialistica, salvo non risolvere in quest'ultimo, in tutto o in parte, la stessa serie di principi e regole, che però, per tale via, vedrebbero svalutato il loro carattere procedurale. L'utilizzo, allora, che può riscontrarsi anche da parte della giurisprudenza, della buona fede e della correttezza, al fine di sancire, nell'ipotesi della loro violazione, l'illegittimità di un provvedimento, è operazione che o si risolve in una mera tecnica argomentativa, per cui il provvedimento risulterebbe illegittimo a norma degli stessi parametri che tradizionalmente regolano l'attività amministrativa; oppure non può essere condivisa, in quanto presupporrebbe una completa svalutazione del valore del piano strutturale della funzione, finendo per comportare l'adesione a quell'impostazione che risolve nella dimensione della correttezza l'intero rapporto amministrativo. Negata, per i motivi rappresentati, tale assimilazione, si espunge il parametro della buona fede e della correttezza dalle regole interne della funzione e di validità del provvedimento⁵⁸.

58 Né la buona fede potrebbe, nel medesimo senso, portare ad una preclusione al riesercizio del potere che si fondasse sulla sua violazione, attenendo, detta preclusione, al medesimo piano di validità dell'atto. Non si condivide, quindi, la sent. Cons. St., sez. VI, n. 1321 del 25 febbraio 2019, richiamata *supra*, par. 2, n. 47 (e già oggetto di critica da parte nostra in *Potere es situazioni soggettive*, I, cit., p. 376 ss.), che, invece, si è espressa in questo senso. Né può aderirsi a quanto sostenuto da G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 183 ss., pure richiamata sopra, ivi, in

2.2 La buona fede come regola dell'agire amministrativo esterna al piano di rilevanza proprio della funzione. Le situazioni giuridiche prettamente sostanziali come situazioni residuali

La rappresentazione delle situazioni di ordine procedurale, che si pongono in relazione al potere amministrativo, ha portato dunque a distinguere situazioni di carattere concreto, a rilievo sostanziale, rispetto alle quali l'interesse si appunta sulla produzione o meno dell'effetto attraverso l'esercizio del potere; e situazioni di carattere astratto, appunto prettamente procedurali, ove l'interesse ha riguardo del corretto svolgimento della funzione. Il carattere procedurale delle situazioni, anche per quelle a rilievo sostanziale, deriva dal modello normativo proprio della realtà strutturale che connota la funzione amministrativa, come si è avuto modo di spiegare poco sopra. Corrispondentemente, il comportamento, attuativo o lesivo delle differenti situazioni, per il contesto struttu-

merito all'esistenza di una preclusione all'esercizio in un senso particolare della discrezionalità, che provenga dall'affidamento ingenerato nei confronti del privato in ordine a tale profilo. In particolare, rispetto a quest'ultima impostazione, pur configurandosi, come detto, l'affidamento su una base procedurale, questa viene intesa, e ridotta, ad una visione prettamente sostanzialistica (secondo l'impostazione generale propria del filone dottrinale in questione): la preclusione proposta si fonderebbe, infatti, su un elemento alquanto limitato e parziale (oltre che piuttosto altalenante e incerto), quale le rassicurazioni sul punto fornite dalla P.A.; vengono così in rilievo, sì, gli atti endoprocedimentali, ma nella loro possibilità di fornire rassicurazioni al privato, con le incertezze che da ciò conseguono sotto il profilo interpretativo e applicativo; mentre, rispetto a tali atti, parrebbe maggiormente corretto riconoscere un effetto di vincolo di natura essa stessa procedurale, quale vincolo, cioè, funzionalmente collegato alla verifica del rapporto tra realtà normativa e realtà fattuale nella contestuale staticizzazione dell'elemento discrezionale della fattispecie, e riconducibile, in sé, alla generale disciplina dell'efficacia propria degli atti amministrativi (come da parte nostra si è ritenuto di dover fare, e nei termini in cui si è reputato di dovervi riferire, attraverso il riconoscimento di un effetto di accertamento all'atto amministrativo: cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 495 ss.). Il rischio, aderendosi alla tesi in esame, è, in effetti, quello per cui, in ragione del dato prettamente sostanzialistico da cui viene a muoversi, si finisca per dare rilievo ad un elemento strutturalmente considerato in modo potenzialmente ondivago, e soprattutto estraneo (non alla generale correttezza dell'azione amministrativa, nel senso che parte nostra si verrà a descrivere, ma, questo sì) al ruolo procedurale di definizione della scelta amministrativa; ciò che verrebbe a snaturare, nella maniera rappresentata, una procedura avente un valore decisivo normativamente definito nel senso dell'accertamento, in ordine alla determinazione della sussistenza o insussistenza della situazione di potere da esercitare.

Allo stesso modo, la negazione della risoluzione dell'azione amministrativa in una prospettiva prettamente sostanzialistica, per come spiegata, è ciò che impedirebbe di ricondurre alla violazione della buona fede il fondamento di preclusioni anche nei confronti del privato, nell'esercizio di poteri procedimentali e/o nella successiva impugnazione dell'atto: cfr., per questa possibilità, ancora *supra*, par. 2, n. 47.

rale della funzione all'interno del quale si inserisce, assume un carattere che si è definito, anch'esso, *procedurale*: il profilo che viene in evidenza è infatti quello che trova svolgimento in relazione al procedimento. Ciò comporta una differenziazione in ordine al carattere strutturale di tali situazioni, e, si assume, finanche della loro consistenza, in ragione della possibilità di considerare la discrezionalità nella sua rilevanza normativa procedurale.

Il generale rilievo procedurale del comportamento, nei termini appena descritti, non esclude però che il comportamento stesso possa rilevare anche a prescindere da tale sua dimensione, in un'ottica, cioè, *prettamente sostanziale*, ove possa trovare rilievo il canone della buona fede.

Si deve infatti ricordare che le considerazioni svolte non conseguono all'adesione ad una presunta impermeabilità del potere pubblicistico a principi di natura privatistica, e quindi all'argomento tradizionale della funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento del pubblico interesse. L'impossibilità di accedere alla rappresentazione criticata deriva invece, lo si è detto, dal rilievo della funzionalizzazione sotto il profilo strutturale, dalla circostanza, cioè, per cui, opinando nel senso che qui non si condivide, si avrebbe una svalutazione, e un appiattimento su una dimensione prettamente sostanzialistica, della struttura normativa della funzione, per come incentrata su un modello processuale.

La ricostruzione da noi effettuata in ordine alle situazioni giuridiche inerenti al potere amministrativo non esclude, allora, il rilievo della buona fede. Ciò che si è invece escluso, lo si è spiegato, è che tale dimensione possa qualificare l'essenza relazionale della funzione, e conseguentemente la relativa gamma di situazioni giuridiche, all'interno della vicenda che coinvolge Amministrazione e privato/i. La struttura procedurale della funzione che connota il potere amministrativo, in ragione delle caratteristiche che hanno consentito di indentificarla come modello processuale di accertamento, attrae infatti a sé le relative situazioni giuridiche, conformandone i caratteri e finanche la struttura. In que-

sto quadro, in ogni caso, cioè, in cui il potere si inserisca in una siffatta dimensione procedurale, il carattere prettamente sostanziale del comportamento può allora assumere rilievo, ma in una portata soltanto *esterna* al piano proprio della struttura normativa della funzione, e come tale *residuale* rispetto alle situazioni giuridiche che invece possono essere ricondotte alla dimensione procedurale (astratta o concreta), riferendosi appunto ai casi in cui, non essendo ravvisabile la lesione di una di tali situazioni, si sia comunque in presenza di una violazione degli obblighi di buona fede e correttezza. Opinare il contrario, riducendo, conseguentemente, il rapporto tra P.A. e privato/i al suo rilievo all'interno dei canoni indicati (al limite, insieme ad altri canoni più specifici, ma comunque improntati ad un'ottica prettamente sostanzialistica), comporterebbe invece, lo si ripete ancora una volta, un appiattimento della dimensione procedurale su quella sostanziale, contrario al modello strutturale normativamente espresso da una tipologia di funzione quale quella amministrativa⁵⁹.

Nel senso rappresentato, è dunque possibile configurare situazioni prettamente sostanziali, ove il comportamento dell'Amministrazione potrebbe assumere considerazione alla luce dei canoni di buona fede e correttezza, di rilevanza soltanto esterna rispetto al rilievo strutturale della funzione, e quindi residuale rispetto ai rapporti tra P.A. e privato nell'esercizio del potere amministrativo. È, corrispondentemente, all'evenienza descritta che deve essere rapportata la norma di cui al co. 2 *bis* dell'art. 1, l. n. 241/1990, quando impronta i rapporti di diritto amministrativo ai canoni in questione.

In questo senso, in particolare, risulta possibile individuare la posizione del soggetto, ritenuta rilevante da parte dell'ordinamento, il cui interesse non risulta rivolto né alla produzione dell'effetto sostanziale scaturente dalla situazione di potere che risulta integrata sotto il profilo fattuale, né al rispetto di una garanzia procedurale in sé considerata, integrante una corrispondente situazione giuridica. L'interesse, in questo senso, sarebbe quello all'affidamento in ordi-

⁵⁹ Cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 243 ss. e 384 ss.; II-2, cit., p. 209 ss.

ne alla generale correttezza dell'azione amministrativa, che assume rilevanza in quanto, appunto, non corrispondente all'interesse già oggetto di protezione da parte dell'ordinamento in ragione della sua ascrizione al rapporto procedurale (di carattere astratto o concreto) proprio del potere amministrativo, in relazione alla struttura normativa della relativa funzione.

La considerazione descritta dell'interesse del privato alla correttezza del comportamento della P.A. trova riscontro, essenzialmente, nell'ipotesi in cui l'attività posta in essere abbia ingenerato un affidamento, incolpevole e giuridicamente rilevante, rispetto ad una previa (invalida) produzione di un effetto, corrispondente all'interesse del ricorrente, a cui tuttavia segua, in ragione dell'insussistenza della relativa situazione di potere sostanziale, la (valida) rimozione dell'effetto stesso, nei modi e nei termini in cui ciò è ammesso⁶⁰.

In tale ipotesi, infatti, la posizione protetta del soggetto non potrebbe ricevere rispondenza in una pretesa alla non produzione dell'effetto originario, non corrispondendo, quest'ultima, al suo interesse sostanziale⁶¹. Né essa potrebbe appuntarsi sulla violazione di una norma procedurale, atteso che la lesione non deriva da un'erroneità per come confinata all'ambito procedurale astratto, ma risulta riferita direttamente alla correttezza dell'assetto sostanziale

60 L'ipotesi è quella, già considerata, dell'affidamento del privato ingenerato da uno specifico comportamento dell'Amministrazione, sulla validità di un atto favorevole, poi annullato in via giurisdizionale o d'ufficio, giuridicamente tutelato sin tanto che non si ravvisino elementi impeditivi in tal senso (manifesta insussistenza della pretesa originaria, ovvero finanche mala fede del privato nella relativa prospettazione, ecc.): sul punto, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 19/2021; n. 5/2018; n. 21/2021, citt. *supra*, par. 2, n. 42, con i relativi riferimenti; si veda inoltre la dottrina cit. *ivi*, al medesimo par., in nota.

Non rientra invece nello scenario rappresentato, lo si precisa solo per inciso, l'ipotesi in cui l'effetto sia (validamente) rimosso in forza di una revoca per motivi sopravvenuti. In tale evenienza, infatti, la situazione del privato di pretesa all'effetto sussisteva ed era stata correttamente attuata; non viene in questione, quindi, una lesione da comportamento scorretto e contrario a buona fede dell'Amministrazione, ma soltanto la negazione del mantenimento nel tempo della situazione effettuale, prodotta dall'atto, in ragione dell'intervento di sopravvenienze in proposito rilevanti; in ordine ad essa, in caso di pregiudizio, vale unicamente il disposto di cui all'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990.

61 Non potrebbe neppure, nel caso in cui la rimozione dell'effetto conseguia ad un annullamento d'ufficio, venire in questione una situazione di interesse legittimo corrispondente alla pretesa alla non rimozione dell'effetto, atteso che, assumendosi validamente posto in essere l'annullamento stesso, tale pretesa, pur astrattamente rilevante (è la situazione oppositiva rispetto al potere di autotutela), risulterebbe in concreto insussistente, e quindi infondata nel merito.

posto in essere. Cionondimeno, la produzione dell'effetto sostanziale, generata nell'insussistenza della relativa situazione di potere, lede l'affidamento del soggetto fondato sulla correttezza dell'azione dell'Amministrazione.

La situazione in questione non individua, dunque, una pretesa rivolta all'ottenimento di una decisione inerente, sotto diversi profili, alla funzione, o ad una garanzia procedurale strumentale all'esplicazione di quest'ultima, ma la protezione in ordine all'affidamento, determinato dal comportamento della P.A., su un assetto sostanziale favorevole successivamente rivelatosi scorretto. Essa, quindi, si rapporta in via indiretta alla funzione amministrativa, ponendosi, cioè, rispetto a quest'ultima, sotto un profilo soltanto esterno. Il relativo comportamento concernente l'esercizio del potere amministrativo, conseguentemente, prescinde dal suo rilievo procedurale, per assumere rilevanza su un piano prettamente sostanziale.

Tale ricostruzione delle situazioni giuridiche prettamente sostanziali, nel senso di situazioni aventi rilievo residuale rispetto a quelle di carattere procedurale, può aggiungersi, è propria di tutte quelle ipotesi in cui la struttura normativa della funzione si caratterizzi nel senso da noi individuato. Essa si ritrova, in particolare, anche nel processo giurisdizionale, ove situazioni di carattere prettamente sostanziale devono considerarsi separatamente da quelle procedurali (anche a rilievo sostanziale), come è possibile rinvenire nel fenomeno dell'abuso del processo, da interpretare, quindi, compatibilmente con la rappresentazione appena prospettata⁶².

⁶² In questo senso, si ritiene che l'abuso del processo, quale espressione della lesione della buona fede nell'ambito giurisdizionale, possa essere fonte di responsabilità, ma debba considerarsi inidoneo a dare luogo ad una pronuncia di inammissibilità della domanda proposta. Viene fatta salva, ovviamente, l'ipotesi in cui detta ammissibilità trovi spiegazione in specifiche disposizioni, o su principi processuali differenti; ma, in tal caso, è evidente, il fondamento dell'inammissibilità prescinderebbe dal canone della violazione della correttezza, e riposerebbe direttamente sulla disposizione o sul principio violato (analogamente a quanto si deve ritenere accadere per l'invalidità dell'atto amministrativo comunque riconducibile alla violazione dei parametri procedurali della funzione, secondo quanto spiegato *supra*, nel testo).

In proposito, per un'approfondita considerazione dell'istituto, si rimanda, nelle differenti declinazioni, a V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., III, 1, Torino, 2007, p. 1 ss.; A. DONDI, *Abuso del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Ann., III, Milano, 2010, p. 1 ss.; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, 1, Milano, 2008,

2.3 I rapporti tra le due tipologie di situazioni

La residualità delle situazioni definite come prettamente sostanziali, per come inerenti alla buona fede e alla correttezza, pone poi, a sua volta, in maniera particolare il loro rapporto con le situazioni di carattere procedurale, e la tutela ad esse rapportabile. Tale considerazione risulta piuttosto evidente nel confronto con l'impostazione che ad una situazione, prettamente sostanziale, di pretesa alla correttezza dell'azione amministrativa, riconduce invece l'intero rapporto tra privato ed Amministrazione, concernente l'esercizio del potere da parte di quest'ultima.

In proposito, può essere utile evidenziare come, secondo un certo orientamento, si sia ritenuto che il rapporto P.A.-privato/i potesse essere complessivamente ricondotto alla categoria degli obblighi di protezione, assumendo rilievo, nello specifico, come obbligazione senza prestazione⁶³. Rispetto a tale generale prospettazione, una particolare corrente dottrinale civilistica ha peraltro

p. 1 ss.; G. SPANGHER, *Abuso del processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 1 ss.; G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 582 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I-II, cit.; ID., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, cit., p. 249 ss.; ID., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 874 ss.; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004; G. NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, p. 9 ss.; ID., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; ID., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 445 ss.; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 117 ss.; M. MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 556 ss.; G. VERDE, *Abuso del (e nel) processo*, in ID., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, p. 117 ss.; C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'"abuso sanzionabile nel processo" e all'"abuso del diritto come argomento"*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284 ss.; i contributi contenuti ne *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno nazionale*, Bologna, 2012, in particolare di M. TARUFFO, F. CORDOPATRI, M.F. GHIRGA, G. VERDE e C. CONSOLO (corrispondenti ai contributi del 2012, eventualmente ampliati e modificati, cit. in questa stessa nota con riferimento a tali Aa.), nonché di G. SCARSELLI e F.P. LUISO; C. SANTORIELLO, *L'abuso del processo*, Pisa, 2018; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015; ID., *Buona fede e processo amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 151 ss.

⁶³ In questo senso, si è posta quella parte della dottrina, soprattutto di stampo civilistico, secondo cui, una volta risolti i rapporti tra P.A. e privato nella buona fede e nella correttezza, l'interesse legittimo, anche nel diritto pubblico (cfr. *supra*, par. 2, quanto detto con riferimento al diritto privato) si risolverebbe in una superfetazione, giacché sarebbe comunque possibile fare riferimento alla figura dell'obbligazione senza prestazione: si veda in particolare la ricostruzione, già richiamata, di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., p. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, cit., p. 1264 ss.; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 219 ss., spec. p. 237 ss.; ID., *La "civiltà" della pubblica amministrazione*, cit., p. 637 ss.

specificato che all'interesse del soggetto garantito da un obbligo di protezione non dovrebbe attribuirsi una valenza soltanto negativa, che, come tale, possa portare soltanto ad un'obbligazione risarcitoria, ma dovrebbe riconoscersene la consistenza di situazione giuridica dal contenuto sostanzialmente positivo, quale interesse al comportamento altrui conforme a correttezza⁶⁴; aggiungendosi che, per questa via, sia stata configurata, in capo al soggetto il cui interesse si confronta con l'esercizio di un potere amministrativo, una pretesa alla correttezza del comportamento, in cui devono essere inclusi sia il rispetto degli obblighi procedurali, sia il profilo attinente alla legittimità sostanziale dell'atto, rispetto alla quale sarebbe possibile rappresentare una corrispondente prestazione, tutelabile in forma specifica⁶⁵.

Nell'impostazione descritta, che, come detto, riconduce l'intera rilevanza dell'azione amministrativa alla dimensione prettamente sostanziale, il riferimento ad una prestazione avente ad oggetto la correttezza del comportamento comporta, dunque, una particolare valorizzazione del rilievo procedimentale dell'obbligo di buona fede, e quindi il suo apprezzamento sotto il profilo dinamico dell'azione. In questo senso, la pretesa ad essa corrispondente, e la relativa tutela, si verrebbe a porre in fisiologica tensione con il corretto svolgimento della sequenza procedimentale, ricongiungersi a quelle impostazioni, anch'esse di stampo prettamente sostanzialistico, che, sotto varie declinazioni, riconducono la correttezza dell'azione amministrativa ad un obbligo di prestazione, o comunque, distinguendo differenti ipotesi, ad un obbligo di prestazione a cui sono cor-

64 Cfr. in proposito C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., pp. 152 ss. e 282 ss.

La posizione tradizionale rispetto all'obbligazione senza prestazione è, infatti, quella per cui (cfr., oltre agli scritti di Castronovo di cui alla nota precedente, ad es. A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1232) all'obbligo non corrisponde, dal lato attivo del rapporto, una situazione giuridica soggettiva connotata da una pretesa (all'adempimento), cosicché l'obbligo risulta il presupposto di una fattispecie che consiste nella violazione dell'obbligo stesso, oltre che della causazione del danno da risarcire.

65 Si veda in particolare A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, 2018, pp. 284 ss., 305 e 355.

relati obblighi di protezione⁶⁶. È seguendo questa prospettiva, dunque, che il piano della validità può essere ascrivito a quello della correttezza prettamente sostanzialistica, e, quindi, al canone della buona fede⁶⁷.

Ammessa o meno tale conclusione, questa, in ogni caso, non è ugualmente sostenibile nel momento in cui il rapporto di natura prettamente sostanziale non viene ritenuto ascrivere a sé l'intera gamma di situazioni che concernono l'esercizio del potere amministrativo, ma assume un ruolo soltanto residuale rispetto a quello attinente al piano procedurale, astratto e concreto (prettamente procedurale e a rilievo sostanziale). In quest'ultima prospettiva, infatti, la situazione prettamente sostanziale non potrebbe ottenere tutela in forma specifica senza venire a ricomprendere anche le situazioni di carattere procedurale, facendo riferimento alla validità della procedura. Il suo rilievo, conseguen-

66 Di cui si è già detto: cfr., in particolare, nel primo senso, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., p. 153 ss.; nel secondo senso, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 158 ss., rappresentata all'inizio della nostra trattazione.

67 In questo senso, va evidenziato, non vi è, nella nostra prospettiva, un problema di commistione tra norme di validità e norme di comportamento, atteso che, considerata la configurabilità di una relazione pretesa-obbligo avente come contenuto un atto precettivo (cfr. *supra*, parr. 1 e 2.1; *Potere*, I, cit., pp. 66 ss. e 178 ss.), l'invalidità si presta a costituire la reazione dell'ordinamento alla violazione dell'obbligo di esercizio o di non esercizio del potere, o della violazione delle norme di esercizio di tale situazione. Anche nel diritto civile, del resto, la mancanza di commistione tra norme di comportamento e norme di validità viene intesa semplicemente nel senso che solo l'inclusione di una specifica condotta in una norma che sancisce l'invalidità dell'atto potrebbe comportarne come conseguenza la nullità (o l'annullabilità), pena l'eccessiva intromissione nella sfera dell'autonomia privata (quindi, come necessaria tipicità delle cause di invalidità); cosicché l'invalidità del contratto per violazione della buona fede viene esclusa in ragione la necessità che la norma di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., sulla nullità del contratto per violazione di norme imperative, trovi riscontro in norme sufficientemente predeterminate, e non sia lasciato a clausole generali inerenti alla condotta di una delle parti. Il rilievo, correttamente sollevato da L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, cit. p. 219, per cui, non sussistendo una siffatta limitazione nel diritto amministrativo, non vi sarebbe in astratto un problema di reciproca esclusione delle due tipologie di norme, non è condivisibile, quindi, non in ragione di una sua erroneità intrinseca, ma perché, opinando nel senso descritto, si verrebbe necessariamente ad interpretare il canone generale della condotta amministrativa, e, con esso, il profilo della validità dell'atto, in un'ottica prettamente sostanzialistica, svalutandosi completamente il dato ricavabile dalla struttura normativa della funzione, secondo quanto ampiamente spiegato. In tale prospettiva, si deve concludere, dunque, che le norme di comportamento che non accedono ad un'ottica procedurale non incidono, per definizione, sul piano della validità dell'atto amministrativo, non potendo essere ascritte a norme sulla produzione, che solo attengono ad un modulo processuale di esercizio del potere; esse potranno rilevare, in via residuale, come norme di comportamento riferite ad un piano esterno rispetto alla funzione, e, quindi, all'atto, quale, cioè, fonte di responsabilità del soggetto.

temente, risulta idoneo ad esprimersi soltanto in relazione all'integrazione di un profilo risarcitorio.

3. Tipologia di situazioni giuridiche e distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. La qualificazione della situazione correlata alla buona fede

Un ulteriore rilievo che può essere effettuato, in ragione dell'individuazione di una categoria di situazioni prettamente sostanziali, è poi quello concernente lo specifico inquadramento della loro qualificazione, rispetto a quella delle situazioni giuridiche di carattere procedurale, nella distinzione che l'ordinamento pone tra diritti e interessi legittimi. Tale inquadramento, si aggiunge, possiede un'utilità generale, in quanto idoneo, come si vedrà, a fornire un criterio generale di distinzione tra tipologie di situazioni giuridiche soggettive.

Sul punto, va preliminarmente evidenziato come la differenziazione tra le situazioni ascrivibili alla categoria dei diritti soggettivi, e quelle relative alla categoria degli interessi legittimi, non possa avvenire in ragione di una presunta diversità in ordine alla declinazione del rapporto tra satisfattibilità dell'interesse e posizione dell'Amministrazione. Tale impostazione, infatti, rischia di tradire (quantomeno in talune sue espressioni) il retaggio di una concezione che assumeva la funzionalizzazione del potere sotto il profilo eminentemente teleologico – la tutela, cioè, dell'interesse pubblico – ad elemento strutturale dell'interesse legittimo.

In questo senso, dunque, non può essere il carattere discrezionale o meno del potere ad individuare la giurisdizione, perché, sotto tale profilo, non è la discrezionalità ad individuare la sussistenza o meno del potere amministrativo⁶⁸. Di ciò del resto, si ha pieno riscontro nel diritto positivo, all'art. 31, co. 3,

⁶⁸ Individuato il potere come situazione giuridica che si pone in rapporto alla produzione di un effetto precettivo, si deve infatti ammettere che la norma che lo prevede non regola il rapporto riferibile a detto effetto, che solo dall'effetto stesso risulta regolato, risultando, prima della sua produzione (prima dell'adozione dell'atto) non attuale; la norma in questione regola, piuttosto, il differente rapporto riferibile alla modalità deontica di esercizio del potere e alla corrispondente figura di aspettativa deontica rispetto ad esso (ad es., obbligo-pretesa dell'effetto precettivo). L'atto, come tale, non integra allora semplicemente il fatto previsto dall'ipotesi normativa, ma, appunto in ragione del suo rilievo strutturale, è comunque la fonte (nei vari sensi

c.p.a., il quale, equiparando vincolatezza in astratto a discrezionalità esaurita ai fini della conoscibilità del giudice sulla fondatezza dell'istanza, assume implicitamente che il giudice amministrativo conosce di situazioni di potere di carattere vincolato. Né, ugualmente, a tale carattere può aggiungersi, per la configurazione o meno di un diritto, la finalità per cui il potere è stato conferito, quale volta o meno unicamente al soddisfacimento dell'interesse del privato⁶⁹, atteso che tale criterio, oltre ad essere del tutto incerto, costituisce il retaggio della tradizionale distinzione tra norme di azione e norme di relazione, in cui l'interesse legittimo appariva come situazione giuridica solo occasionalmente protetta.

La distinzione tra situazioni deve dunque seguire da altro criterio.

Ora, secondo quanto considerato nella nostra ricostruzione, può dirsi che il dato scriminante, al fine della considerazione del potere amministrativo, sia il piano strutturale sul quale la funzione viene a ricevere esplicazione, che

in cui si può intendere, a seconda delle differenti impostazioni sul meccanismo di produzione negoziale) della situazione effettuale che pone la regolamentazione del conflitto. Nel senso descritto, si esprimono per la tesi per cui il carattere vincolato dell'atto da parte della fattispecie normativa non esclude il potere, tra gli altri, F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 250, n. 43; ID., *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 28 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 64 ss.; G. GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977, pp. 59-60 e 67 ss. In senso contrario, E. CAPACCIOLI, *Riserva e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960, p. 156 ss.; ID., *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., p. 310; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, pp. 267-268 e 288 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rin. trim. dir. proc. cin.*, 1988, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1213 ss., p. 1239 ss.; ID., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 71; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, p. 37 ss., spec. p. 63 ss. Sia consentito in ogni caso rimandare, per una più compiuta trattazione e più ampi riferimenti, a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 73 ss.

⁶⁹ La giurisprudenza, infatti, ha utilizzato il criterio funzionalistico descritto nel testo al fine di affermare che, a fronte dell'attività vincolata della P.A., sia configurabile un diritto soggettivo, e sussista quindi la giurisdizione del giudice ordinario, solo laddove detta attività sia rivolta unicamente alla soddisfazione dell'interesse del privato (spec. prestazioni patrimoniali *ex lege*, iscrizioni ad albi professionali, ecc.): cfr. *ex multis* Cass., sez. un., n. 2994 dell'11 ottobre 1955, e n. 2864 del 25 ottobre 1960; Cons. St., ad. plen., n. 18 del 5 luglio 1999. In dottrina, tra gli altri, si vedano, spesso anche con rilievi critici in ordine alle difficoltà che sorgono nell'applicazione in concreto di un siffatto criterio, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, pp. 56-57 e 62-63; A. ZITO, M.R. SPASIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, pp. 77-78; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2010, p. 469 ss.; V. CERULLI IRELLI, A. CARBONE, *Lezioni di giustizia amministrativa*, I, Torino, 2023, p. 84 ss.

connota in questo senso le relative situazioni soggettive. Nell'ambito di tale piano si viene quindi a porre il legame della situazione del privato con il potere amministrativo.

In questi termini, la distinzione, a cui si sta facendo riferimento, andrebbe quindi ricondotta alla considerazione del rapporto con il potere nel suo riferimento all'ambito strutturale della funzione, per come idoneo, quest'ultimo, ad improntare le situazioni in questione al loro carattere procedurale, con quanto da ciò deriva. Essa muove, cioè, direttamente e unicamente dal rilievo assunto dal collegamento che si esplica tra la situazione del privato e il potere della P.A. su tale piano: è quindi, corrispondentemente, la declinazione del legame strutturale con la situazione di potere a delineare la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, per come riferita, detta declinazione, all'ascrizione del potere amministrativo all'ambito strutturale della funzione. Allo stesso modo, si deve anche articolare la problematica concernente la definizione del riparto di giurisdizione.

La distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, così rappresentata in via generale, si inserisce nell'ambito dei principi stabiliti dalla Corte costituzionale a partire dalle pronunce nn. 204/2004 e 191/2006. Seguendosi sul punto quanto da queste affermato, va considerato, infatti, come a determinare il riparto di giurisdizione sia, in via generale, il collegamento con il potere amministrativo⁷⁰, quale idoneo ad individuare una controversia di diritto pubblico⁷¹; poiché, però, l'indicazione costituzionale (art. 103, co. 1, Cost.) si mantiene tut-

⁷⁰ In questo senso, appunto, Corte cost., n. 204 del 6 luglio 2004 e n. 191 dell'11 maggio 2006, per cui l'ambito della giurisdizione amministrativa concerne le controversie riconducibili all'esercizio di un potere amministrativo. Cfr. *infra*.

⁷¹ Si prende cioè in considerazione, in questo senso, la categoria di *controversia di diritto pubblico*, che ha il suo corrispettivo, sul piano sostanziale, nella nozione di *rapporto di diritto pubblico*, appunto avente ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo; tali controversie risultano generalmente ascritte alla giurisdizione del giudice amministrativo, salve le ipotesi in cui permane la giurisdizione del giudice ordinario: così V. CERULLI IRELLI, A. CARBONE, *Lezioni*, I, cit., p. 45 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, p. 115 ss.; ID., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 449 ss.; ID., *Costituzione e amministrazione*, Torino, 2022, pp. 115 ss., 139 ss. e 158 ss.

tora rivolta alle situazioni giuridiche (diritti soggettivi e interessi legittimi), il riferimento al potere, ancorché assuma ruolo fondante del riparto, deve essere assunto comunque in maniera indiretta, attraverso il riferimento alle relative situazioni giuridiche. Non a caso, si aggiunge, l'art. 7, co. 1, c.p.a., che recepisce le indicazioni sul punto della citata giurisprudenza costituzionale, collega comunque il riferimento al potere alle situazioni giuridiche soggettive in questione⁷².

Nella prospettiva descritta, si deve dunque ritenere che, alla luce di quanto considerato nella nostra ricostruzione, sopra brevemente riportata, sia la declinazione del legame strutturale con la situazione di potere a delineare la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, per come riferita, detta declinazione, all'ascrizione del potere amministrativo al relativo rapporto nell'ambito strutturale della funzione. Nello specifico, con il termine diritto devono quindi indicarsi quelle situazioni che, pur attenendo, in ipotesi, ad una vicenda coinvolgente il potere, non si pongono all'interno di un rapporto diretto con il suo esercizio, nei termini che si sono individuati; e interessi legittimi quelle che, al contrario, risultano ascrivibili strutturalmente al rapporto concernente l'esercizio di un potere amministrativo, per come esplicantesi nei termini della funzione.

Tanto premesso in via generale, può a questo punto rilevarsi come, sotto il profilo appena descritto, le situazioni procedurali, siano esse a rilievo sostanziale (procedurali in senso concreto) o prettamente procedurali (procedurali in senso astratto), ineriscono, in ragione del loro carattere appunto procedurale, direttamente alla funzione amministrativa, nel senso di porsi in rapporto con il potere, nei termini che si è avuto modo di spiegare, nell'ambito della struttura procedurale della funzione. Come tali, esse devono essere considerate ascrivibi-

⁷² Si può evidenziare, in proposito, come nell'art. 13 di una delle bozze preliminari del Codice, corrispondente all'attuale art. 7 c.p.a., l'indicazione delle tipologie di situazioni giuridiche era assente, ponendosi il riferimento direttamente al potere amministrativo e al suo esercizio; tuttavia, l'indicazione in questione è stata poi aggiunta, appunto al fine di conformarsi al dato costituzionale.

li alla categoria generale degli interessi legittimi, e quindi soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Le situazioni di tipo prettamente sostanziale, da noi concepite in relazione di residualità rispetto alle due precedenti tipologie, si collocano invece, per loro natura, come detto, su un piano esterno rispetto alla funzione (di qui, appunto, il loro carattere prettamente sostanziale), e su tale piano si pongono in correlazione con l'esercizio del potere. La relazione con il potere, cioè, non rileva (non può rilevare) in maniera autonoma e diretta, perché l'interesse in questione non concerne la protezione di una posizione procedimentale, per come concretamente (il conseguimento del provvedimento favorevole), oppure astrattamente (le facoltà e pretese riferite al piano astratto di esplicazione della funzione) considerata. In questo senso, le situazioni in questione, non rientrando nella dimensione della funzione, sarebbero allora ascrivibili alla categoria propria dei diritti soggettivi.

Tale distinzione assume peraltro, come anticipato, carattere più generale, che prescinde dalle sole situazioni inerenti la buona fede, oggetto del presente contributo. Sotto questo profilo, può dirsi, infatti, che si sia al cospetto di un diritto soggettivo *ogniqualevolta non sia individuabile o non risulti autonomamente rilevante come tale* la relazione strumentale (nei termini di pretesa) tra l'interesse del privato rispetto ad una norma formale o sostanziale sulla produzione e l'esercizio della situazione di potere normativamente ascrivibile all'Amministrazione, anche qualora l'interesse stesso faccia comunque riferimento ad una vicenda riferibile ad un potere amministrativo.

3.1 (segue) Riparto di giurisdizione

Nelle ipotesi di situazioni prettamente sostanziali, in ragione della loro considerazione quali diritti soggettivi, la giurisdizione dovrebbe risultare, conseguentemente, secondo la regola generale, quella del giudice ordinario.

Sotto tale profilo, si deve però anche considerare come le situazioni a cui si sta facendo riferimento, nei termini in cui si è appena avuto modo di descri-

verle, si situino comunque nell'ambito di una vicenda nella quale la P.A. agisce attraverso l'utilizzo di una situazione giuridica di potere amministrativo. Ne consegue che la relativa controversia deve essere conosciuta dal giudice amministrativo, ogniquale, in relazione al singolo caso che viene in questione, si rientri in una delle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva.

Seguendosi la declinazione del criterio di riparto affermata dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, si rientrerebbe, in tale ipotesi, in una situazione che non si iscrive nel diretto rapporto con l'esercizio del potere, nei termini strutturali della funzione (ciò che qualificherebbe la situazione giuridica nei termini di un interesse legittimo), ma è comunque mediatamente riconducibile ad esso (e, come tale, si delinea quale diritto soggettivo assoggettabile, appunto, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo). Si sarebbe cioè al cospetto, nei termini definiti dalla Corte costituzionale, comunque di una controversia di diritto pubblico.

A nostro avviso, dunque, in questo senso andrebbero interpretati i principi sanciti da Corte cost., sentt. nn. 204/2004 e 191/2006, per come recepiti dall'art. 7, co. 1, c.p.a., per cui risultano devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche Amministrazioni: in tale prospettiva, l'interesse legittimo è, cioè, la situazione giuridica a carattere procedurale, astratto o concreto, che inerisce direttamente al rapporto P.A.-privato comportante l'esercizio del potere nei termini della funzione, nel senso chiarito; il diritto soggettivo assoggettabile alla giurisdizione esclusiva è, invece, quella situazione giuridica che, pur non ponendosi all'interno di detto rapporto, è all'esercizio del potere collegata, nei termini in ogni caso esterni alla funzione, in via mediata.

Si è ovviamente consapevoli che, a livello giurisprudenziale, il criterio di riparto di giurisdizione non trova un preciso riscontro in quanto detto, né, in via generale, una pacifica modalità di applicazione, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva. Per lo più, la giurisprudenza amministrativa e quella delle Sezioni unite tendono, infatti, ad adottare un approccio casistico, con risultati anche molto differenti tra loro, e più estensivi o più restrittivi, in relazione alle singole materie⁷³.

Il meccanismo attraverso il quale viene sancita l'appartenenza di una controversia all'uno o all'altro plesso giurisdizionale dovrebbe, invece, logicamente articolarsi in questo senso. In primo luogo, va valutato se la situazione risulta ascrivibile al canone strutturale della funzione, e sia conseguentemente qualificabile quale interesse legittimo, nei termini anzidetti. In caso di risposta negativa, va considerato se la controversia sia ricompresa in una delle materie di giurisdizione esclusiva. In tale ipotesi, va quindi determinato se la configurazione della situazione giuridica del privato come diritto soggettivo si ponga comunque in collegamento ad una vicenda ove l'Amministrazione si esprime attraverso l'esercizio del potere, in ragione dei motivi che si sono rappresentati.

La giurisprudenza, soprattutto ordinaria, prescindendo essenzialmente da una siffatta analisi, e assestandosi su un approccio maggiormente sintetico, si pone allora in una posizione che tende a svalutare il (residuo) ruolo della giurisdizione esclusiva nel sistema attuale, quello, cioè, di completamento di un sistema incentrato sulle controversie di diritto pubblico⁷⁴. Tale forma di giurisdizione costituirebbe, infatti, la modalità attraverso la quale le situazioni di diritto anzidette, mediatamente collegate con l'esercizio del potere, possono essere ascritte alla giurisdizione del giudice amministrativo, così appunto più precisa-

⁷³ Sul punto, sia consentito rimandare, per un'ampia rappresentazione casistica, ad A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, p. 47 ss.

⁷⁴ Cfr. in proposito, i riferimenti di cui *supra*, n. 71. Si veda anche *Potere e situazioni soggettive*, II-1, cit., p. 36, n. 10.

mente delineando il concetto di controversia di diritto pubblico quale oggetto della giurisdizione amministrativa⁷⁵.

Nei termini descritti, si assiste così, in relazione all'ipotesi che qui interessa, cioè al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento, ad indirizzi giurisprudenziali tutt'altro che univoci.

In particolare, per quanto concerne la giurisprudenza amministrativa, questa ha assunto in proposito posizioni differenti. Si è infatti registrata, in un primo senso, la considerazione di una responsabilità da comportamento scorretto, che inciderebbe non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, senza da ciò farsi però scaturire l'esclusione all'assoggettamento alla giurisdizione amministrativa esclusiva⁷⁶. Da ultimo, tuttavia, si è portata avanti una diversa posizione, ricomprendendosi le controversie in questione nella giurisdizione generale del giudice amministrativo, in forza dell'assunto per cui l'affidamento non sarebbe una posizione in sé autonoma, ma potrebbe anche riferirsi ad una situazione del privato di interesse legittimo⁷⁷.

La giurisprudenza assolutamente prevalente della Cassazione si è posta, invece, nella prospettiva per cui, nell'evenienza in esame, si sarebbe al cospetto di un diritto soggettivo, concernente canoni comportamentali di diritto comune, la cui cognizione sarebbe, conseguentemente, sottratta comunque alla giurisdizione del giudice amministrativo, anche in sede di giurisdizione esclusiva⁷⁸.

⁷⁵ Ancorché tale ascrizione, si tenga presente, non debba considerarsi costituzionalmente imposta al legislatore: in questo senso, Corte cost., sent. n. 377 del 17 novembre 2008; n. 414 del 18 dicembre 2001.

⁷⁶ In questi termini, Cons. St., ad. plen., n. 5/2018, cit. *supra*, in nota, con i relativi commenti.

⁷⁷ In questo senso, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 20 del 29 novembre 2021, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 663 ss., con note di E. ZAMPETTI, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, e di V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*. Sulla sentenza, si veda anche, in chiave critica, N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 105 ss.

⁷⁸ Cfr., in particolare, Cass., sez. un., ord. n. 1567 del 19 gennaio 2023; n. 8236 del 28 aprile 2020, con nota di G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020; n. 17586 del 4 settembre 2015, con nota di G.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir.*

Ora, rispetto a tale variegato scenario, la nostra impostazione ha il pregio di fornire un più specifico fondamento alla soluzione secondo cui si sarebbe al cospetto, nell'ipotesi in questione, di un diritto soggettivo, ma assoggettabile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Detta soluzione si giustificerebbe, infatti, direttamente sul rilievo strutturale delle situazioni giuridiche rispetto alla funzione, quale idoneo a consentire una precipua applicazione, sul punto, dei criteri sanciti dalla giurisprudenza costituzionale in ordine al riparto di giurisdizione.

4. Considerazioni sulla responsabilità amministrativa. La situazione giuridica risarcitoria quale situazione prettamente sostanziale

La considerazione di ordine generale, che si è effettuata in ordine alle situazioni prettamente sostanziali, consente anche un preciso inquadramento della problematica inerente alla responsabilità amministrativa, in sé considerata, quale violazione della funzione, nonché per come derivante dalla violazione della buona fede, nei termini da noi concepiti. Si può quindi passare, a questo punto, all'esame di tale ulteriore profilo della nostra trattazione.

A tal proposito, non serve ricordare come la questione concernente il risarcimento del danno derivante dall'esercizio del potere amministrativo sia ancora oggetto di ampie discussioni, e non abbia trovato una condivisa definizione, né per quanto concerne la natura della responsabilità – se contrattuale o extracontrattuale, o comunque inerente ad un *tertium genus* variamente individuato – né in relazione alla determinazione dei singoli caratteri ad essa relativi, derivando, questi ultimi, essenzialmente dalla natura della responsabilità che si prende in considerazione⁷⁹. Soltanto sotto il profilo processuale possono ricavarsi talune indicazioni, essendo stata stabilita dal Codice l'autonomia dell'azio-

proc. amm., 2016, p. 564 ss.; nn. 6594, 6595 e 6596 del 23 aprile 2011, con nota di A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2398 ss.

⁷⁹ Dalla differente natura della responsabilità, non serve neppure ricordarlo, consegue infatti una differente disciplina del danno risarcibile, concernente la presunzione o meno della colpa del debitore, l'automaticità o meno della mora, la risarcibilità o meno del danno non prevedibile, ecc., in ragione delle discipline, rispettivamente, di cui agli artt. 1218 ss. e 2043 ss. c.c.

ne risarcitoria: gli artt. 30, co. 1, e 34, co. 2, seconda parte, c.p.a., mettendo fine alle annose dispute sulla questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, non richiedono, infatti, l'esperimento, per conoscere della legittimità dell'atto impugnato, anche dell'azione di annullamento⁸⁰; la proposizione autonoma dell'azione risarcitoria comporta soltanto la conseguenza (invero, non di poco conto) dell'eventuale riduzione del danno risarcibile, se esso, o parte di esso, si sarebbe potuto evitare sperando gli appositi mezzi giurisdizionali di tutela in forma specifica⁸¹. Talaltre previsioni, che pure possono ricavarsi dal disposto normati-

⁸⁰ Sulla questione concernente la pregiudiziale amministrativa, e sulla cognizione in ordine all'illegittimità dell'atto, prima del Codice, si può rimandare, senza alcuna pretesa di completezza, ad A. TRAVI, *Nota a Cass.*, sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2073 ss.; G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 963 ss.; G.D. COMPORI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, *ivi*, 2005, p. 280 ss.; M. ALLENA, *La pregiudiziale amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, *ivi*, 2006, p. 205 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: giurisdizione e pregiudizialità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1100 ss.; V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, spec. pp. 1 ss., 163 ss. e 219 ss.; F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2007, spec. p. 223 ss.; R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, IV, Padova, 2007, p. 469 ss.; A. GIANNELLI, *Responsabilità della pubblica amministrazione. a) Profili processuali*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 827 ss.; nonché, se si vuole, A. CARBONE, *Pregiudiziale amministrativa e risarcimento del danno*, in *Giustamm.it*, 2009; *ivi* riferimenti ulteriori, dottrinali e giurisprudenziali.

⁸¹ Più nello specifico, l'art. 30, co. 3, c.p.a., stabilisce che la proposizione in via autonoma dell'azione risarcitoria è sottoposta ad un termine decadenziale di centoventi giorni, e, nel determinare il risarcimento, il giudice deve comunque escludere il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti, per mezzo dei quali si può appunto ottenere la tutela in forma specifica della medesima situazione soggettiva. È noto come tale previsione, per il suo tenore, sia stata considerata quale introduzione di una 'pregiudiziale mascherata', che solo formalmente avrebbe superato la necessità del previo annullamento dell'atto, ma in realtà avrebbe fatto divenire l'azione risarcitoria proposta in via autonoma poco più che un caso di scuola: in questo senso, ad es., M. CLARICH, *Azione di annullamento*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., p. 270; in senso contrario, a favore della soluzione codicistica, si può vedere invece R. CHIEPPA, *Azione di condanna*, *ivi*, p. 292 ss.

La giurisprudenza amministrativa, ad ogni modo, ha avuto modo di giustificare la potenziale riduzione del risarcimento, facendo riferimento al principio del divieto di abuso del processo: cfr. Cons. St., ad. plen., n. 3 del 23 marzo 2011. Mentre, in ordine al breve termine di decadenza, la Corte costituzionale si è pronunciata per la sua compatibilità con la Costituzione, affermando, con sent. n. 94 del 4 maggio 2017, che la relativa previsione costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento, con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria.

vo complessivo (art. 30, co. 2 e 4, c.p.a., in generale; art. 2 *bis*, l. n. 241/1990, sulla violazione dell'obbligo di provvedere nel termine), si esprimono, invero, in termini di danno ingiusto e condotta colpevole dell'Amministrazione; ma non vengono reputate, o quantomeno non da tutti, indice automatico della regolamentazione extracontrattuale della responsabilità amministrativa⁸².

Sul punto, la questione dei caratteri della responsabilità si è venuta a porre, nei termini che in questa sede interessano, a partire dalla stessa sentenza Cass., sez. un., n. 500 del 22 luglio 1999, la quale, nel riconoscere la risarcibilità degli interessi legittimi, aveva affermato la natura extracontrattuale della responsabilità dell'Amministrazione⁸³.

L'elaborazione successiva, tuttavia, ha portato a posizioni differenti, da parte di coloro che hanno ritenuto di dover inquadrare il rapporto tra Amministrazione e privato, e le situazioni ad esso ascritte, come concernenti, in varie declinazioni, un'obbligazione (al limite, senza prestazione), facendo da ciò conseguire la natura contrattuale della responsabilità⁸⁴. Minoritaria, invece, si è pre-

Nella nostra impostazione, come si avrà modo di spiegare, la declinazione dell'azione risarcitoria, e le limitazioni appena rappresentate, trovano la loro giustificazione nella caratterizzazione del rapporto tra situazioni di carattere procedurale e risarcimento del danno, che connota in maniera conseguente il relativo regime della responsabilità: cfr. *infra*, par. 4.1, nel testo e alla n. 113.

⁸² In senso contrario, ad es., L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2024, p. 241.

⁸³ La sent. Cass., sez. un., n. 500 del 22 luglio 1999, non serve ricordarlo, ha infatti sancito la risarcibilità degli interessi legittimi facendo rientrare la loro lesione nella fattispecie della responsabilità aquiliana, ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, e quindi interpretando l'art. 2043 c.c. come clausola generale (su tale profilo cfr. subito *infra*, nel testo e in nota).

⁸⁴ La natura in generale contrattuale (da inadempimento di un'obbligazione) della responsabilità amministrativa è stata sostenuta in particolare dagli esponenti della Scuola fiorentina (cfr. *supra*, par. 1, nel testo e in nota, ed ivi i relativi riferimenti), e ha trovato riscontro in generale anche tra i civilisti: cfr. ad es. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., p. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera*, cit., p. 1264 ss.; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 237 ss.; ID., *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, cit., 2013, p. 637 ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico*, cit., p. 1214 ss.; A. IULIANI, *Obblighi strumentali*, cit., p. 305 ss.; *contra*, per la considerazione aquiliana della responsabilità amministrativa da provvedimento illegittimo, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 543 ss. Nella restante parte della dottrina amministrativistica, propendono nel medesimo senso di responsabilità da inadempimento, nelle diverse specificazioni: G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, spec. p. 49 ss.; M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, p. 189 ss.; M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006, p. 1 ss., la quale, su tale base, individua l'ambito residuo di responsabili-

sentata l'impostazione che ha fatto riferimento ad un terzo genere di responsabilità, differente da entrambe⁸⁵.

La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, si è caratterizzata, essenzialmente, per l'adesione alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità da esercizio del potere amministrativo, ancorché vengano poi, in taluni casi, accolte deroghe alla relativa disciplina in senso contrattualistico⁸⁶. In questo senso, da ultimo, Cons. St., ad. plen., n. 7 del 23 aprile 2021⁸⁷, ha ribadito la natura extracontrattuale della responsabilità della P.A., ritenendo che, anche se il modello attuale dell'Amministrazione è incentrato nell'ottica della prestazione, permarrrebbe una posizione di supremazia in capo alla P.A., che non consentirebbe di inquadrare il rapporto con il privato in una categoria assimilabile all'obbligo contrattuale⁸⁸.

tà aquiliana della P.A.; come responsabilità da contatto M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.*, 2000, p. 993 ss.; successivamente, come responsabilità da rapporto, ammettendone la peculiarità rispetto a quella delle obbligazioni civilistiche, ID., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, p. 203 ss.; come responsabilità di tipo del tutto peculiare, ma che assume una natura di tipo quantomeno *latu sensu* contrattuale D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, p. 262 ss.; con riferimento alle situazioni procedimentali, M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss.; ID., *Responsabilità della pubblica amministrazione. a) Profili sostanziali*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 813 ss.

85 Come forma di responsabilità che comunque si discosta da quella dell'illecito aquiliano, e che si innesta in una dimensione pubblicistica, si veda A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, p. 162 ss. Si vedano anche M. PROTTO, *Il rapporto*, loc. ult. cit.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, loc. ult. cit., nelle sfumature riferite alla nota precedente.

86 Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. III, n. 4857 del 10 luglio 2019; sez. II, n. 3318 del 25 maggio 2020.

87 Su cui si vedano le note di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 143 ss. (di cui si veda anche la nota all'ordinanza di rimessione, ID., *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, in *Giustizainsieme.it*, 2021); E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *Giustizainsieme.it*, 2021.

88 L'Ad. plen. n. 7/2021 ha infatti ritenuto che anche in un'organizzazione dei pubblici poteri improntata al buon andamento, in cui si afferma il modello dell'amministrazione 'di prestazione', la P.A. manterrebbe rispetto al privato la posizione di supremazia necessaria a perseguire i fini determinati dalla legge, con atti di carattere autoritativo in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato. In questo senso, continua la stessa Plenaria, il rapporto amministrativo contraddistinto da una asimmetria delle posizioni, quale connotato del sistema pubblicistico, non consentirebbe all'Amministrazione di poter essere assimilata al debitore obbligato per contratto ad adempiere in modo esatto nei confronti del privato.

A tale questione viene accompagnata la problematica di individuare quale sia la situazione lesa a cui collegare il risarcimento, se essa, cioè, possa porsi come rivolta all'utilità finale ovvero soltanto ad un'utilità strumentale⁸⁹, nonché se debba distinguersi, in proposito, l'utilità sostanziale da quelle procedimentali, da mantenersi su un piano astratto⁹⁰. L'ottica della sentenza Cass., n. 500/1990 poneva le basi, anche se solo implicitamente, per configurare l'interesse legittimo quale pretesa all'utilità finale, pur mantenendo, invero, separata la seconda

89 Nei termini già ampiamente richiamati nel corso della trattazione, e su cui si veda anche di seguito, alle note successive.

90 La questione, in questo senso, è quella riferibile alla possibile alternativa tra la risarcibilità della sola lesione di un interesse consistente nel perseguimento di un'utilità sostanziale (finale o strumentale), e l'ammissibilità, invece, del risarcimento dei danni anche per la violazione di situazione giuridiche procedimentali (in proposito, rispetto a quanto si rappresenterà subito di seguito, cfr., per più ampi approfondimenti e riferimenti, *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., p. 11 ss., ed ivi in particolare, oltre a quelli qui citati, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 245 ss. e 303 ss.; nonché ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 19 ss.).

Nella prospettiva descritta, in particolare, la configurabilità di una situazione procedimentale, autonomamente risarcibile, è ciò che ha caratterizzato quel generale filone dottrinale per cui gli interessi procedimentali, o comunque quelli partecipativi, avrebbero natura di situazioni autonome (sovente qualificate come diritti soggettivi) che, se violate, darebbero luogo al risarcimento dei danni, indipendentemente dalla attitudine della garanzia partecipativa ad incidere sull'assetto sostanziale degli interessi, la quale riguarderebbe invece una diversa situazione di interesse legittimo tutelata attraverso l'annullamento dell'atto: in questo senso, nelle differenti declinazioni, si esprimono A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 984 ss.; ID., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 74 ss.; ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 291 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 27 ss., in relazione all'interesse al rispetto del termine di conclusione del procedimento a fronte di una posizione del privato di carattere pretensivo; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 133 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedimentali*, cit., p. 557 ss.; ID., *Responsabilità*, cit., p. 813 ss., che mette in luce come i diritti procedimentali si pongano a fronte di corrispondenti obblighi procedimentali in capo alla P.A., la cui violazione, secondo quanto già avvertito, darebbe luogo al risarcimento del danno per responsabilità contrattuale; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, p. 75 ss.

Nello specifico, per quanto concerne l'impostazione della Scuola fiorentina, e in particolare in L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 637 ss., 654 ss. e 669 ss., facendosi riferimento ad un'utilità strumentale (la *chance* legale del risultato favorevole) quale contenuto della pretesa sostanziale, la posizione si pone nel senso per cui, in caso di violazione di una norma del procedimento, se vi è incertezza sul risultato, l'incertezza stessa si ritiene insita nella possibilità normativa propria dell'interesse legittimo, per cui il danno deriverebbe comunque dalla lesione dell'interesse legittimo; se invece non sussiste proprio la possibilità normativa del risultato favorevole (manca l'interesse legittimo), o se la violazione procedimentale non ha influito sul risultato, comunque legittimo (l'interesse legittimo è soddisfatto), il danno è da mera violazione procedimentale, e, in ordine ad essa, si ritiene, si potrebbe fare ricorso alla categoria degli obblighi di protezione senza prestazione, per fondarvi autonomi diritti procedimentali risarcibili.

dal primo, e ascrivendo la natura della responsabilità a quella extracontrattuale⁹¹. La responsabilità contrattuale, dal canto suo, è stata invece utilizzata in particolar modo, ancorché non esclusivamente, da chi ha fatto riferimento ad una situazione creditizia rivolta ad un'utilità strumentale⁹². La generale configurazione della responsabilità extracontrattuale, poi, viene richiamata, quantomeno in giurisprudenza, o per tentare di evitare le possibili conseguenze della configurazione di un rapporto strutturato nel senso appena descritto, che pur di fatto si

Nella nostra ricostruzione, lo si è ricordato *supra*, par. 2.1, la considerazione procedurale delle situazioni rende autonomamente considerabili situazioni prettamente procedurali, di carattere astratto, come separate dalla situazione di pretesa all'utilità sostanziale (la produzione/non produzione dell'effetto), e comunque risarcibili in caso di lesione: si veda quanto si dirà di seguito, al par. successivo, nel testo e in nota; nonché, ampiamente, *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., p. 18 ss.

91 Cass., sez. un., n. 500/1999, cit., ha infatti affermato che, per accordare il risarcimento, da ascrivere alla responsabilità di tipo aquiliano, non fosse sufficiente la mera illegittimità dell'atto, ma dovesse riscontrarsi, nell'ipotesi di interessi legittimi di carattere pretensivo, anche la lesione dell'interesse al bene della vita del soggetto che lamenta il danno, attraverso un giudizio prognostico compiuto da parte del giudice. In questo modo, si è venuto nella sostanza ad individuare una situazione soggettiva, ulteriore rispetto all'interesse legittimo, rapportata direttamente al bene della vita; rispetto a quest'ultimo, era stata di fatto configurata la tutela risarcitoria. Sul punto, si veda, tra gli altri, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 521 ss., p. 551, ove si afferma che quel che dalla Cassazione viene denominato giudizio prognostico in realtà non sarebbe altro che un giudizio inteso a definire esattamente l'effettivo contenuto giuridico della situazione soggettiva lesa, previo esaurimento della scelta discrezionale da parte della stessa Amministrazione (pp. 579-580).

Il riferimento al bene della vita, che nella pronuncia in questione ha trovato riscontro nell'ammissione della tutela risarcitoria, è ciò che, in effetti, a partire dagli anni successivi alla stessa sent. n. 500/1999, e pur nella generale critica dell'impianto ricostruttivo di quest'ultima, ha portato ad evocare una logica di 'spettanza', e/o a configurare, invero in vario modo, l'interesse legittimo, o, comunque, una situazione altra, diversa dal primo, come pretesa ad un'utilità finale: cfr., nelle varie declinazioni, in particolare G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 ss., spec. pp. 298 ss. e 315 ss.; ID., *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 241 ss., spec. pp. 245 ss. e 252 ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., spec. p. 170 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Milano, 2001, p. 261 ss. In precedenza, si veda comunque G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 481 ss.; poi ripresa in ID., *Dal dilemma diritto-soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 483 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, *ivi*, p. 585 ss.; ID., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggetti della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazgaroli*, Napoli, 2017, p. 27 ss. Sul punto, per approfondimenti, cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 259 ss. e 291 ss.

La considerazione di quanto sostenuto dalla sent. n. 500/1999 ai fini della ricostruzione della situazione soggettiva, ad ogni modo, non ha comportato in ogni caso anche l'adesione alla tesi della responsabilità extra-contrattuale, dalla stessa portata avanti, assistendosi in proposito a differenti posizioni: così, ad es., in senso positivo, G. FALCON, *La responsabilità*, cit., p. 256 ss.;

ammette⁹³; ovvero per mantenere espressamente una considerazione asimmetrica del rapporto amministrativo, la quale rappresenta, tuttavia, come già ricordato all'inizio della nostra trattazione, un retaggio della tradizionale funzionalizzazione della situazione giuridica del privato, l'interesse legittimo, alla tutela dell'interesse pubblico⁹⁴.

Ora, rispetto a tale scenario, può evidenziarsi come la ricostruzione da noi effettuata, in ordine alle situazioni giuridiche che si pongono in relazione al potere amministrativo, consenta anche uno specifico inquadramento della responsabilità amministrativa, differente da quello appena descritto, e in grado di spostare la questione su un profilo ulteriore di rilevanza rispetto alla classica dicotomia responsabilità contrattuale-responsabilità extracontrattuale.

In proposito, si deve partire dalla considerazione per cui risulta di molto mutata, negli ultimi decenni, la distinzione tra forme di responsabilità, la quale, nella sua originaria prospettazione, vedeva la responsabilità c.d. contrattuale quale tradizionale modalità per sopperire in via diretta all'inadempimento di un'obbligazione, mentre considerava quella extra-contrattuale quale rivolta a dare rilievo ad una lesione di un diritto preesistente, non ascrivibile ad un rapporto obbligatorio. Si è infatti assistito, in questo senso, ad una ridefinizione

in senso negativo, invece, D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., p. 262 ss.

92 La tesi, lo si è visto, della Scuola fiorentina: cfr., *supra*, par. 1, ed ivi, in nota, i relativi riferimenti, tra cui in particolare L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 637 ss. Non mancano comunque autori che, nel concepire una situazione corrispondente ad un'utilità finale, rapportano la relativa responsabilità a quella di natura contrattuale: si è già richiamato in questo senso D. VAIANO, *Pretesa*, loc. ult. cit., che considera la responsabilità della P.A. quale comunque peculiare, ma quantomeno *latu sensu* contrattuale. Si intende, poi, che, non ritenendosi configurabile una prestazione, il medesimo schema è quello che è stato adottato dall'obbligazione senza prestazione: cfr. *supra*, par. 1.

93 Si può notare, ad es., come Cons. St., ad. plen., n. 5 del 4 maggio 2018, di cui cfr. *supra*, n. 42, i relativi commenti, nell'ammettere la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, anche con riferimento alla condotta precedente all'aggiudicazione del contratto, ha precisato come rimanesse da discutere se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., o diventi l'oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal contatto sociale qualificato.

94 Così l'Ad. plen., n. 7/2021, riportata subito sopra, in nota. Cfr. quanto detto in generale *supra*, par. 1.

della distinzione in questione in termini meno antitetici, e ad un conseguente riavvicinamento dei corrispondenti statuti della responsabilità, sotto un profilo soggettivo e oggettivo⁹⁵.

Così, in particolare, dal lato della responsabilità aquiliana, si è registrato un progressivo riconoscimento della risarcibilità *ex art.* 2043 c.c. a fronte della lesione di qualsiasi interesse rilevante (non limitata, in questo senso, ai diritti assoluti), e, dunque, di un qualsiasi profilo relazionale giuridicamente protetto. Conseguentemente, si è pervenuti ad un ridimensionato del ruolo dell'illecito e della colpa, in favore di una maggiore flessibilità nei criteri di imputazione, che risultassero più adatti ad una concezione maggiormente aperta della considerazione della lesione risarcibile⁹⁶.

95 Per l'orientamento volto a mettere in dubbio, o quantomeno ridimensionare, la bipartizione in questione, cfr., nelle differenti declinazioni, U. MAJELLO, *Responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale*, in M. COMPORTI, G. SCALFI (a cura di) *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 77 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana*, in V. BUONOCORE, U. MAJELLO (a cura di), *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, Napoli, 1975, p. 7 ss.; G. SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi*, in *Resp. civ. prev.*, 1977 p. 723 ss.; F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, *ivi*, p. 748 ss.; ID., *La responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa vista con gli occhi del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 542 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1077 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 1 ss.

96 In proposito, in termini del tutto generali, può ricordarsi come la responsabilità extracontrattuale, nella sua tradizionale concezione, porti con sé il primato della colpa e dell'illecito, per come collegato alla tipicità dei beni protetti; di qui, il carattere secondario o sanzionatorio della responsabilità, che implica una tutela subordinata alla violazione di diritti preesistenti, quali si darebbe solo in presenza di diritti soggettivi assoluti; di qui, ancora, la contrapposizione con la responsabilità contrattuale, che all'interno delle logiche dell'obbligazione, si rivolgerebbe, nell'impostazione tradizionale, direttamente alla sostituzione della prestazione inadempita. L'evoluzione successiva dell'ordinamento ha però comportato la necessità di canoni meno rigidi di tutela, possibili solo considerando una struttura aperta dell'illecito aquiliano e un'atipicità dei beni protetti, con una molteplicità di criteri di collegamento (e con conseguente svalutazione della stessa centralità del requisito della colpa), per come adatti alle specifiche esigenze di solidarietà sociale (si veda, per questa prospettiva, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 79 ss.; cfr., in precedenza, anche R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 171 ss.). In questo modo, si verrebbe a sancire il carattere primario della responsabilità aquiliana, idonea, come tale, a conferire rilevanza a beni e interessi non previamente considerati, o comunque non adeguatamente soggettivizzati, da parte dell'ordinamento giuridico. Il valore di clausola generale, che per tale via l'art. 2043 c.c. assumerebbe, si presenterebbe così idoneo, se portato alle sue estreme conseguenze, a rendere ammissibile la risarcibilità di qualsiasi diminuzione patrimoniale che il giudice riconosca *non iure*, anche se non qualificata *contra ius*, dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva previamente riconosciu-

Sul fronte, invece, della responsabilità contrattuale, si è iniziato a mettere in discussione la sua funzione in termini meramente sostitutivi all'adempimento, per accedersi ad una concezione di essa in senso riparatorio, così facendosi corrispondere il danno non al valore in sé della prestazione inadempita, ma all'eliminazione delle conseguenze dannose dell'inadempimento. Ci si è potuti avvicinare, in tal modo, alla responsabilità aquiliana quanto a funzione, e a conseguente considerazione del relativo statuto (come detto, peraltro nel frattempo ammorbiditosi), in particolare in ordine al danno e alla generale considerazione colpevole della condotta⁹⁷.

ta come tale dall'ordinamento (c.d. danno meramente patrimoniale). La giurisprudenza ha avuto modo di rendersi partecipe dell'evoluzione descritta: in un primo momento, reputando risarcibile anche il danno da lesione di un diritto di credito (Cass., sez. un., n. 174 del 2 gennaio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, cc. 342 ss.); successivamente, adottando l'espedito della lesione di una situazione giuridica appositamente elaborata, di carattere omnicomprensivo, e non altrimenti qualificata, quale il diritto all'integrità patrimoniale (Cass., sez. III, n. 2765 del 4 maggio 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745 ss.; sez. un., n. 4755 del 25 luglio 1986, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 386 ss.); e, infine, facendo espresso riferimento alla clausola generale (Cass., sez. un., n. 500 del 22 luglio 1999, già ricordata in ordine alla risarcibilità degli interessi legittimi). In dottrina, la ricostruzione in esame non è esente da critiche; ma va evidenziato, in proposito, come anche chi ha ritenuto di non poter aderire alla tesi della clausola generale (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 99 ss. e 129 ss.), ha comunque sostenuto che l'integrazione del requisito *contra ius* possa ricercarsi anche al di fuori della lesione di una situazione qualificata dall'ordinamento come diritto soggettivo, opponendosi unicamente alla risarcibilità del danno meramente patrimoniale. In tale prospettiva, è stato possibile, allora, svalutare la stessa contrapposizione tra la considerazione dell'art. 2043 c.c. come norma primaria e la sua considerazione come norma secondaria, assumendosi la commistione tra le due funzioni (cfr., nella sua particolare declinazione, M. BARCELLONA, *Trattato sulla responsabilità civile*, cit., pp. 37 ss. e 221 ss.).

97 Rispetto a quanto detto alla nota precedente, la responsabilità contrattuale ha infatti conosciuto un'evoluzione che, seguendo una strada convergente, sull'opposto versante, rispetto a quella subito sopra descritta in ordine alla responsabilità extracontrattuale, è giunta, per tale via, ad un suo avvicinamento a quest'ultima forma di responsabilità. La logica tradizionale del danno da inadempimento era, infatti, lo si è ricordato, quella di porsi in chiave essenzialmente sostitutiva all'inadempimento stesso, in funzione, cioè, della mancata attuazione del rapporto obbligatorio, di modo da far conseguire al creditore la medesima utilità della prestazione inadempita. Successivamente, tuttavia, tale ricostruzione è stata messa in discussione, e si è incominciato a concepire la responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. quale avente funzione di carattere riparatorio. Questa, quindi, al pari di quanto avviene nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, dovrebbe consistere nella reazione avverso il pregiudizio effettivamente prodottosi: conseguentemente, opinandosi in questo senso, il danno viene a farsi corrispondere non, in sé, al valore della prestazione inadempita, ma all'eliminazione delle conseguenze dannose che dall'inadempimento derivano per il creditore; e viene rivalutata, tra l'altro, la generale considerazione della condotta sotto il profilo della colpevolezza, seppur, nelle sue effettive conseguenze, compatibilmente con la disciplina di cui all'art. 1218 c.c.; da ciò deriva, inoltre, la separazione della tutela risarcitoria da quella propriamente rivolta all'adempimento in forma specifica

Non è estranea, alla tendenziale commistione descritta, neppure la questione inerente all'ascrivibilità alla responsabilità contrattuale di relazioni a cui, pur al di fuori di un rapporto obbligatorio per come tradizionalmente definito, si conferisce specifica rilevanza in questo senso (gli obblighi di protezione derivanti da un contatto sociale qualificato). L'impostazione in questione presuppone, in effetti, una generale critica ad una visione relazionale aperta della responsabilità extracontrattuale, tale per cui, appunto, i profili relazionali inerenti ai doveri di protezione andrebbero ascritti alla responsabilità contrattuale. La tesi, anch'essa sostenuta, che si pone in senso opposto a quella appena descritta, nel senso, cioè, dell'inclusione dei profili relazionali in questione all'interno della responsabilità aquiliana, rende però palese che non necessariamente tali profili risultano, in sé considerati, determinanti ai fini della inclusione nell'una o nell'altra categoria di responsabilità⁹⁸. È possibile evincere, in tal modo, la portata relazionale che, in generale, si riconosce comunque coinvolgere, in questo senso, entrambe le forme di responsabilità; una volta, allora, che il profilo relazionale in questione è in via generale ammesso anche nella responsabilità aquiliana, il riferimento all'una o all'altra delle differenti normative della responsabilità diventa questione di mera estensione della portata qualificatoria delle relative norme⁹⁹.

dell'obbligazione, con la generale assunzione, da parte della seconda, di un ruolo preminente rispetto alla prima. Su tali profili, cfr. in particolare M. PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, spec. pp. 69 ss. e 123 ss.; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 15 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, pp. 30 ss., 108 ss., 138 ss. e 643 ss.; si veda anche quanto si dirà *infra*, n. 100.

98 Si veda in particolare M. BARCELLONA, *Trattato*, cit., p. 65 ss., il quale, come già riportato *supra*, par. 2, n. 17, ritiene che, in tal modo, la concezione dell'obbligazione senza prestazione venga a presupporre, nel suo fondamento, una visione tradizionalistica della responsabilità aquiliana, avulsa dal criterio della relazionalità; si critica, allora, la relativa categoria, e si ritiene che la responsabilità da c.d. contatto sociale dovrebbe rientrare nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale. In senso analogo, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., p. 69 ss.; si veda anche M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1007 ss.

99 Rispetto allo scenario descritto alle note precedenti, in effetti, il recepimento della categoria del contatto sociale, e di quella consequenziale dell'obbligazione senza prestazione, può essere letto come tentativo di arginare l'espansione della responsabilità aquiliana quale clausola generale, senza per questo lasciare vuoti di tutela, attraverso la riconduzione alla responsabilità contrattuale tipologie di relazioni in sé non rappresentanti obbligazioni nel senso tradizionale del termine: cfr. in proposito, ancora, M. BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.* Ad ogni modo, nel mo-

A fronte dello scenario descritto, risulta dunque possibile individuare, in via di principio, una generale considerazione della responsabilità che, seppur in maniera non del tutto univoca, viene tendenzialmente ad assumere una funzione in termini riparatori, rispetto ad un profilo relazionale giuridicamente rilevante che si assume leso. In questi termini, si ha, quindi, la qualificazione giuridica di un interesse riparatorio, rispetto alla lesione di un interesse corrispondente ad una relazione pretesa-obbligo che l'ordinamento reputa giuridicamente rilevante, in disparte la specifica considerazione di quest'ultima (se componente di un diritto assoluto; se autonomamente rilevante in quanto tale come situazione a struttura creditizia; ecc.), nonché la specifica considerazione dell'interesse risarcitorio stesso (se autonoma situazione giuridica o meno)¹⁰⁰.

mento in cui si assume, secondo quanto pure detto alle note precedenti, che la visione relazionale è propria anche della responsabilità extracontrattuale, appare evidente come la riconduzione del contatto sociale all'una o all'altra categoria diventi una questione di mera scelta qualificatoria rispetto a due forme di responsabilità tra loro essenzialmente contigue, e risulti, in tal modo, indice della potenziale commistione tra le categorie stesse.

100 In particolare, rispetto a quest'ultimo profilo, la problematica che si pone è quella di valutare se le conseguenze della distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale individuino la lesione di un interesse ad una prestazione che sia o meno oggetto di una previa qualificazione giuridica autonoma da parte dell'ordinamento, quale contenuto di un corrispondente diritto di credito ad essa riferito (a cui cioè preesista o meno, in questi termini, un'autonoma obbligazione); rappresenti, cioè, anche una distinta considerazione della situazione risarcitoria, per come autonoma o meno dalla situazione giuridica leso. In questo senso, non pare possano porsi problemi in ordine alla considerazione di un'autonoma situazione risarcitoria qualora la natura della responsabilità sia extracontrattuale: in ragione dell'insussistenza di una originaria situazione autonoma creditizia, a cui ricondurre, nei termini descritti, la pretesa leso, si può affermare che l'art. 2043 c.c. qualifichi un interesse che, seppur connesso, in funzione riparatoria, a quello oggetto di lesione, è nondimeno da quest'ultimo autonomo e distinto (si vedano, ad es., le considerazioni di A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 424, n. 183).

Più complessa la situazione se la natura della responsabilità è contrattuale, nei termini di cui all'art. 1218 c.c. In tale ipotesi, infatti, la preesistenza di un'obbligazione porta a ritenere che l'obbligo di risarcimento del danno non rappresenti un obbligo autonomo, ma costituisca lo svolgimento del vincolo di responsabilità coevo al sorgere dell'obbligazione (in questo senso la posizione nettamente maggioritaria: cfr., ad es., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, Milano, 2012, p. 121 ss., per cui la prestazione risarcitoria si aggiungerebbe, in caso di ritardo o inesatto inadempimento, o si sostituirebbe, in caso di inadempimento totale e definitivo, alla prestazione originaria, non estinguendo la relativa obbligazione, ma, attraverso un fenomeno di surrogazione oggettiva, mutandone l'oggetto; in senso contrario, si vedano però, in particolare, F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, II, *Distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 621 ss.; nonché, più di recente, G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2009, p. 122 ss.). L'impostazione appena rappresentata si presta, tuttavia, ad una riconsiderazione, nell'ambito della riferita svalutazione della distinzione tra le due forme di responsabilità quali categorie separate tra

Rispetto a tale prospettazione, la responsabilità *ex art.* 1218 c.c. individuerrebbe l'ipotesi in cui la relazione in questione corrisponde alla componente di una situazione autonomamente qualificata dall'ordinamento come diritto di credito, di una situazione, cioè, che si pone quale termine di un rapporto sostanziale di carattere obbligatorio¹⁰¹.

Non viene in conto, ai nostri fini, in quali specifici termini l'inquadramento della responsabilità appena rappresentato comporti una ridefinizione

loro, in particolar modo per la rivalutazione, in ordine all'obbligazione, della funzione riparatoria, e non sostitutiva, del risarcimento, a cui si accompagna il rilievo della relativa soddisfazione in forma specifica e il superamento della tutela risarcitoria quale rimedio primario a fronte dell'inadempimento (cfr. subito *supra*, in nota). In particolare, la caratterizzazione assunta in ordine al diritto di credito, e all'interesse ad esso sotteso, ha condotto la più recente riflessione dottrinale a collegare l'adempimento della prestazione – anche successivo, conservandone interesse il creditore, ed eventualmente a seguito dell'azione giurisdizionale – direttamente alla soddisfazione del credito, tenendo invece separato il risarcimento dei danni, quale rimedio rispetto al pregiudizio prodottosi a fronte dell'inadempimento; da ciò si è fatta conseguire la preminenza della tutela in forma specifica su quella per equivalente (cfr. in proposito quanto detto *supra*, n. 97; si vedano poi, su tutti, nelle diverse declinazioni, I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., pp. 15 ss. e 61 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 30 ss., 108 ss., 138 ss. e 648 ss.; in ragione di questa prospettiva, si è tenuta separata, da parte nostra, l'azione di adempimento da quella risarcitoria, anche in forma specifica: cfr. *Potere e situazioni soggettive*, II-1, cit., p. 87 ss., n. 97; *L'azione di adempimento*, cit., p. 151 ss.). In tale prospettiva, e pur con le difficoltà che sorgono in proposito (su cui sia consentito rimandare alle opere da ult. citt., ed ivi i relativi approfondimenti e i corrispondenti riferimenti), potrebbe allora ritenersi, quantomeno in via di principio, che, in forza della generale considerazione assunta dall'interesse al risarcimento rispetto a quello all'adempimento, tale da non potergli riconoscere funzione meramente attuativa dell'obbligo inadempito, l'obbligazione risarcitoria risulti idonea ad essere inquadrata in maniera autonoma da quella originaria, quale scaturente essa stessa dall'inadempimento, senza necessità di procedersi ad una 'fase successiva' della medesima obbligazione.

101 Rispetto a quanto spiegato subito sopra, nel testo e alle note precedenti, è possibile assumere, in altri termini, una generale considerazione della responsabilità per cui l'ordinamento riconosce l'interesse alla riparazione della lesione di una relazione pretesa-obbligo giuridicamente rilevante, in disparte come tale giuridica rilevanza si presenti (quale contenuto principale di una situazione giuridica qualificata come diritto di credito; quale uno dei contenuti di una situazione giuridica composita, anche differente da un diritto assoluto; ecc.). La distinzione, in questo senso, è di diritto positivo, e dipende dalla portata qualificatoria delle differenti normative sulla responsabilità, e dalla funzione che ad esse si riconosce (di qui anche l'eventuale soluzione in ordine al rilievo dell'obbligazione senza prestazione: cfr. subito sopra, nel testo e in nota). In tale prospettiva, si assume quindi una generale considerazione normativa del danno, quale lesione di una situazione pretesa-obbligo; con l'avvertenza, però, che non ci si deve appiattare su di essa per quanto concerne la valutazione del danno-conseguenza: più correttamente, non ci si può appiattare in questo senso se si riconosce una funzione riparatoria al risarcimento, che non consente un'automatica equazione lesione della situazione giuridica/danno risarcibile. Di qui la problematica dell'inquadramento, in particolare, della responsabilità contrattuale (rispetto alla quale tale funzione è precipuamente discussa: cfr. subito sopra, in nota): problematica a cui si ricollega anche la considerazione della relativa situazione risarcitoria (cfr. an-

della bipartizione tradizionale tra forme di responsabilità. Per quanto sia indubbio, infatti, che il recepimento del tendenziale superamento della loro tradizionale contrapposizione meglio si presti al tenore della ricostruzione che si vuole in questa sede portare avanti, va evidenziato, in ogni caso, come la distinzione in questione non apparirebbe comunque dirimente, sotto il profilo che qui interessa, nel momento in cui si prende in considerazione una responsabilità che deriva dall'esercizio dell'azione attinente ad un modello strutturale di tipo processuale, in ragione della particolare considerazione normativa dei rapporti che vengono in questione in tale ipotesi.

Sul punto, si deve tenere presente che, secondo l'impostazione da noi assunta, il rapporto tra privati e Amministrazione avviene, lo si è visto, su un piano procedurale, conformando a tale piano, espressione della struttura normativa della funzione, i caratteri delle situazioni giuridiche coinvolte e il rilievo giuridico degli interessi ad esse sottesi, sotto il profilo oggettivo e soggettivo. Ciò significa, allora, che anche la responsabilità attiene non alla lesione di un interesse riferito ad una situazione (prettamente) sostanziale, ma a quella di un interesse che trova riscontro sul piano procedurale. L'errore nella procedura, che abbia comportato la lesione di una situazione di carattere astratto o concreto, può portare, cioè, su un piano strutturalmente esterno alla funzione, ad una responsabilità per danni derivanti dalla lesione in questione. Sotto questo profilo, la responsabilità amministrativa risulta quindi ascrivibile alla medesima considerazione propria della responsabilità del giudice¹⁰².

cora sopra, alla nota precedente); nonché, più in generale, l'effettiva declinazione del rapporto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

102 Per un'impostazione simile, quale volta ad incentrare la responsabilità sulla centralità teorica del procedimento, così da considerarla ascrivibile allo stesso modello di quella degli organi giurisdizionali, cfr. L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 87 ss., spec. p. 158 ss.

La responsabilità civile del giudice, per come regolata dalla l. n. 117 del 13 aprile 1988, con le particolari modifiche apportate dalla l. n. 18 del 27 febbraio 2015, risponde infatti ai caratteri indicati, di necessaria separazione strutturale tra piano della funzione, di carattere procedurale, e piano della responsabilità, di carattere prettamente sostanziale. A tal proposito, può notarsi come, in primo luogo, siano stabilite regole particolari in ordine ai requisiti di attribuzione della responsabilità, sotto un profilo soggettivo e oggettivo: esse concernono la colpa del giudice, e il possibile rilievo dell'attività di accertamento, stabilendo una specifica disciplina per la violazione del diritto

Dalla rappresentazione effettuata derivano specifiche conseguenze in ordine alla natura e alla struttura dell'obbligo risarcitorio, e della relativa pretesa che con esso si rapporta; le quali giustificano, a loro volta, una specifica disciplina in ordine alla responsabilità stessa.

L'obbligo risarcitorio, infatti, non può porsi nella stessa dimensione attinente agli obblighi procedurali dell'autorità procedente, i quali si situano, come detto, all'interno della logica processuale dell'esercizio del potere. In questo senso, si deve allora ritenere che, in disparte l'adesione o meno ad un'impostazione che vede, sotto un profilo generale, l'obbligo risarcitorio quale situazione autonoma rispetto alla situazione alla cui lesione il risarcimento si riferisce¹⁰³,

UE (art. 2, l. n. 117/1988, come modificato dalla l. n. 18/2015). Inoltre, vi è una particolare declinazione del rapporto tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente: poiché, infatti, detto rapporto concerne due piani differenti, uno interno al profilo strutturale della funzione, l'altro ad esso esterno, si stabilisce che, in ragione della prevalenza del piano interno su quello esterno, è possibile accedere all'azione risarcitoria soltanto una volta esauriti i mezzi ordinari di impugnazione, ed entro un termine di decadenza specifico (art. 4, l. n. 117/1988). Infine, si discute della natura della responsabilità dei magistrati, se contrattuale o extracontrattuale, con posizioni che dipendono dal rilievo conferito al rapporto procedurale parti-giudice, in maniera essenzialmente analoga a quanto si verifica in diritto amministrativo nella considerazione del rapporto privati-P.A.; tuttavia, si ammette solitamente che la responsabilità in esame formi un sistema a sé stante, ove, anche nell'ipotesi di lacune normative nella disciplina speciale, potrebbe apparire eccessivamente semplicistico tentarne il superamento attraverso l'asettico riferimento allo statuto dell'una o dell'altra forma di responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. In generale, per un'analisi dell'istituto in questione e della relativa normativa, si vedano, tra gli altri, F. AULETTA, S. BOCCAGNA, N. RASCIO (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 aprile 2015, n. 18*, Bologna, 2017; N. PICARDI, R. VACCARELLA (a cura di), *La responsabilità civile dello Stato giudice*, Padova, 1990; L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 1988; M.T. STILE, *La responsabilità dello Stato-giudice e del magistrato tra garanzie costituzionali e moniti europei*, Napoli, 2016; G. FERRI, A. TEDOLDI (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, 2019; ivi ulteriori riferimenti.

¹⁰³ Si è detto, infatti, subito sopra, in nota, come la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, e in particolare la considerazione della funzione ad esse sottese, possano portare anche a conseguenze in ordine alla specifica considerazione della situazione risarcitoria, per come autonoma o meno dalla situazione giuridica lesa; in proposito, si è evidenziato come la problematica concerna in particolar modo la responsabilità contrattuale, ove si tende comunque ad una considerazione della prestazione risarcitoria quale interna alla originaria obbligazione. Ai nostri fini, si può ad ogni modo prescindere, come detto nel testo, dalla posizione assunta nei confronti dei termini tradizionali propri della relativa problematica civilistica (in sé considerata, e, del pari, in relazione alle forme di responsabilità alla stessa riferibili), la quale comunque si rivolge, per definizione, a situazioni di carattere prettamente sostanzialistico. Le considerazioni precedentemente effettuate vanno utilizzate, piuttosto, per rilevare come, in ordine allo statuto generale della responsabilità amministrativa, si debba in ogni caso ravvisare, nella prospettiva propria della nostra ricostruzione, un'autonoma rilevanza giuridica dell'interesse risarcitorio, rispetto a quello alla prestazione originaria oggetto di lesione, in ragione della struttura normativa procedurale in cui tale secondo interesse si inserisce. Più nello

nel momento in cui le situazioni giuridiche inerenti all'esercizio del potere si vengono a caratterizzare, in ragione della struttura normativa della funzione, per il loro carattere procedurale, l'interesse risarcitorio assume comunque un rilievo autonomo rispetto agli interessi, sottesi a dette situazioni procedurali (prettamente procedurali e a rilievo sostanziale), la riparazione della cui lesione è funzione della stessa situazione risarcitoria¹⁰⁴. Il carattere procedurale delle situazioni, infatti, non consente, sotto il profilo strutturale, di ascrivervi, quale loro componente, anche l'interesse risarcitorio, il quale, in ogni caso, rimarrebbe, non potrebbe che rimanere, su un piano prettamente sostanziale, nei termini che si sono specificati. In questo senso, il legame tra interesse procedurale

specifico, un autonomo rilievo della situazione risarcitoria andrebbe riconosciuto ogniqualvolta l'ordinamento determini, sotto un particolare profilo, una separazione strutturale tra i due ordini di interessi: in questa ipotesi, infatti, il legame tra obbligo violato e risarcimento, pur ravvisabile, non sarebbe idoneo a comportare la considerazione di una situazione unitaria sotto il profilo strutturale, ma potrebbe assumere un ruolo soltanto funzionale, nel senso che, sotto il profilo della tutela, l'una situazione risulterebbe funzionalmente collegata all'altra, in termini riparatori rispetto all'interesse oggetto di lesione. Ciò è quanto appunto si verifica in relazione al risarcimento del danno derivante dall'esercizio di un potere amministrativo, ove la struttura normativa della funzione è idonea a comportare la separazione strutturale tra le situazioni in questione, determinandone un legame soltanto funzionale: cfr. ancora subito di seguito, nel testo e in nota.

104 Si vuole dire, cioè, come, in disparte la posizione assunta in ordine alla generale questione del rapporto tra interesse leso e pretesa risarcitoria, in relazione alla tipologia di responsabilità considerata (contrattuale o extracontrattuale), nel momento in cui un interesse riceva rilievo giuridico in ragione, e nei termini, del suo carattere procedurale, pur se la situazione si presenti a rilievo sostanziale, allora non può non ammettersi anche che l'interesse risarcitorio sia qualificato in maniera autonoma da parte dell'ordinamento, in quanto attinente ad un rapporto che non potrebbe trovare riscontro sul piano procedurale stesso. Detto in altri termini, si può discutere sulla generale autonomia della situazione risarcitoria, e in particolare se, in ordine ad un'obbligazione di natura contrattuale, la prestazione risarcitoria rimanga all'interno dell'obbligazione originaria, procedendo da essa in caso di inadempimento, ovvero sia configurata come obbligazione autonoma, in ragione del rilievo che vuole accordarsi all'interesse alla soddisfazione dell'obbligo originario (cfr. quanto detto *supra*, n. 100, nonché alla nota precedente). Non può, però, anche ritenersi che l'obbligo risarcitorio sia già contenuto nell'obbligo del giudice (e, del pari, dell'Amministrazione) di adottare la sentenza (l'atto), o di concedere l'effetto costitutivo, quale prestazione, cioè, che succederebbe nel contenuto di una situazione di obbligo procedurale in caso di sua violazione: in tale ipotesi, infatti, le due prestazioni si pongono su due piani strutturalmente distinti, non potendo la pretesa risarcitoria entrare all'interno dell'esercizio della funzione; conseguentemente, si deve ritenere che l'ordinamento accordi alle due differenti categorie di interessi una qualificazione giuridica autonoma, tenendo distinte le due situazioni giuridiche. Ciò che, come si verrà a spiegare di seguito, nel testo, porta ad una considerazione particolare, comunque la si voglia intendere, della tipologia di responsabilità in esame.

leso e interesse risarcitorio può esplicarsi unicamente su un piano funzionale, che si presenti compatibile con la ricostruzione della funzione da noi effettuata.

Nella prospettiva descritta, l'obbligo risarcitorio è, dunque, situazione autonoma, di carattere prettamente sostanziale, la quale ha una funzione riparatoria rispetto all'interesse procedurale (a rilievo sostanziale o prettamente procedurale) leso. In questo senso, l'ordinamento qualifica due categorie di interessi, quelli di varia natura procedurale e quello risarcitorio, separati sotto il profilo strutturale, in quanto autonomi e distinti sotto il profilo del loro contenuto e del piano strutturale nell'ambito del quale trovano riscontro. La situazione risarcitoria, tuttavia, mantiene un legame funzionale con la situazione alla cui riparazione è rivolta, legame che può dispiegarsi nel mantenimento della separazione strutturale descritta¹⁰⁵.

La configurazione appena rappresentata può trovare riscontro nell'ambito del processo amministrativo, secondo l'interpretazione che dell'azione risarcitoria ha dato la giurisprudenza costituzionale e il legislatore del Codice. La Corte costituzionale, infatti, nei suoi noti interventi sul punto, ha specificato che, in disparte la posizione assunta in ordine all'autonomia o meno della relativa situazione, l'azione risarcitoria debba essere considerata in funzione della tutela dell'interesse legittimo, senza poter rappresentare, in sé, una materia ascritta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁰⁶. La stessa considera-

105 Nel senso descritto, la lesione di una situazione di carattere procedurale costituisce quindi un elemento della fattispecie risarcitoria, che consente alla situazione in questione di assumere comunque rilievo, quantomeno nei limiti di quanto indicato, anche al di fuori dell'ambito procedurale di riferimento. Sotto il profilo funzionale, come detto nel testo, la pretesa risarcitoria svolge infatti una funzione riparatoria rispetto all'interesse procedurale leso. La relativa considerazione della rilevanza di quest'ultimo, a sua volta, consegue allo specifico valore attribuito alla funzione, per come idoneo, sotto il profilo in questione, ad individuare una particolare connotazione della responsabilità amministrativa, la quale – come si dirà subito di seguito, nel testo e in nota – si caratterizzerebbe nel senso di una responsabilità da attività processuale/procedurale (cioè a prescindere, si aggiunge, dalla necessità di individuare una particolare forma di responsabilità, all'interno di una contrapposizione, che diverrebbe trilaterale, con la responsabilità extracontrattuale e quella da inadempimento di un'obbligazione sostanziale; necessità che, come pure si dirà di seguito, nel testo e in nota, dipende essenzialmente dal valore che intende attribuirsi al dualismo classico tra forme di responsabilità).

106 Cfr. Corte cost., sentt. n. 204/2004 e n. 191/2006. In particolare, la Corte, dopo aver affermato, nella prima delle due pronunce, che "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno in-

zione dell'azione risarcitoria si ritrova sul piano normativo codicistico: l'art. 7, co. 4, c.p.a., recependo le indicazioni dei giudici costituzionali, ha infatti stabilito che sono ricomprese nella giurisdizione generale di legittimità le controversie relative al risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi, che dunque non costituiscono una materia a sé assoggettabile alla giurisdizione esclusiva. Se ne ricava, di conseguenza, uno scenario in cui l'obbligo risarcitorio può inserirsi quale situazione autonoma di carattere prettamente sostanziale, con le conseguenze che da ciò derivano sotto il profilo strutturale, esprimendo al contempo un legame funzionale con le situazioni inerenti alla funzione amministrativa (a rilievo sostanziale e prettamente procedurale): le controversie risarcitorie risultano, cioè, autonome sotto il profilo strutturale, ma il riferito legame funzionale non consente di considerare le relative situazioni quali costituenti o comunque includibili in una materia specifica, assoggettabile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁰⁷.

giusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione", precisa espressamente, nella seconda decisione, che tale principio "impon[e] di escludere che, per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione competa al giudice ordinario: ciò dicendo non intende questa Corte prendere posizione sul tema della natura della situazione soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria, ovvero sulla natura (di norma secondaria, *id est* sanzionatoria di condotte *aliunde* vietate, oppure primaria) dell'art. 2043 cod. civ., ma esclusivamente ribadire che laddove la legge – come fa l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998 – costruisce il risarcimento del danno, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, come strumento di tutela affermandone – come è stato detto – il carattere "rimediale", essa non viola alcun precetto costituzionale e, anzi, costituisce attuazione del precetto dell'art. 24 Cost. laddove questo esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva e sia resa in tempi ragionevoli. (...) Da ciò consegue che, ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia – come si ritiene da alcuni –, o non abbia, intrinseca natura di diritto soggettivo: avendo la legge, a questi fini, inequivocabilmente privilegiato la considerazione della situazione soggettiva incisa dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, a questa Corte compete (e compete) solo di valutare se tale scelta del legislatore – di collegare, cioè, quanto all'attribuzione della giurisdizione, la tutela risarcitoria a quella della situazione soggettiva incisa dal provvedimento amministrativo illegittimo – confligga, o non, con norme costituzionali; ciò che, con la più volte ricordata sentenza n. 204 del 2004, questa Corte ha escluso". Sul punto, cfr. quanto si dirà di seguito, nel testo e alla nota successiva.

107 Dalle statuizioni della Corte cost., sent. nn. 204/2004 e 191/2006, riportate alla nota precedente, deriva, infatti, la conclusione per cui la situazione di pretesa risarcitoria – da considerare situazione giuridica autonoma, in ragione della ricostruzione da noi prospettata – non faccia riferimento ad una controversia che – si badi bene, *sotto il solo profilo funzionale della tutela* –

In senso corrispondente a tale configurazione della pretesa risarcitoria si connota, poi, la disciplina processuale della relativa azione, contenuta negli artt. 30 e 34 c.p.a., e la relativa autonomia rispetto alla tutela in forma specifica, di cui si è già ricordato¹⁰⁸.

4.1. Inquadramento generale dei caratteri della responsabilità procedurale della P.A. La responsabilità da lesione della buona fede

La connotazione, nel senso sin qui descritto, dell'obbligo risarcitorio, per come definito in ragione del rilievo conferito al piano strutturale proprio della funzione, e al correlato rapporto tra situazioni procedurali (astratte e concrete) e situazione risarcitoria, comporta, a sua volta, una specifica declinazione in ordine alla determinazione dei suoi elementi costitutivi, e di quelli della relativa

possa essere considerata in maniera distinta da quella principale, relativa alla situazione giuridica lesa. Conseguentemente, essa non può costituire una 'materia' ai fini dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la controversia risarcitoria segue, cioè, quanto a giurisdizione, quella della controversia sulla situazione lesa, in ragione del legame funzionale che lega l'una con l'altra (per un'interpretazione simile, si vedano F.G. SCOCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 8 ss.; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 173). In questo senso va, dunque, interpretato anche l'art. 7, co. 4, c.p.a., per cui "sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma": dalla lettera della norma, si ricava, infatti, come la controversia risarcitoria venga considerata come distinta da quelle sulla situazione giuridica lesa, in quanto rispetto ad essa *strutturalmente* autonoma (l'oggetto del giudizio è l'autonoma situazione di pretesa risarcitoria, mentre la situazione lesa, a rilievo sostanziale o prettamente procedurale, è conosciuta dal giudice *incidenter tantum*, come elemento del fatto costitutivo della prima); tuttavia, la controversia risarcitoria risulta automaticamente ascritta alla giurisdizione generale del giudice amministrativo, in quanto *funzionalmente* collegata alla tutela dell'interesse sotteso alla situazione giuridica lesa, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale.

108 Cfr. quanto detto subito *supra*, nel testo, in ordine al contenuto delle disposizioni indicate.

Nella prospettiva descritta, l'azione risarcitoria ha quindi ad oggetto l'obbligo risarcitorio, avente come contenuto la riparazione del danno determinato dalla lesione subita dalla situazione giuridica a rilievo sostanziale del privato, in ragione della mancata o inesatta soddisfazione di quest'ultima. La situazione giuridica a rilievo sostanziale o prettamente procedurale costituisce, invece, uno degli elementi del fatto costitutivo della situazione risarcitoria, di cui il giudice amministrativo conosce incidentalmente laddove l'azione risarcitoria sia proposta in via autonoma, possibile, come ricordato, in ragione del superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa ai sensi degli artt. 30, co. 1, e 34, co. 2, seconda parte, c.p.a. Il cumulo con l'azione di annullamento non è infatti necessario per conoscere della situazione di pretesa all'utilità finale, o alla correttezza formale dell'azione: nell'ipotesi in esame, venendo esperita un'autonoma azione di risarcimento dei danni, il provvedimento rimane quindi fermo nei suoi effetti, e il giudice conosce della sussistenza della situazione del privato in via meramente incidentale.

pretesa al risarcimento del danno. Essa va cioè, in questo senso, a collegarsi alla disciplina della responsabilità amministrativa, sotto il profilo sostanziale e processuale, la quale assume una specifica caratterizzazione appunto in ragione del ruolo che la stessa risulta rivestire rispetto al rapporto tra P.A. e privati.

Sotto la prospettiva indicata, si deve in effetti rilevare come, a prescindere dalla necessità o meno di configurare una specifica e ulteriore ripartizione di forme di responsabilità, il risarcimento da azione procedurale amministrativa non possa comunque trovare un'agevole collocazione nella considerazione dei tradizionali statuti di responsabilità, extracontrattuale o da inadempimento di un'obbligazione sostanziale, e nelle relative regolamentazioni¹⁰⁹. La circostanza che la lesione, comportante un danno, derivi dallo svolgimento di una modalità processuale di esercizio del potere, risulta infatti, in questi termini, idonea a conformare a tale rilievo strutturale anche i caratteri e i presupposti relativi alla responsabilità in questione.

Nel senso descritto, ancorché non sussista una specifica disciplina in ordine al risarcimento dei danni derivanti dall'attività amministrativa, risulterebbe allora possibile, in ragione della rappresentazione da noi prospettata, procedere ad una sua specifica ricostruzione su canoni differenti da quelli ordinari, da quelli, cioè, rivolti alla considerazione della lesione di interessi ascrivibili a situazioni prettamente sostanziali; si potrebbe procedere, in altri termini, ad una ricostruzione in ordine ai requisiti generali, soggettivi e oggettivi, inerenti alla responsabilità che deriva dalla lesione di interessi che trovano la loro rilevanza sul

109 Più nello specifico, a noi pare che la considerazione o meno di un terzo genere di responsabilità (responsabilità da attività procedurale/processuale), da affiancare agli altri, dipende dal rilievo che intende attualmente attribuirsi al dualismo classico tra forme di responsabilità, nei termini sopra ricordati: se si ritiene che questo costituisca (continui a costituire) la rappresentazione di una netta contrapposizione tra due modelli risarcitori, si dovrebbe, conseguentemente, reputare necessaria anche la configurazione di un terzo modello di responsabilità, da affiancare appunto agli altri; se, invece, si tende ad una strutturale svalutazione del dualismo richiamato, allora il risarcimento da attività procedurale dovrebbe venire ad indicare, semplicemente, un insieme di regole specifiche, determinate dal particolare rilievo delle situazioni procedurali, che si situerebbero all'interno di un più generale, ed essenzialmente unitario, statuto della responsabilità.

piano procedurale¹¹⁰. Tale ricostruzione, non serve sottolinearlo, non deriverebbe così da un particolare rilievo che assume il potere pubblico, quale contrapposto alle situazioni privatistiche; ma, appunto, dalla modalità processuale a cui è ascrivibile la struttura normativa della funzione attraverso cui il potere amministrativo è esercitato.

Non è questa la sede, ad ogni modo, per procedere alla relativa indagine. La presente trattazione, come avvertito, è volta infatti soltanto a fornire le generali indicazioni di inquadramento in ordine alla responsabilità amministrativa, attraverso le quali poter rapportare il piano a quest'ultima relativo a quello proprio della funzione. È possibile, tuttavia, alla luce delle considerazioni effettuate, procedere ad alcuni rilievi, che risultano in grado di guidare i possibili sviluppi di una prospettiva ricostruttiva quale quella appena rappresentata.

A questo proposito, si deve partire dalla considerazione per cui, in ragione di quanto spiegato in merito al rapporto tra situazioni procedurali, attinenti alla funzione, e situazioni prettamente sostanziali, ad essa esterne, la responsabilità può dirsi costituire il profilo di collegamento tra piano procedurale delle situazioni soggettive rivolte direttamente allo svolgimento dell'attività, e piano prettamente sostanziale ad essa attinente, che nella responsabilità stessa trova riscontro. La sua maggiore o minore estensione, e, correlativamente, le regole ad essa relative, concernono il rilievo che a quel piano viene ad essere conferito, sotto l'unico aspetto in cui questo senso può rilevare, quello, appunto, della responsabilità. Rilievo che peraltro, si aggiunge, può essere anche diverso in re-

¹¹⁰La questione, che in proposito ci si propone di dirimere, è quella concernente l'alternativa tra la possibilità che le regole a cui si fa riferimento possano effettivamente ricavarsi in via interpretativa, specificando se del caso in che limiti, e quella che vede necessario un espresso statuto normativo della responsabilità amministrativa, in mancanza del quale la relazione tra piano procedurale delle situazioni attinenti all'attuazione del rapporto, e piano prettamente sostanziale della responsabilità relativa a detta attuazione, è rimesso alle sole disposizioni che di esso espressamente si occupano (essenzialmente, quelle processuali di cui all'art. 30 c.p.a.), rimandandosi, per il resto, alla scelta in ordine alla tradizionale alternativa tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana. A noi pare, tuttavia, in ordine a questa seconda alternativa, che proprio la scelta tra l'una o l'altra forma di responsabilità risulta ridursi a mera petizione di principio, nel momento in cui assume rilievo il carattere procedurale dell'attività come termine di rapporto della relativa responsabilità: cfr. quanto considerato subito sopra, nel testo e in nota.

lazione alle singole materie, in ragione di una loro differente regolamentazione (si pensi, in particolare, alla particolare materia dei contratti pubblici).

Nel senso descritto, la responsabilità è quindi collegata alla condotta dell'Amministrazione, la quale, pur in generale avente considerazione procedurale, viene ad essere riguardata, a tal proposito, su un piano prettamente sostanziale. Così, in particolare, per quanto concerne le situazioni procedimentali (astratte), può dirsi che, una volta riconosciuta cittadinanza a situazioni relative all'assetto formale del procedimento (piano procedurale appunto astratto), per come separate da quelle rivolte ad un determinato esito dell'attività amministrativa (conseguimento dell'effetto/non effetto), secondo l'impostazione da noi rappresentata, la loro risarcibilità, in sé considerate (a prescindere, cioè, dalla spettanza dell'utilità finale), può essere riconosciuta in ragione dell'estensione, al piano esterno alla funzione, della rilevanza giuridica del relativo comportamento, che per tale via viene a ricevere riscontro¹¹¹. In merito, invece, alle situa-

111 Il danno di cui si chiede il risarcimento, nell'ipotesi che si sta esaminando, è quindi quello che riguarda la lesione di una situazione giuridica a carattere (prettamente) procedurale. Il risarcimento derivante dalla violazione procedimentale in sé considerata, autonoma rispetto alla sussistenza, in capo al medesimo soggetto, di una situazione giuridica a rilievo sostanziale (cfr., in proposito, *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., p. 186 ss.).

In questo senso, può ricevere riscontro, in particolar modo, la risarcibilità del danno che consegue alla mancata conclusione del procedimento nel termine normativamente stabilito, che è idoneo a rilevare anche a prescindere dall'infondatezza della pretesa del privato al conseguimento dell'utilità sostanziale (c.d. danno da mero ritardo). Non serve peraltro ricordare, in proposito, come il risarcimento per l'ipotesi in questione, di mancata 'spettanza' dell'utilità finale, sia stato tradizionalmente negato da parte della giurisprudenza (cfr. Cons. St., ad. plen., n. 7 del 15 settembre 2005; sez. IV, n. 4260 del 12 luglio 2018; sez. IV, n. 3068 del 23 giugno 2017). L'introduzione, da parte della l. n. 69 del 18 giugno 2009, dell'art. 2 *bis* alla l. n. 241/1990, che stabilisce che la P.A. sia tenuta al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, e il successivo inserimento, all'interno della medesima disposizione, da parte della l. n. 98 del 9 agosto 2013, di un co. 1 *bis*, che prevede un indennizzo espressamente rivolto al mero ritardo, per i procedimenti ad istanza di parte, da detrarre dall'eventuale risarcimento di cui all'originario co. 1, ha portato ad una maggiore adesione alla tesi della risarcibilità del danno da mero ritardo, che ha così potuto trovare riscontro, sia pure in maniera incerta, davanti al giudice amministrativo (in senso favorevole, pur se come *obiter dictum*, e nell'ambito della propria ricostruzione, Cons. St., ad. plen., n. 5 del 4 maggio 2018; ancora, Cons. St., sez. IV, n. 271 dell'11 gennaio 2019; successivamente, in senso negativo, tuttavia, Cons. St., sez. II, n. 106 del 7 gennaio 2022; anche Cons. St., ad. plen., n. 7 del 23 aprile 2021 pare porsi in senso contrario, ancorché non risulti del tutto chiaro, per la via indicata da tale pronuncia, il rapporto tra la responsabilità da lesione di interesse legittimo, che viene inteso come collegato al provvedimento favorevole, a cui la stessa sentenza espressamente si rivolge, e la possibile considerazione, che si ritrova in generale in

zioni individuate in una pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto (piano procedurale concreto), la loro risarcibilità si presta ad essere ammessa con riferimento alla relativa violazione, senza mettere in discussione il contenuto della situazione procedurale stessa, per come rivolta all'utilità finale: la considerazione del danno può, infatti, trovare comunque riscontro rapportando l'eventuale discrezionalità residua al piano prettamente sostanziale; e, quindi, in questo senso, alla possibilità di conseguimento dell'utilità corrispondente alla parte della pretesa parzialmente dimostrata (nei limiti, cioè, appunto della di-

giurisprudenza, di una diversa responsabilità da comportamento, prescindente dall'utilità finale, e potenzialmente rilevante anche in ordine al silenzio). In dottrina si vedano, tra gli altri, M. CLARICH, *Termine del procedimento*, cit., p. 151 ss.; M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. app.*, 2006, p. 62 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, p. 90 ss.; L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 663 ss.; M.C. CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 489 ss.; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 261 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *Federalismi.it*, 2009, p. 6 ss.; G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione*, cit., pp. 253-254; M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 174 ss., spec. p. 183 ss.; ID., *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei termini del procedimento*, in *Federalismi.it*, 2008; G. MARI, *La responsabilità per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 333 ss.; N. POSTERARO, *Brevissime riflessioni sul danno da ritardo*, in *Federalismi.it*, 2015.

Si può poi pensare, sempre in relazione alla lesione di situazioni prettamente procedurali, al danno che può derivare dall'erroneità dei motivi considerati ai fini della decisione, in disparte la circostanza che quest'ultima si presenti corretta in ordine al suo contenuto, concernente la produzione o non produzione dell'effetto precettivo corrispondente al potere azionato. L'ipotesi, a cui solitamente si fa riferimento (cfr. ad es., in vario modo, N. BERTI, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 219; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, *ivi*, 2017, p. 310), è quella per cui, poiché l'erroneità della motivazione non poteva consentire un congruo apprezzamento della correttezza o meno della decisione adottata, dovrebbe tenersi quantomeno conto dell'esborso sostenuto per le spese processuali, salvo prova del maggiore o dell'ulteriore danno (in disparte il profilo concernente la generale considerazione, su cui non può in questa sede entrare nel merito, del rapporto tra spese processuali e responsabilità, e del relativo legame con la soccombenza: in proposito, per una ricostruzione della questione processualistica, cfr. F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, II, Padova, 2000, p. 483 ss.; ID., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 249 ss.; ID., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 874 ss.). Vi può essere, poi, anche il caso di una specifica statuizione della motivazione, che risulti lesiva sotto un profilo rilevante per come in sé considerato (o comunque per come collegato ad altra circostanza esterna), produttivo di danno, senza che venga in conto la relativa correlazione con la decisione.

screzionalità esaurita), quale modalità di risarcimento della stessa pretesa sostanziale¹¹².

Nella medesima prospettiva, di correlazione dell'estensione della responsabilità, e delle regole ad essa relative, al rilievo che viene ad essere conferito al piano prettamente sostanziale della condotta rispetto a quello proprio della funzione, riceve poi una decisiva giustificazione anche la previsione, di cui al co. 3 dell'art. 30 c.p.a., relativa alla riduzione del danno in ragione del mancato esperimento dei mezzi di tutela in forma specifica. Non si assisterebbe, infatti, per tale via, ad un'ingiustificata limitazione all'accesso giurisdizionale al risarcimento dei danni, atteso che la preminenza, che la situazione procedurale assume rispetto a quella risarcitoria, deriverebbe direttamente dalla stessa prevalenza del piano strutturale della funzione rispetto a quello proprio della responsabilità, nei termini in cui si è spiegato venirsi a declinare. Il rapporto tra tutela in forma specifica e tutela risarcitoria, attenendo l'una al piano interno procedurale, l'altra a quello prettamente sostanziale, rispecchia quindi, in questo senso, il livello conferito al rilievo prettamente sostanziale dell'azione amministrativa, sotto un profilo di carattere generale¹¹³.

112 Nell'ipotesi che si sta ora considerando, infatti, il danno di cui si chiede il risarcimento è quello che deriva dall'inadempimento in ordine alla produzione/non produzione dell'effetto, come tale riferibile alla lesione della situazione giuridica del privato procedurale concreta, a rilievo sostanziale, nel senso da noi rappresentato (cfr. *supra*, par. 2.1). In relazione alla lesione descritta, rileva, però, la particolare declinazione procedurale propria della situazione in questione (cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 135 ss.): detta declinazione, infatti, se rispetto alla situazione stessa può comportare che il giudice possa arrestarsi ad un accertamento parziale, nei limiti della discrezionalità esaurita (sul punto, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, II-1, cit., pp. 138 ss. e 234 ss.), consente pure, nel momento in cui viene in questione la tutela risarcitoria, di fare riferimento al medesimo profilo ai fini della considerazione del risarcimento; consente, cioè, di riferirsi, a tali fini, alla lesione come rivolta ad una situazione considerata in una dimensione prettamente sostanziale ponendosi nel senso descritto nel testo (nel senso, cioè, di una considerazione parziale della situazione giuridica, riguardata, ai fini risarcitori, in una dimensione prettamente sostanziale, quale possibilità di conseguire l'utilità in ordine all'esercizio della discrezionalità residua). Si badi che, in questo senso, non si sarebbe al cospetto della tutela risarcitoria della lesione di una pretesa ad un'utilità strumentale, ma di una modalità di declinazione del risarcimento del danno rispetto alla lesione di una situazione di pretesa all'utilità finale (cfr. ancora *Potere*, II-1, cit., ivi).

113 Più nello specifico, con riferimento alla rilevanza attribuita al piano prettamente sostanziale rispetto a quello procedurale, possono reputarsi possibili, in astratto, le seguenti alternative: a) si vuole conferire un rilievo massimo al profilo prettamente sostanziale dell'azione procedurale; in tale ipotesi, l'azione risarcitoria non è soggetta a limiti, e l'atto espressione dell'attività

Infine, e in particolar modo, nella prospettiva rappresentata si spiega il ruolo che assume il riconoscimento giuridico di situazioni prettamente sostanziali correlate a buona fede e correttezza, punto di partenza della nostra trattazione. Le situazioni in questione si presentano, infatti, quali idonee ad estendere l'ambito di responsabilità di un soggetto, che opera su un piano che riceve rilevanza quale modello processuale di accertamento, anche al di fuori della riparazione della lesione di un interesse a tale piano direttamente attinente, e del corrispondente regime di responsabilità.

Nell'ipotesi della buona fede, lo si è visto, a venire in rilievo non è difatti, in sé, una situazione di stampo procedurale, ma una situazione, appunto, prettamente sostanziale. Ci si situerebbe quindi, in tale evenienza, al di fuori della lesione di una situazione procedurale (astratta o concreta); nonché del relativo statuto di responsabilità da attività procedurale, con la conseguenza che la responsabilità amministrativa potrebbe venire ad assumere una differente regolamentazione, propria dei comuni rapporti di matrice sostanzialistica.

procedurale può essere disapplicato; b) si vuole dare un rilievo intermedio al profilo prettamente sostanziale in questione; in tale ipotesi, l'azione risarcitoria è ammissibile anche se l'atto non è annullato, ma è soggetta a possibili limiti, quali: b1) la riduzione del danno che poteva evitarsi sperando il rimedio in forma specifica, attraverso l'impugnazione dell'atto nell'ordine superiore o nel grado ulteriore del medesimo ordine procedurale (è quanto stabilito, con riferimento alla prima delle due declinazioni, dall'art. 30, co. 3, c.p.a., per il risarcimento del danno da parte della P.A.); oppure, con maggiore pregnanza, b2) la sottoposizione dell'ammissibilità dell'azione al previo esaurimento dei mezzi ordinari di impugnazione, cioè dei gradi interni del medesimo ordine procedurale (come avviene per la responsabilità dei magistrati, ai sensi dell'art. 2, l. n. 117/1988, secondo quanto ricordato *supra*, n. 102), o dei mezzi di impugnazione di un ordine processuale differente (è quanto è previsto per il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'art. 35 CEDU); c) si vuole attribuire un rilievo minimo al profilo prettamente sostanziale; in tale ipotesi, l'azione risarcitoria non è ammissibile se l'atto non è stato impugnato nell'ordine procedurale superiore, oppure in un grado superiore o con un mezzo di impugnazione straordinario se la responsabilità è relativa all'attività inerente al medesimo ordine procedurale, e se l'impugnazione non ha avuto esito positivo, portando all'annullamento dell'atto.

La limitazione a cui si sta facendo riferimento nel testo, di riduzione del danno risarcibile da parte della P.A. in ragione del mancato esperimento dei mezzi di tutela in forma specifica, trova dunque giustificazione nel senso descritto, all'interno dell'alternativa b1); non invece, si aggiunge, da un generale riferimento al principio del divieto di abuso del processo, secondo quanto affermato da Cons. St., ad. plen., n. 3/2011, cit., per come riportato *supra*, n. 81.

BARBARA MAMELI

Ricercatrice di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza Università del
Piemonte Orientale
barbara.mameli@unipo.it

**LIBERO MERCATO E TUTELA DELLA PERSONA, HOMO
OECONOMICUS E CITTADINO. I DIRITTI
FONDAMENTALI AL COSPETTO DELLA
GLOBALIZZAZIONE**

**FREE MARKET AND PROTECTION OF THE PERSON, HOMO
OECONOMICUS AND CITIZEN. FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE
FACE OF GLOBALIZATION**

SINTESI

Il lavoro offre una riflessione su quale potrà essere la nuova definizione di Stato scelta dalla politica e quale ruolo sarà riservato nella sua concretizzazione ad amministrazione e mercato. E' un'epoca di grandi cambiamenti resi necessari dal susseguirsi di emergenze che spingono verso soluzioni globali e ridimensionamento della sovranità nazionale. Il mercato assume un ruolo di primordine, l'amministrazione come il cittadino paiono stretti nella morsa di digitalizzazione e controllo. Si vogliono quindi mettere in evidenza alcune valutazioni dei possibili rischi e sottolineare l'imprescindibile ruolo della Costituzione e dell'amministrazione nel garantire il rispetto e l'attuazione di diritti e libertà.

ABSTRACT

The work offers a reflection on what the new definition of the State chosen by politics could be and what role will be reserved for administration and the market in its implementation. It is an era of great changes made necessary by the succession of emergencies that push towards global solutions and the downsizing of national sovereignty. The market takes on a primary role, the administration and the citizen seem to be caught in the grip of digitization and control. We therefore want to highlight some assessments of possible risks and

underline the essential role of the Constitution and the administration in guaranteeing the respect and implementation of rights and freedoms.

PAROLE CHIAVE: Diritti fondamentali – Persona – Sovranità – Mercato – Globalizzazione – Amministrazione – Politica – Costituzione.

KEYWORDS: Fundamental rights - Person - Sovereignty - Market - Globalization - Administration - Politics - Constitution.

INDICE: 1. Una introduzione. – 2. Il punto di partenza. – 3. Il presunto colpevole, incapace e costoso ma mai responsabilizzato e qualificato. – 4. Il cambiamento, una nuova solidarietà. – 5. Art. 41 Cost. e diritto dell'Unione europea. Il rapporto tra diritto ed economia. – 6. Il mercato, il rischio di perdere la sovranità popolare e la scomparsa della democrazia. L'art. 1 della Costituzione. – 7. Algoritmi e intelligenza artificiale: si ridimensiona la discrezionalità. – 8. Quale spazio resta per la discrezionalità? Le libertà economiche europee. – 9. Il mercato come luogo di scambio. Il problema delle pressioni di poteri economici privati – 10. Il ritorno alla Costituzione e alla sovranità popolare.

«Non ti ho fatto né celeste né terreno, perché da te stesso quasi libero e sovrano artefice ti plasmassi e ti scolpissi nella forma che avresti prescelto. Tu potrai degenerare nelle cose inferiori che sono i bruti; tu potrai, secondo il tuo volere, rigenerarti nelle cose superiori che sono divine»

Pico della Mirandola, *Oratio de hominis dignitate*

1. Una introduzione

Differenti definizioni di Stato (di polizia, di diritto, imprenditore, regolatore, digitale) hanno identificato le diverse interpretazioni che la politica ha fornito della volontà del popolo sovrano per giungere oggi, come enfatizzato nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)¹, a riporre le aspettative

¹ Il contenuto dei diritti fondamentali non è oggettivamente delimitato ma interpretato e attuato da politica e amministrazione; si rivela pertanto fondamentale che i custodi dei diritti esercitino la discrezionalità loro attribuita, fornendo giustificazione e sottoponendo il proprio operato alla valutazione del popolo sovrano. C. CARMOSINO – S. DEL GATTO – F. DI MASCIO – E. GIARDINO – C. LACAVA – M. MAZZARELLA – E. MORLINO – A. NATALINI – P. RUBECHINI – G. SABATO – E. SCHNEIDER – G. SCIASCIA – S. SCREPANTI – G. SGUEO – L. TORCHIA, *Lo stato dell'amministrazione: dati di partenza e chiavi interpretative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1037, evidenziano come il PNRR inviato dal governo italiano alla Commissione europea il 30 aprile 2021, nel quale la riforma amministrativa è considerata essenziale alla riuscita del

nell'economia di mercato e a offrire nuove delimitazioni e bilanciamenti di diritti e libertà fondamentali².

Di fronte alla tendenza in atto ho sentito l'esigenza di tornare a riflettere sul Testo costituzionale per verificare se dallo stesso non emergano precisi limiti a valutazioni politiche, amministrative e giudiziarie che, seppure suggerite da Unione europea o organismi internazionali, incidono su sovranità, democrazia e su quel “nocciolo duro” dei diritti e libertà che si è voluto proteggere anche dal potere pubblico³.

Più precisamente lo studio è volto a verificare se l'interesse del mercato, connaturato ad esigenze di crescita economica e interessi globali, non rischi di ridimensionare arbitrariamente prerogative dei singoli, finendo con il porsi in contrasto con la Costituzione⁴.

Il confronto tra poteri (poteri economici privati globali e poteri pubblici), che inevitabilmente si sta delineando, sottolinea la necessità che produzione ed esecuzione del diritto siano rigorose e controllabili.

Dinnanzi a continue emergenze che giustificano ridimensionamenti di diritti e libertà, nuove abitudini, costumi, valori e differenti priorità, divengono imprescindibili la richiesta di legittimazione democratico-costituzionale della le-

piano, non contenga chiare indicazioni delle misure e tempi per la sua realizzazione.

2 L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2/2022, 250, sottolinea come il provvedimento amministrativo sia divenuto una delle regole istituzionali del mercato «e, quindi, ciò che importa al mercato 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». Più esplicitamente: «Nella sostanza, legge e provvedimento amministrativo seguono le esigenze del mercato, le assecondano, le formalizzano in decisioni puntuali» (251).

3 L. TORCHIA, *Lo stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023, 18, si esprime in termini di responsabilità per l'erogazione dei servizi di istruzione, sanitari, previdenziali, di assistenza.

4 Poiché il contenuto dei diritti fondamentali (anche l'ambito definito dalla Corte Costituzionale come nocciolo duro) non è oggettivamente delimitato, ma interpretato e attuato da politica amministrazione e magistratura, si rivela fondamentale precisare che 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 V. VELLUZZI, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale: note (convergenti) sulle riflessioni di Fabio Ciarraelli*, in *Etica e politica*, 2/2022, 378. L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, cit., 234, sottolinea la «crisi dello Stato-di-diritto e dello stesso Stato-costituzionale, travolto dall'onda ordoliberal che funzionalizza in modo pragmatico il diritto al conseguimento di risultati economici, così come spazzato via dalla coppia globalizzazione/tecnologia».

galità istituita e un metodo giuridico che si configuri come controllo necessariamente retrospettivo della legittimità delle leggi⁵.

Il potere di incidere sulle situazioni soggettive altrui, troppo spesso giustificato da un sempre più imperscrutabile “interesse pubblico”⁶, richiede precise limitazioni e tutele che garantiscano il permanere di uno Stato rivolto alla persona e non soltanto al cittadino che produce ricchezza, indipendentemente da pressioni determinate da interessi economici globali.

Due gli assunti da cui partire.

La Costituzione non conferisce al potere esecutivo una posizione di supremazia o di privilegio sui cittadini, ma si limita ad assegnare all'amministrazione quel potere, e le sottese funzioni amministrative, finalizzato a rendere effettivi diritti e libertà fondamentali del popolo; il problema resta, quindi, l'interpretazione e la contemperazione di diritti e libertà, l'esplicazione dei valori come sintetizzati dal legislatore e attuati dall'amministrazione.

L'inefficienza amministrativa è correlata al fallimento della classe politica, all'incapacità di interpretare i bisogni dei cittadini e garantirne il benessere, all'impiego dell'amministrazione per finalità non sentite come rispondenti

5 V. VELLUZZI, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale*, cit., richiamando le affermazioni di Fabio Ciarra, 374. A. BARBERA, art. 2, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 1975, 58, rileva, che «a parte una più o meno soddisfacente elencazione di astratti diritti è proprio la insufficienza di una strategia istituzionale delle libertà che appare più evidente nella nostra Costituzione: tesa più a riconoscere fragili “diritti soggettivi” di libertà che ad esigere salde “istituzioni di libertà”, più a garantire “azioni” che a promuovere “partecipazione”, più a confinare la libertà nella sfera privata che ad assumere la tutela mediante apposite istituzioni e a rafforzarne le garanzie mediante una diversa organizzazione della Pubblica amministrazione (resa ancorata al passato, peraltro, dal prestigioso carisma di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.)».

6 Si riferisce a «trasformazioni del potere pubblico che sono evidentemente in atto», L.R. PERFETTI, *Di fuori della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2/2022, 232. Mentre V. VELLUZZI, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale*, cit., 377, evidenzia la necessità della certezza del diritto: «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». Tale necessità si rende particolarmente rilevante nei confronti di diritti e libertà costituzionali consentendo di evitare di derogare, attraverso l'interpretazione politica, alle fondamenta del nostro ordinamento giuridico.

all'interesse pubblico delle persone o, comunque, rivelatesi inidonee a garantire prestazioni soddisfacenti.

In secondo luogo si ritiene di aderire all'interpretazione che ritiene la Costituzione non conferisca a cittadini che operano sul mercato una posizione di supremazia o di privilegio sugli altri cittadini, limitandosi a proclamare il diritto di proprietà, senza qualificare l'iniziativa economica privata come diritto fondamentale o ritenerla inviolabile⁷, anzi, nei suoi confronti sono individuati vincoli gravosi⁸, tanto da definirla libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle altre libertà⁹.

Diversa la prospettiva europea che, se non può essere ignorata, certamente richiede di essere interpretata in modo da non porsi in contrasto con i principi supremi e i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale¹⁰.

Inevitabilmente il mercato finisce con il conferire ad alcuni soggetti privati il potere di incidere sulla sfera giuridica dei cittadini¹¹, creando un potere economico di cui spesso il legislatore si disinteressa¹².

7 M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582.

8 Art. 41, co. 2 e 3. Cfr. Corte Cost. 4 ottobre 2010, n. 289, punto 3.3.3., dove, con riferimento alla libertà di impresa, si afferma che «lo stesso legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta, ma l'ha subordinata al vincolo costituito dal mancato contrasto, fra l'altro, con l'utilità sociale».

9 M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit.

10 I controlimiti richiamano il carattere irrinunciabile di alcuni diritti fondamentali, A. TRAVI, *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, convegno 1 aprile 2022, Roma. Lo stesso A., A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 613 e 614, mette in evidenza che la giurisprudenza europea, perseguendo sempre *in primis* la tutela di interessi di ordine economico e industriale, giunge a decisioni che contrastano con il nostro ordinamento e con il Testo costituzionale, citando, come esempio, la giurisprudenza *Varec*, (Corte Giust., 14 febbraio 2008, in causa 450/06) e la direttiva europea sulle crisi bancarie (Direttiva n. 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive*, BRRD, recepita in Italia con il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180). In entrambe le ipotesi la Corte europea giunge a soluzioni bizzarre (bilanciamenti con interessi di ordine economico e industriale) che ridimensionano il ruolo del giudice e, di conseguenza, del diritto alla tutela giurisdizionale, pur di salvaguardare gli interessi di mercato.

11 I diritti del mercato consistono anche in poteri, esattamente come accade per i diritti di proprietà, poichè il loro esercizio produce effetti sulla sfera giuridica altrui, sul punto si veda S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, 2017, Torino, 1 ss.

12 F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in www.giustamm.it, dove l'A. evidenzia: «La tecnica della cartolarizzazione del rischio di credito era stata largamente imitata un po' dappertutto, era stata ed è insegnata nelle università più avanzate, addirittura in scuole private appositamente costituite, e, come sempre succede in questi casi, i discepoli hanno spesso superato i maestri nell'invenzione di prodotti

Fatte queste premesse si può osservare che la complessità dell'attuale periodo storico non è determinata soltanto da pandemie, crisi economica, crisi politica nazionale e internazionale, ma dalla necessità di non perdere di vista diritti e libertà del popolo sovrano, che non necessariamente ricevono la migliore attuazione assecondando interessi europei o internazionali, ma sicuramente richiedono una politica e una amministrazione al servizio del cittadino¹³.

Autorità, diritto pubblico, democrazia sono interessati da una profonda trasformazione influenzata da globalismo e intelligenza artificiale nonché dai connessi interessi economici¹⁴.

Ogni atto amministrativo può avere un effetto economico, la tipologia dei provvedimenti amministrativi ad effetti economici dipende dalle finalità di politica economica che si intendono perseguire da parte del legislatore che attribuisce determinati poteri ad organi della pubblica amministrazione¹⁵, tali finalità, però, non possono porsi in contrasto con la Costituzione che, se suscet-

sempre più complicati, appetibili per la loro affermata redditività e incomprensibili, nella loro essenza, anche per acquirenti professionali. La catena della cartolarizzazione del rischio era dovunque assai lunga e ricca di soggetti finanziari non bancari operanti sia nei mercati all'ingrosso, sia nei mercati al dettaglio.

*E le autorità di vigilanza? Si potrebbe subito rispondere che da loro c'era poco da aspettarsi dal momento che qualcuna di loro investiva parte del fondo pensioni dei propri dipendenti in hedge funds ... Un contagio da cartolarizzazione del rischio più che legittimo dal momento che nessuna legge o regolamentazione di alcun tipo proibiva la cartolarizzazione del rischio ... Né d'altro canto la pericolosità della cartolarizzazione del rischio di credito era facilmente percepibile isolando le singole fasi della catena di S. Antonio oggetto degli interventi delle autorità di vigilanza». Dello stesso A. si vedano, più ampiamente, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013; *Dalla banca pubblica alla fondazione privata*, Torino 2000.*

13 «L'intento è quello di mettere in luce l'opportunità di mantenersi sempre vigili sull'operato degli interpreti chiedendo loro l'adeguato impegno sul piano della giustificazione delle decisioni, piuttosto che cedere a un ingenuo (e incauto) ottimismo riguardo alla capacità dei giudici interpreti di dirigersi sempre e comunque nella giusta direzione riguardo alla tutela e alla valorizzazione dei diritti fondamentali» così V. VELLUZZI, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale*, cit., 376.

14 «L'uomo e il territorio: entrambi sempre più grandi e incontrollabili. Nuovi spazi e nuovi bisogni, a cui il canto della legge giunge più flebile, perché si è astratto, nel tempo, rendendosi incomprensibile. Necessità di trovare misura. Che la legge torni misura per poter essere regola. E che questa misura torni a essere, per quanto possibile, quella dell'uomo. Che deve partecipare al concerto, se vuole; ma deve volerlo, se può; ma può, perché, come sempre, la tecnica glielo consente. Infine, il grande ruolo dell'amministrazione, da rendere una gabbia di seta e non d'acciaio, per costringere gli uomini alla partecipazione e alla solidarietà, che potrebbero essere, nel mondo globale, la nuova forma dell'obbligazione alla convivenza», P. SCHIERA, *Dal potere legale ai poteri globali. Legittimità e misura in politica*, in *Scienza e politica*, Quaderno n. 1, 2013, 3. Molto interessanti le osservazioni di G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023.

15 Così F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nel 150 anni dell'unità d'Italia*, in *Dir. e società*, 2012, 101.

tibile di lettura orientata alla conformità con il diritto europeo, certamente non si presta ad un eccessivo e ingiustificato ridimensionamento di taluni diritti e libertà a favore di altri.

L'Unione europea ha accentuato il diritto di iniziativa economica e il diritto di concorrenza, fornendo al potere economico, inevitabilmente, la capacità di incidere sulle sfere giuridiche individuali dei cittadini¹⁶.

Se inizialmente il principio di legalità è servito quale strumento di controllo del potere pubblico¹⁷, recentemente ha principalmente assolto il ruolo di indirizzare la funzionalizzazione a garanzia della concorrenza e, di conseguenza, all'organizzazione della società e delle istituzioni all'interno delle regole economiche¹⁸. Anche la disciplina del procedimento amministrativo, con gli accenti su semplificazione, partecipazione e trasparenza diviene paladina della tutela di libertà economica e concorrenza, tutelando l'iniziativa economica privata¹⁹.

Sono evidenti i profondi mutamenti che le politiche di semplificazione/liberalizzazione hanno introdotto nei confronti degli istituti del diritto ammini-

16 L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, 2022, 31. «L'art. 41, in altre parole, è divenuto il tramite per giustificare e proteggere la libertà economica sotto una duplice prospettiva. L'una di carattere soggettivo, connessa alla sopra-descritta possibilità dei singoli individui di avviare e svolgere un'attività produttiva in assenza di indebiti impedimenti da parte di altri soggetti dell'ordinamento. L'altra, di carattere oggettivo, risultante dalla somma di queste "imprese" individuali, ritenute indispensabili per la creazione di un mercato concorrenziale che sia motore primario del progresso sociale, economico e tecnologico. Un progresso, dunque, che scaturisce dalla continua competizione fra interessi individuali — tanto tra operatori economici privati, ognuno portato a massimizzare il proprio guadagno a discapito dell'altro, ma anche tra "produttori" e "acquirenti", stante i contrapposti interessi di guadagno e risparmio — che mantenga viva la spinta verso l'innovazione e la crescita». M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 356 ss.; M. RAMAJOLI (voce), *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir., La funzione amministrativa*, Milano, 2022, 292 ss. L'intervento privato spesso non è determinato dalla volontà di partecipare attivamente alla cura del pubblico interesse, bensì dalla possibilità di monetizzare l'erogazione delle prestazioni.

17 La legalità intesa come misura del potere. Sul tema cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, in *Dir. pubbl.*, 1995, VII; Id., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 63 ss.; A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 91 ss.

18 L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.* 2013, 341 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 111.

19 Si veda il termine per la conclusione del procedimento, la scia, l'istituto del silenzio e, in particolare, del silenzio-assenso, la limitazione del potere di autotutela, l'accesso civico e il foia, etc.

strativo, spesso portati alle estreme conseguenze nel tentativo di utilizzarli in un'ottica di efficientismo economico.

Si è cristallizzata, altresì, la consapevolezza che il potere (capace di incidere significativamente e unilateralmente sulla sfera giuridica soggettiva delle persone) non è più solo pubblico, anzi, quest'ultimo deve necessariamente confrontarsi con interessi economici privati aventi rilevanza che trascende il nostro ordinamento giuridico, spesso in grado di influenzare le scelte pubbliche nazionali.

Nelle pagine che seguono si cercherà di porre in evidenza come il consolidamento di interessi economici globali e il contestuale ridimensionamento di autonomia del potere pubblico nazionale, dove l'amministrazione potrebbe divenire mero attuatore di algoritmi preconfezionati, non sembra la scelta idonea a garantire benefici alla profonda sofferenza dell'economia italiana e alla qualità di vita del popolo, e nemmeno una trasformazione compatibile con la Costituzione²⁰.

2. Il punto di partenza

La società attuale ha messo in evidenza debolezza, inadeguatezza e incapacità della politica (e del legislatore), decisamente sconfitta nell'attività di confronto con scienze non oggettive²¹.

Società complessa, labilità del potere politico, scienza e tecnica che si presentano ormai come discipline incerte; proprio laddove la scienza non è più ca-

20 V. VELLUZZI, op. cit., 378, «*La discrezionalità giudiziale è inevitabile, i caratteri e le esigenze dello Stato costituzionale la amplificano, ma proprio per questo è indispensabile ragionare sul come si possa evitare che la complessità dello Stato costituzionale, dei suoi presupposti, dei suoi contenuti e dei suoi compiti, si riduca al gioco (idealizzato) della discrezionalità dell'interprete*». Tale complessità, aggiungo, è ulteriormente aggravata dalle pressioni della globalizzazione e, come si tenterà di evidenziare, da un possibile controllo e indirizzo delle decisioni tramite strumenti dell'intelligenza artificiale.

21 Quando l'attività legislativa è rivolta alla regolazione di settori ampiamente condizionati dalle acquisizioni scientifiche, come per esempio la salute o l'ambiente, l'errata considerazione o del dato o del fatto tecnico-scientifico può avere conseguenze dirette sulla scelta legislativa, comportando vistosi errori del legislatore. Cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione e contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 143 ss.; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, 206 ss.

pace di fornire risposte certe dovrebbe svolgersi la scelta politica e poi attuarsi quella amministrativa e, invece, la prima ha finito con il piegare la scienza a vantaggio dell'economia (focalizzando l'attenzione unicamente sulla crescita del PIL) e l'amministrazione è stata declassata al ruolo di ostacolo allo sviluppo economico del Paese.

Si è convinti che tale percorso sia obbligato, perché conseguenza imposta dalla *primauté* del diritto europeo; il nostro legislatore, si ritiene, gode di ridotti margini di libertà e, nell'attuare le politiche di semplificazione e liberalizzazione inevitabilmente è tenuto a ridimensionare il potere discrezionale dell'amministrazione, finendo con l'incidere sull'attuazione dei diritti e delle libertà fondamentali²².

Eppure il Testo costituzionale si caratterizza per contenere garanzie negative e garanzie positive: le prime costituiscono un limite al pubblico potere a tutela dei diritti e libertà del cittadino, le seconde impongono all'amministrazione obblighi o doveri di fare, sono protese a migliorare le condizioni sociali di vita²³. Una politica influenzata dai poteri economici privati e un'amministrazione inefficiente si pongono in contrasto con la Costituzione.

La priorità politica e amministrativa pare ormai coincidere con risposte efficaci alle istanze del mondo imprenditoriale di prevedibilità e certezza²⁴.

La liberalizzazione mediante semplificazione è intesa e attuata come rimozione del necessario assenso pubblicistico all'avvio dell'attività economica e deve necessariamente comportare la riduzione della discrezionalità amministrativa nei confronti delle attività economiche²⁵. Ecco che la Scia può operare in

22 G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni*, cit., 113.

23 S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, 2017, cit. 7.

24 L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale, Le concezioni solamente formali della democrazia*, in *Revus*, n. 18, 2012, <https://doi.org/10.4000/revus.2291>: «C'è in proposito un equivoco nella tradizione liberale, che ha lungamente pesato nella concezione e nella costruzione dello "stato di diritto". Contrariamente alla loro configurazione corrente come "diritti di libertà", risalente a John Locke, questi "diritti di autonomia" sono infatti poteri, oltre che diritti fondamentali, dato che il loro esercizio consiste, diversamente da quello dei diritti di libertà, in atti precettivi produttivi di effetti normativi anche nella sfera giuridica altrui».

25 S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, cit., 68; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni*, cit., 136 ss.

ambiti dove sarebbe richiesto esercizio di discrezionalità tecnica e il silenzio-assenso si sostituisce alla valutazione degli interessi pubblici da parte dell'amministrazione e (come la stessa scia) a prescindere dalla rilevanza degli interessi pubblici coinvolti e nonostante la complessità delle previsioni normative che non sempre rendono agevole per il privato comprendere l'effettiva sussistenza dei presupposti sostanziali affinché gli istituti possano trovare applicazione²⁶.

Nello stesso tempo si assiste a irresponsabilità politica e sempre maggiore deresponsabilizzazione dell'amministrazione che torna a ricoprire il ruolo di "passacarte" di Balzac²⁷. I funzionari, identificati come impreparati, fonte di ritardi e di incertezze, sono sempre più controllati e sostituiti dall'iniziativa privata²⁸.

L'attuazione della Costituzione e, quindi, i diritti e le libertà fondamentali, però, non pare possa essere affidata alla responsabilità del privato. Il privato non è un soggetto pubblico e non è preposto alla tutela degli interessi del popolo sovrano, le scelte sono libere e non finalizzate all'attuazione degli interessi della collettività che rischierebbero di essere facilmente interpretati per la soddisfazione di interessi imprenditoriali²⁹.

Salvaguardare gli interessi pubblici e tutelare i diritti fondamentali richiede l'abile applicazione di principi di proporzionalità, precauzione e ragionevole-

26 N. PAOLANTONIO- W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, 756 ss.; B.G. MATTARELLA, *la Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, 1330.

27 R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo italiano degli ultimi decenni*, in www.giustizia-amministrativa.it.

28 Si pensi alle forme di accesso introdotte per garantire un controllo sull'amministrazione o alle ipotesi di silenzio e scia dove si ritiene che l'attività economica possa prescindere dalla previa valutazione amministrativa.

29 Il conflitto tra la ricerca individuale e egoistica del profitto e l'interesse dell'intera società la cui soluzione non può essere lasciata alle regole di mercato ma è compito di valutazione politica e di attuazione amministrativa. «*La legge, nella sua assolutezza, può essere il comando arbitrario che costruisce e rafforza sistemi di dominio incontrollati e che priva dei diritti elementari (compreso il diritto alla vita) individui e gruppi*» e ancora «*Le teorie odierne della democrazia si basano tutte su un più o meno assoluto o temperato diritto della maggioranza di mettere per iscritto la propria volontà, e sulla proclamazione del dovere della minoranza (...) di piegarsi a quella regola*», così G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, rispettivamente 18 e 27. Si aggiunge qui che la maggioranza spesso rappresenta unicamente gli interessi delle forze sociali che possono imporsi economicamente.

lezza. Se l'Unione europea persegue l'efficienza e tutela il mercato, nello stesso tempo ammette limiti e deroghe che nel nostro ordinamento trovano fondamento nei principi fondamentali del Testo costituzionale³⁰.

Si tenterà di evidenziare come una soluzione possa essere individuata in una diversa concezione dell'amministrazione che torna ad essere al servizio del popolo sovrano, perdendo le fattezze di una enorme macchina di sprechi, inefficienze e corruzione, obbligata ad indietreggiare dinnanzi agli interessi di mercato degli imprenditori privati. Ma soprattutto una amministrazione guidata da una politica che si libera dalle emergenze e dalle limitazioni di diritti e libertà fondamentali, una politica che non risponda soltanto a pressioni sovranazionali, ma che si renda trasparente e responsabile nei confronti del popolo sovrano in adempimento ai doveri democratici, rivalutando la sovranità interna ed esterna.

Etica, pedagogia sociale e responsabilità politica possono divenire gli istituti per il rinnovamento, ma anche lo strumento per evitare che lo scontro tra potere pubblico e potere economico privato si risolva a vantaggio del secondo a danno dei cittadini.

Non si può prescindere dal potere pubblico e dal confronto e responsabilità dello stesso verso i cittadini; il benessere e i diritti fondamentali non si prestano a essere interpretati dal mondo economico, pena il loro snaturamento.

30 «*Principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale*» e «*diritti inalienabili della persona umana*», costituiscono il limite elaborato dalla Consulta alla primazia del diritto europeo su quello nazionale. In tal senso la giurisprudenza inaugurata da Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183, sentenza *Frontini*; Id., 5 giugno 1984, n. 170, sentenza *Granital*. Più recentemente la Corte Costituzionale, sentenza n. 73/2001, ha specificato: «L'orientamento di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali incontra i limiti necessari a garantire l'identità e quindi, innanzitutto, i limiti derivanti dalla Costituzione. Ciò vale perfino nei casi in cui la Costituzione stessa offre all'adattamento al diritto internazionale uno specifico fondamento, idoneo a conferire alle norme introdotte nell'ordinamento italiano un particolare valore giuridico. I "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" e i "diritti inalienabili della persona" costituiscono infatti limite all'ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano "si conforma" secondo l'art. 10, primo comma, della Costituzione (sentenza n. 48 del 1979); quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni (sentenze nn. 183 del 1973; 176 del 1981; 170 del 1984; 232 del 1989 e 168 del 1991)».

Troppe volte ormai il legislatore ha pensato di incidere sui problemi dell'amministrazione intervenendo con leggi *ad hoc* nel tentativo di riformarla³¹, ma aggiungere nuove norme, alimentando confusione e difficoltà interpretative, creare sempre nuovi enti di controllo e adempimenti formali, comporta dispersione di responsabilità, inutili formalismi, aumento di costi e corruzione³².

Alla politica, che è stata finora in mano ai partiti, contraddistinguendosi principalmente per la spartizione dei posti, dovrebbe attribuirsi un ruolo attivo di implementazione delle prescrizioni costituzionali che mal si adatta alla continua limitazione della discrezionalità amministrativa a favore del mercato, ruolo che pare comportare costi maggiori per il benessere dei cittadini rispetto alla crisi economica che si vorrebbe risolvere (povertà, ambiente, salute...).

Si tenterà di sottolineare la necessità di una amministrazione capace di adempiere ai propri doveri con la stessa dedizione che vi impiegherebbe l'imprenditore di azienda, che si muove su basi eticamente aderenti al suo ruolo costituzionale perché l'attività amministrativa è un dovere al servizio del sovrano. Servono strumenti per superare l'indifferenza, garantire l'agire amministrativo e la responsabilità dei funzionari e politici³³.

Se la politica, infatti, continuerà a restare staccata da esigenze e volontà del popolo sovrano, anzitutto perché immune da qualsiasi responsabilità, ma anche perché influenzata da forti poteri economici, non potrà che essere l'amministrazione a ristabilire quel nesso e continuo confronto con la Costitu-

31 Osserva V. VISCO, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della P.A.?*, in www.ridiam.it, riferendosi all'assetto istituzionale dell'amministrazione «*Si tratta di un insieme organico e ipertrofico di norme, regolamenti, procedure, che sovrintendono al funzionamento delle pubbliche amministrazioni, norme primarie e secondarie, per lo più analitiche e di dettaglio piuttosto che di principio. Regole finalizzate al funzionamento degli apparati, ma prive di ogni relazione con la realtà oggetto dell'amministrazione e con le finalità concrete della stessa attività amministrativa. Frutto di una visione legalistica ed espressione di una coerenza in tema che prescinde non solo dagli esiti concreti dell'attività amministrativa, ma anche dalla realtà*».

32 Significativo è l'esempio dell'Università dove gli adempimenti formali e i controlli hanno inevitabilmente tolto grande spazio alla ricerca senza apportare aumento di efficienza. I nostri grandi Maestri sono rimasti irraggiungibili mentre noi contribuiamo ad aumentare la burocratizzazione di insegnamento e ricerca.

33 G.P. ROSSI, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della P.A.?*, in www.ridiam.it

zione per garantirne l'implementazione nel rispetto di quanto emerge dal confronto con i cittadini³⁴. E non potrà farlo mediante applicazione di algoritmi.

3. Il presunto colpevole, incapace e costoso ma mai responsabilizzato e qualificato

L'attenzione deve spostarsi sull'amministrazione e sulla sua imprescindibile funzione che non si presta ad essere ceduta al potere di mercato.

Si cercherà di esaminare quali aspetti si ritiene siano particolarmente nemici di una buona amministrazione e di comprendere i meccanismi che possono aver inciso su costi e inefficienza.

Può anzitutto osservarsi che l'eccesso di formalismo garantisce il controllo, ma è nemico dell'efficienza. La «calata dei timbri»³⁵ ha inciso profondamente nel nostro rapporto con l'amministrazione e l'attuale tendenza alla proliferazione di sempre più numerosi organi/uffici, con la moltiplicazione di com-

34 Molto delicata la scelta politica, ormai consolidata, di affidare il finanziamento della ricerca scientifica a soggetti privati.

35 D. DE CAROLIS, *Flaiano e la pubblica amministrazione*, Rea, 2010, 49 e 50, richiamando E. FLAIANO, *Le ombre bianche, Dei timbri e dei ladri*, Opere 1947-1972, 1382-83, riporta: «Dopo la calata di Goti, dei Visigoti, dei Vandali, degli Unni e dei Cimbri, la più rovinosa per l'Italia fu la calata dei Timbri. Erano costoro barbari di ceppo incerto, alcuni dicono autoctoni, dall'aspetto dimesso e famelico, che ispiravano più pietà che terrore. Invece di assediare le città e passarle, una volta occupata, a ferro e fuoco, essi usavano piccole frotte: senza dar nell'occhio. E vi si stabilivano a spese della comunità, rendendo piccoli servizi inutili ma che col tempo venivano ritenuti indispensabili. Ben presto ci si accorgeva che era impossibile fare qualcosa senza di loro. Né promettere, né mantenere o andare a nozze o vendere. Portati per natura a discutere di ogni cosa e all'approfondimento implacabile e cavilloso delle più semplici leggi e costumanze, i Timbri si trovarono a possedere le chiavi di tutto. Senza la benevolenza di un Timbro non si poteva nemmeno morire, e se questo vi pare assurdo, vi dirò che si poteva sì morire, ma non essere creduto. Nel tempo furono fatte varie leggi per contenere la loro preponderanza. Ma tutte erano viziate all'origine dalla necessità che anche per rendere esecutive quelle leggi occorresse un Timbro. La moltiplicazione dei Timbri, estremamente prolifici, era anche favorita dalla pratica che questi barbari affermarono, sospettosi com'erano anche dei propri simili, di doversi approvare l'un l'altro. Sicché diventavano necessari in numero sempre maggiore. E ve n'erano di varia importanza, dai più umili, i Lineari, ai più importanti, i Tondi, ma nessuno disposto a subire il predominio degli altri. Perciò feroci lotte intestine, che ancora oggi perdurano. Non è infrequente nei pubblici uffici, allorché ritenete di avere assolto ai vostri obblighi verso i Timbri, che qualcuno vi dica: Manca il Timbro Tondo, o Lineare, o Secco, o Punzone. Bisogna mettersi alla ricerca dell'assente, blandirlo, convincerlo, spesso corromperlo. La vostra identità, la vostra nascita, la vostra famiglia, i vostri beni, il semplice fatto che siete in vita, tutto è messo in dubbio dall'assenza di un solo Timbro; e così essi hanno stabilito che nessun cittadino può dirsi esistente senza il loro totale consenso. Colpita alla radice, la società patriarcale e nominale cadde preda di questi barbari, che ancora oggi governano l'Italia con il più semplice e astuto dei mezzi: ignorandola, anzi immersi nella continua contemplazione della loro forza, che nessun mutamento ha mai potuto domare; poiché è dimostrato che i mutamenti ec-citano i Timbri fino al delirio. Per un po' scompaiono, ma subito tornano più forti e resistenti di prima, come succede del resto con certe specie di insetti».

petenze ed enti di controllo, non fa altro che garantire la resa completa dell'attività amministrativa al temibile nemico.

Siamo passati da un'amministrazione distaccata e in posizione di primazia rispetto al cittadino ad una amministrazione trasparente e partecipata, ma, ciò nonostante, sempre incapace di soddisfare i bisogni dei cittadini in modo soddisfacente.

D'altra parte l'arretramento dell'amministrazione (o, più elegantemente, la semplificazione amministrativa), finalizzato a tutelare chi intende intraprendere attività economiche, altro non è che l'esplicita previsione di possibile deroga all'*iter* per ottenere il timbro. Così mentre un cittadino deve rinunciare alla vacanza all'estero perché l'amministrazione non riesce a concludere il procedimento per il rinnovo del passaporto nei termini, anzi nemmeno consente di presentare l'istanza per l'avvio del procedimento³⁶, all'imprenditore, per l'installazione delle strutture e degli apparati di telecomunicazioni, basterà attendere novanta giorni dalla presentazione delle istanze di autorizzazione³⁷.

Come osservato: «*Limiti e vincoli espressi da norme sostanziali, ben al di là delle deboli regole in materia di lavoro o di tutela dell'ambiente e dei consumatori, andrebbero peraltro introdotti anche a quei diritti-poteri che come si è detto sono i diritti civili di autonomia privata, onde impedirne l'odierno carattere sregolato e selvaggio, responsabile, come si vedrà più oltre di gravissime crisi economiche che rischiano di trasformarsi in crisi della democrazia*»³⁸.

Pare evidente la contraddizione: crisi economica, guerra, cambiamento climatico, pandemie, lotta all'informazione e digitalizzazione mettono a nudo

³⁶ Sono note le difficoltà che si incontrano per ottenere semplici rinnovi dei documenti di identità (impossibilità di presentare l'istanza, necessariamente online, prima di 6/7 mesi, tempi lunghi per la conclusione del procedimento che, per il rinnovo del passaporto, è di circa 4 mesi, in palese violazione dei previsti 30 giorni).

³⁷ Così il Codice delle comunicazioni elettroniche, cfr. C. MARI, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, in *Rivista reg. mercati*, fasc.1, 2020: «*La semplificazione svolge un ruolo determinante nei settori caratterizzati da complessità degli interventi da realizzare che coinvolgono una molteplicità di interessi pubblici e privati e che richiedono necessariamente una autorizzazione*».

³⁸ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale, Le concezioni solamente formali della democrazia*, cit.

l'inefficienza dell'amministrazione ma, nello stesso tempo, pare sparita ogni esigenza di contenimento della portata espansiva dell'autorità nei confronti del cittadino o del pubblico dipendente, irrimediabilmente sopraffatti da controllo e formalismo quale male necessario per consentire all'amministrazione di operare. A salvarsi da tale accanimento è il solo potere economico che pare immune da autorità e controllo.

Proprio nei confronti dei soggetti deboli vanno ad abbattersi i "mali" dell'amministrazione che mantengono, però, indenni gli interessi di mercato dove si garantisce tempestività e certezza, snaturando così la funzione amministrativa che diviene l'ostacolo principale all'attuazione di diritti e libertà del cittadino.

E' fortemente condivisa in questo periodo di crisi la percezione dell'amministrazione quale apparato inutile e costoso che, anziché evolversi per rispondere all'implementazione di diritti e libertà fondamentali, resta sopraffatta da riunioni, compilazione di moduli, verbali, schede, report, lasciando al libero mercato la parte di attività che dovrebbe garantire il benessere del popolo e crescita economica.

E' altresì nota l'influenza degli imprenditori privati sulle scelte politiche e amministrative³⁹. Se l'amministrazione partecipata e trasparente consente astrattamente una maggiore considerazione dei bisogni sociali e interventi più efficaci, occorre, d'altra parte, garantire che il cittadino bisognoso possa far sentire la propria voce e che questa non sia sopraffatta da interessi di soggetti economicamente influenti⁴⁰.

39 P.L. PETRILLO, *La "guerra" tra gli organi costituzionali in Brasile e l'impeachment del Presidente dell'Unione*, in *Osservatorioaic.it*, 18.4.2016, osserva come il legame tra imprese e politica è noto e non è un caso isolato un sistema diffuso e strutturato di corruzione della politica basato su finanziamenti dello Stato a favore delle grandi imprese pubbliche che, a loro volta, giravano parte di questi contributi in favore di politici di tutti gli schieramenti.

40 Cfr. E. CARLONI, *Interessi organizzati, lobbying e decisione pubblica*, in F. MERLONI - R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, 109.

Altrettanto conosciute sono le difficoltà di sindacare nel merito le decisioni politiche⁴¹ e una regolamentazione giuridica rischia «di non cogliere i fenomeni reali che spesso tendono a svolgersi dietro le quinte, e di delineare procedure molto artificiali e il più delle volte inefficaci»⁴². E se tali considerazioni sono ben note nei confronti delle pressioni di interessi di categoria, è inimmaginabile l'influenza che possano esercitare poteri economici forti che trainano il percorso verso la globalizzazione.

Tra i molti tentativi per apportare miglioramenti nella compagine amministrativa, l'efficiente sistema di pianificazione è stato indicato quale condizione indispensabile per garantire un buon sistema di reclutamento. La pianificazione del reclutamento deve essere coerente con gli obiettivi strategici delle amministrazioni e tenere in considerazione le funzioni da sviluppare, le aree e/o i processi da razionalizzare/semplificare, la necessità di contenere i costi.

Il legislatore ha previsto la redazione dei piani triennali e annuali dei fabbisogni⁴³, di fatto, però, tali piani sistematicamente eludono la finalità principale della norma, riducendosi ad una mera compilazione, un esercizio formale e burocratico con l'unico risultato di appesantire il carico di lavoro dei dipendenti pubblici⁴⁴.

41 B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, 76: «e non si può controllare il merito delle loro decisioni, occorre intervenire sui processi di selezione dei decisori e di formazione delle decisioni stesse».

42 N. LUPO, *Quale regolazione del lobbying?*, in *Amministrazione in Cammino*, 2015. L'A. evidenzia che è possibile «disciplinare con accuratezza il rapporto dei lobbisti con deputati e senatori, o anche gli accessi dei lobbisti ai palazzi di Camera e Senato, ma il tutto finisce per essere del tutto vanificato dalle figure di ex parlamentari che fungono da lobbisti e altresì – assai più frequentemente di quanto si creda – da quelli che chiamerei parlamentari – lobbisti, ossia deputati e senatori che, come finalità essenziale o persino unica del loro mandato parlamentare, hanno appunto quella di perseguire ed appoggiare le richieste di una categoria o di un gruppo di interesse». Sul controllo delle lobbies attraverso trasparenza e normativa anticorruzione si cfr. D. DAVID, *Lobbying, gruppi di interesse e regolazione amministrativa: alcuni segnali di cambiamento?*, in *Federalismi.it*. In realtà qui il tema è più ampio fino a trascendere da interessi di categorie per includere gli interessi di poteri globali influenti.

43 Ci si riferisce alla c.d. Riforma Madia, art. 2, d. lgs. n. 75/2017, come mod.

44 Nessuna azienda privata si potrebbe mai permettere di introdurre simili procedure perché finirebbe con l'impiegare i propri dipendenti a svolgere attività di compilazione moduli (peraltro mai verificati da alcuno) distraendoli dall'incarico affidato.

L'irreperibilità dei dati consente poi alle amministrazioni di adattare la pianificazione alle esigenze degli organi politici o di singoli soggetti, risultando estremamente difficoltosa qualunque valutazione in merito alla veridicità degli stessi. Le scelte in materia di fabbisogno del personale e, quindi, di reclutamento restano, totalmente opache, insindacabili nonostante la continua proclamazione della realizzazione della trasparenza amministrativa⁴⁵.

Anche per quanto attiene al controllo dell'impiego delle risorse pubbliche disponibili, ovviamente, non potrà valutarsi se le stesse sono state impiegate nel perseguimento dell'ottimizzazione.

Finora pianificazione e controllo si sono ridotti in inutili formalismi che hanno finito, se possibile, con l'incidere con maggiore forza sull'inefficienza amministrativa.

Eppure il legislatore pare continuare a perseguire due obiettivi contrastanti: da un lato, l'impegno in continue riforme, la ricerca del cambiamento attraverso l'imposizione di sempre più numerosi adempimenti per obbligare la PA a conformarsi ad obblighi di predeterminazione e trasparenza, d'altro lato, l'ampio utilizzo di istituti che consentono di prescindere dall'intervento dell'amministrazione, ridimensionandone di fatto le prerogative quando sono in rilievo interessi di mercato⁴⁶.

La disciplina normativa incide sugli atti dell'amministrazione, sull'attività (procedimentale o contrattuale), sul modello organizzativo e sui soggetti⁴⁷: i continui interventi legislativi sono finalizzati a rendere l'amministrazione sempre più controllata e imbrigliata e questo dovrebbe renderla meno corrotta e più efficiente.

L'accessibilità totale delle informazioni e dei documenti riguardanti l'amministrazione diviene lo strumento privilegiato per garantire il buon anda-

45 C. CARMOSINO e altri, *Lo stato dell'amministrazione: dati di partenza e chiavi interpretative*, cit.

46 Si veda già F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, cit.

47 L. n. 241/1990 e s.m.; L. n. 190/2012 e s.m.; D. lgs., n. 33/2013 e s.m.; D. lgs., n. 39/2013 e s.m.

mento, sembra, però, si sia attuata esclusivamente la pubblicità dell'agire amministrativo (l'amministrazione si adopera per portare all'esterno le notizie che devono essere rese note) ma ancora manchi la trasparenza quale condizione stessa dell'agire amministrativo che ne garantirebbe comprensione e verifica. Ancora una volta si è burocratizzato l'agire per pubblicare, ma la casa dell'amministrazione è tutt'altro che di vetro⁴⁸. Si paragona l'amministrazione all'azienda privata, ma si dimentica che gli imprenditori non sono tenuti al rispetto dei sempre più numerosi adempimenti formali e controlli che caratterizzano un'amministrazione il cui agire è sempre più predeterminato e racchiuso in algoritmi⁴⁹. L'amministrazione dovrebbe essere l'interprete della realtà sociale, come ricordava Benvenuti, comprendendone i mutamenti⁵⁰, attuare quel diritto introdotto per soddisfare le esigenze del sistema sociale in cui esso vive, senza trasformarlo in strumento di potere per inseguire politiche economiche ed emergenze che finiscono per utilizzare l'interesse pubblico per soddisfare soltanto alcuni interessi ridimensionando l'esercizio dei diritti fondamentali⁵¹.

Per operare in una società complessa la PA necessita di autonomia e di personale esperto in diversi settori (giuridico, economico, finanziario, ingegneristico) mettendo a frutto quell'imprescindibile confronto tra scienze diverse che solo può garantire una adeguata conoscenza dell'ambito di intervento.

Emerge così un altro problema, quello di interpretare la Costituzione e garantire al cittadino libertà, uguaglianza e diritti fondamentali fornendo a tali principi un significato concreto e condiviso nella realtà attuale⁵².

48 M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, 121 ss., richiama la necessità che «la selezione delle persone che devono operare all'interno della struttura amministrativa avvenga in modo oggettivo e sulla base del merito; attraverso la previsione che dentro l'amministrazione ciascuno operi nel rispetto delle proprie competenze e vincolato alle proprie responsabilità».

49 N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, Torino (Einaudi), 2011, dove la democrazia è definita come quel regime che deve assicurare la massima libertà dei singoli e deve garantirne la tutela dal rischio di un'eccessiva invadenza dei pubblici poteri nella loro sfera privata.

50 F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, 1987, 8.

51 Interessanti le riflessioni sul ruolo che ha assunto la buona fede nel perseguire tali finalità, L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede*, cit.

52 L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale, Le concezioni solamente formali della democrazia*, cit.: «va aggiunta, alla dimensione formale della democrazia basata sui diritti politici e sui diritti civili, una dimensione sostanziale, relativa al "che cosa", cioè alla sostanza delle decisioni, sia pubbliche che pri-

In tale percorso molto fa riflettere tale affermazione: «*Suggerisco caldamente che chi apprezza la libertà individuale rivaluti il ruolo dell'individuo entro l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Non è più questione di difendere questa o quella libertà particolare – di scambio, di parola, di associazione, etc., – né di decidere quali legislazioni “buone” dobbiamo adottare al posto di altre “cattive”. Si tratta di decidere se la libertà individuale sia compatibile in linea di principio con gli attuali ordinamenti, incentrati e quasi completamente identificati con la legislazione*»⁵³.

4. Il cambiamento, una nuova solidarietà

La soluzione dei conflitti tra più interessi pubblici che coesistono e confliggono non può essere cercata nella Costituzione, perché la stessa pone gli interessi pubblici tutti nello stesso piano, se non altro perché le norme che prevedono questi interessi hanno lo stesso rango giuridico. La soluzione dei conflitti fra gli interessi pubblici spetta al legislatore, ossia al responsabile delle politiche pubbliche⁵⁴.

Tuttavia, in presenza di gruppi di pressione con evidente influenza sugli esiti legislativi, l'idea che il legislatore debba perseguire disinteressatamente il “pubblico interesse” o il “benessere generale”, come qualcosa di indipendente dell'interesse economico privato, è messa seriamente in discussione⁵⁵.

vate. Nelle odierne democrazie dotate di costituzione rigida, infatti, il rispetto delle regole sulla forma delle decisioni, a cominciare dalle leggi, è necessario ad assicurarne il vigore e la validità formale, ma non è sufficiente a garantirne la validità sostanziale. Perché una legge sia valida è altresì necessaria la coerenza dei suoi significati con regole e principi che ben possiamo chiamare norme sostanziali sulla produzione dato che investono, appunto, i contenuti e perciò la sostanza delle decisioni. Queste regole sono quelle stabilite di solito nella prima parte delle carte costituzionali: i diritti fondamentali, il principio di uguaglianza, il principio della pace e simili, cui corrispondono altrettanti limiti o vincoli di contenuto ai poteri di maggioranza».

53 B. LEONI, *La libertà e la legge*, Liberilibri editrice, 1995, 50.

54 G. CORSO, *La necessità di un bene comune*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 365. Si veda L. RAVA, *La scienza dell'amministrazione nelle sue origini italiane e nel suo più recente sviluppo* (1898), in L. RAVA, *Un pensiero per lo Stato. Antologia di un riformatore*, Vicenza, 2022, 163: «la vera politica è ben altro. Non soffoca, alimenta il diritto e lo ritempra e lo trasforma e lo muove. Il diritto come misura ha di fronte l'idea; la politica come impulso ha di fronte l'ideale. Così la politica aggiunge al diritto quello che il sentimento al cervello, e ne mitiga i rigidi sillogismi e lo fa entrare nella vita. Il diritto non può concepirsi come un nucleo immobile di principii assoluti. Politica e scienza sociale dunque non lavorano contro o fuori il diritto: ma lavorano col diritto e per il diritto, e sottopongono alla sua sfera di azione e di coordinamento nuovi rapporti che domandano di uscir dall'arbitrario indeterminato ed entrare, per utilità comune, nella sfera del regolato e dell'obbligatorio».

55 Così G. CORSO, *La necessità di un bene comune*, cit., 370.

Eppure, in seguito ai recenti traumatici avvenimenti (crisi finanziaria, pandemia, guerra), la speranza è nuovamente rimessa nella mano protettrice dello Stato che immediatamente risponde con nuove leggi, regolamenti, sussidi, premi, privilegi, tasse, spesa pubblica: una mano che rischia di distruggere la libertà e diritti.

E' proprio la Costituzione che, nell'affermare all'art. 97 Cost. che l'amministrazione opera in modo imparziale ed efficiente, si mostra pienamente consapevole che possa non essere così infatti, subito dopo, sancisce che «*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*»⁵⁶. Il Testo costituzionale ha consentito di legittimare gli interventi dell'amministrazione in via autoritativa consacrando la tutela del cittadino, mediante la giurisdizione amministrativa e consacrando la posizione soggettiva di interesse legittimo. Si legittima il potere pubblico, ma si è consapevoli che lo stesso può essere male esercitato e si prevede una tutela effettiva nei confronti del suo abuso.

Ciò che sfugge è la sempre maggiore difficoltà nell'individuare un interesse pubblico condiviso dai cittadini, non necessariamente rispondente a quanto richiesto a livello europeo o globale. In altre parole sfugge la pressione e possibile influenza sulle scelte politiche di un potere altrettanto autoritativo di cui sono dotati i "mercati", regolamentati mediante disciplina creata *ad hoc* che spesso sfugge al novero delle fonti formali nazionali o internazionali, la c.d. *soft law*⁵⁷.

Attraverso la globalizzazione si stanno delineando processi di autogiuridificazione di attori sociali diversificati che, con fonti che sfuggono alla nostra "piramide", regolamentano comportamenti nuovi che nascono da necessità storiche del momento. Il rischio evidente è che si finisca con l'imporre al popolo sovrano interessi di gruppi ristretti capaci di influire sulle decisioni politiche,

⁵⁶ Art. 113, co. 1, Cost.

⁵⁷ Sul tema A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

dagli interessi economici allo stile di vita fino al codice di comportamento e agli stessi valori da salvaguardare.

Diritto costituzionale e diritto amministrativo, discipline a contenuto strettamente legato al territorio nazionale, perderebbero così la propria ragione d'essere volta alla costante ricerca dell'interesse pubblico nazionale⁵⁸.

Osservazione, controllo e amministrazione, eccesso di burocrazia nei confronti del cittadino, semplificazione e azioni efficaci nei confronti dell'imprenditore non paiono strumenti idonei ad attuare il Testo costituzionale⁵⁹.

Stato e mercato, entrambi indispensabili per garantire diritti e libertà fondamentali, con etica e diritto, devono individuare soluzioni equilibrate che mai comportino l'eccessivo arretramento dell'uno a vantaggio dell'altro.

Il buon tecnico, anche in politica, agisce in base alla propria competenza specifica ed è proprio per questo che la stessa deve dimostrarsi adeguata all'intreccio sempre più complesso di bisogni e risposte provenienti dalla società, aprendo le valutazioni a conoscenze che possano colmare quella giuridica (di natura economica, sociale, politica, comunicativa)⁶⁰ con la consapevolezza

58 G. CORSO, *La necessità di un bene comune*, cit., 373, parla di pressioni per ottenere guadagni differenziali con mezzi politici.

59 *Guida pratica per una pubblica amministrazione di qualità*, in <http://ec.europa.eu/esf/toolbox>: «I partiti al potere definiscono le regole dell'amministrazione, che sono soggette al controllo, e possono decidere se il quadro normativo e procedurale debba essere al servizio dell'interesse pubblico o di interessi politici/privati; il che è di per sé una forma di 'corruzione legale' che non è etica ed è contraria ai principi della buona governance». Quando la ricerca scientifica procede al fine di raggiungere uno specifico obiettivo di rilevanza anche politica, essa si differenzia dalla ricerca pura (*research science*), sia per il diverso utilizzo che se ne fa nel discorso pubblico, sia per il maggior grado di integrazione che presenta con considerazioni di tipo politico, cfr. S. JASANOFF, *Procedural Choices in Regulatory Science*, in *RISK: Health, Safety and Environment*, 2/4, 1993, 143-160; M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 313-336. L'influenza della conoscenza scientifica sulla produzione legislativa non esime dal rispetto del Testo Costituzionale poichè l'incertezza che caratterizza le evidenze scientifiche è sempre e necessariamente colmata con valutazioni politiche che tengono in considerazione fattori sociali, politici ed economici.

60 F. BENVENUTI, *Nuovo Stato e crisi delle scienze politiche* (1994), ora in F. BENVENUTI, *Amministrazione*, 628, in merito alla insufficienza di una considerazione solo giuridica del fenomeno amministrativo, afferma: «la tradizionale considerazione della amministrazione sotto il profilo del diritto che la concerne, seppure conserva una sua logica fondamentale, tuttavia non è sufficiente a far comprendere il fenomeno nella sua interezza». Cfr. anche F. CORTESE, *Diritto amministrativo e altri saperi: nuove opportunità per la Scienza dell'amministrazione?*, in *Milan Law Review*, n. 2/2022; G. PASCUZZI, *Quale formazione per la ricerca interdisciplinare?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 1/2021, 337

della ormai conclamata incertezza dei saperi scientifici e il rischio che studi e ricerche possano perseguire interessi privati⁶¹.

Seppure consapevole della rilevanza del diritto europeo e del fenomeno della globalizzazione, ritengo fondamentale non perdere di vista l'interesse nazionale e del popolo italiano che necessariamente si impone su qualsiasi scelta.

Affidarsi ad un potere economico globale nella speranza di una migliore soddisfazione di diritti e libertà pare rischioso e, al momento, si è rivelata una scelta idonea a produrre interpretazioni restrittive, contemperazioni e limitazioni degli stessi oltre a perdita di sovranità⁶².

Il Testo costituzionale, si ritiene, deve continuare a costituire il limite invalicabile al nuovo potere, un potere sovranazionale che potrebbe confliggere con il potere statale tenuto ad attuare diritti e libertà fondamentali dei propri cittadini.

5. Art. 41 Cost. e diritto dell'Unione europea. Il rapporto tra diritto ed economia

Un dato di fatto: lo Stato, per impotenza o per meccanismi immanenti a ogni ordinamento giuridico, pare non più in grado di garantire, attraverso

ss.; M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2017, 187 ss.

61 Si veda, M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, Bari, 2021, il quale spiega come ogni evento che caratterizza i nostri tempi (alluvioni, pandemie, cambiamento climatico) costituisca presupposto per il supporto pubblico a ricerca ed investimenti privati e, concretamente, spendita di ingenti somme di risorse pubbliche che si traducono in enormi profitti privati: l'impresa privata – nel settore biomedico, dell'energia e del digitale – si appropria delle conoscenze generate dalla ricerca pubblica per trasformarle in rendite finanziarie, protette da granitiche posizioni di oligopolio. Soltanto una nuova e diversa attenzione ai diritti fondamentali consentirà di utilizzare privatizzazioni e mercato a vantaggio della concretizzazione dei diritti fondamentali. Osserva G. ZAGREBELSKY, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, cit., come il rapporto tra denaro e politica consista in un reciproco sostentamento tale per cui «il potere sostiene e rivitalizza il (procacciamento di) denaro» il quale, a sua volta, «sostiene e rivitalizza (l'acquisizione e il mantenimento del) il potere» e, «in questo cerchio chiuso di potere e denaro, non c'è posto per la politica»; la democrazia è svuotata di sostanza: viene meno la politica e viene meno anche la partecipazione della maggioranza dei cittadini.

62 La gestione delle attuali emergenze (pandemia, guerra e clima) pare significativa di quanto affermato. G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023; ID., *PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità*, in *Munera*, 1/2022, si esprime in termini di neoliberalismo amministrativo come emergenza costante.

l'ordinamento giuridico, le proprie finalità che trovano fondamento nel disegno costituzionale⁶³.

Poteri privati che sovrastano le singole nazioni (globali) si scontrano con le scarse capacità residue d'intervento dei soggetti politici tradizionali, compresi gli Stati sovrani, che sembrano avere ormai ceduto la sovranità (o comunque seriamente ridimensionata) ai rispettivi debiti pubblici.

La modifica dell'art. 81 Cost., ha incentrato l'attenzione sulla sostenibilità del debito pubblico e continuamente ridimensionato il vincolo dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse⁶⁴.

Ora, sicuramente la gestione delle risorse pubbliche deve essere rivista, e qui il connubio tra diritto ed economia si rivela importante, ma, per prima cosa, occorre incentrarsi su cosa debba intendersi per "utilità sociale" al fine di tentare di evitare comportamenti in contrasto con le fondamenta del nostro ordinamento giuridico e lo smantellamento della sovranità del popolo italiano.

L'interpretazione dell'espressione utilità sociale può essere la più ampia, così da farvi rientrare il benessere sociale⁶⁵. Tale espressione rischia, però, di

63 L'attuazione costituzionale, la definizione dei problemi, degli obiettivi e delle strategie non è appannaggio di un solo sapere; per capire fenomeni studiati da una certa disciplina occorre far ricorso ad altri fenomeni studiati da altre discipline e l'utilizzo delle diverse scienze, inevitabilmente soggette a sviluppo, errori e cambiamenti, deve essere preordinata all'interesse pubblico.

64 Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale (sentenze n. 235/2021; n. 115/2020; n. 49/2018; n. 274/2017) la norma rappresenta il collegamento tra sostenibilità del debito e tutela delle generazioni future e tenta di paralizzare la tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso continui rinvii, salvaguardando il principio di equità intergenerazionale, principio che comporta la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo. Solo di recente la riforma costituzionale del 2022 ha affianca la protezione delle generazioni future da un punto di vista ambientale alla protezione delle stesse da un punto di vista economico introdotta dalla riforma costituzionale del 2012.

65 La Costituzione non definisce né l'ambiente né l'utilità sociale cfr., *ex multis*, Corte cost. n. 218/2021, dove si evidenzia che la giurisprudenza costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata ne ha individuato il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. La Consulta ha «costantemente negato che sia "configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale", oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale "non appaia arbitraria"

perdere un reale contenuto precettivo, rientrando nell'interpretazione politica che insegue proclamazioni scientifiche spesso opinabili con il forte rischio che l'utilità sociale divenga un concetto soggettivo imponderabile.

L'influenza di organizzazioni sovranazionali, ma anche dell'ordinamento statunitense, premono per un netto ridimensionamento dello stato sociale, del benessere collettivo indipendentemente dal potere di acquisto del singolo. L'attenzione è unicamente riposta sull'innalzamento del PIL e sulla diminuzione del debito pubblico⁶⁶; per ottenere questo s'impone che il diritto si pieghi al mercato, a quel potere economico privato che potrebbe guidare politica e potere pubblico⁶⁷.

Nel nostro ordinamento la sovranità appartiene al popolo e non ai poteri di mercato, la libertà economica non è un diritto fondamentale, e l'art. 41 Cost. non enuncia la concorrenza⁶⁸.

e, "per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue".

66 A. D'ALOIA, voce *Generazioni future* (diritto costituzionale, in *Enc. diritto*, Milano, 361: «L'equilibrio finanziario, la stabilità dei conti pubblici devono essere considerati e mantenuti su basi di ragionevolezza — come dice la Corte costituzionale, attraverso "un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche" —, e questo vuol dire che ciò che va evitato è il debito eccessivo, incontrollato, non legato a spese di investimento, privo di qualsiasi riferimento di compatibilità e di coerenza con le strutture dinamiche di un sistema economico. A questa stregua, il tema dell'equilibrio finanziario e della sostenibilità della spesa pubblica, anche di quella sociale, non può rimanere confinato in una dimensione meramente tecnico-contabile; ma certo deve essere considerato come un livello di legittimazione del sistema, e un modo per garantire nel tempo i diritti e le risorse per l'eguaglianza».

67 V. TEOTONICO, *La scienza giuridica tra esigenze di innovazione e continuità costituzionale*, in *Rivista*, 15 maggio 2016, 2, osserva come la spesso richiamata transizione costituzionale si presenta come termine equivoco e difficile da prevedere nelle finalità che può perseguire: «per quanto usato, e forse anche abusato, (...) non è di facile definizione potendo assumere caratterizzazioni difformi a seconda della dottrina che lo adopera o dello specifico contesto (disciplinare, tematico, ecc.) in cui lo si può rinvenire. In particolare tra i giuristi, per transizione, spesso, si intende "trasformazione costituzionale". Anche questa espressione, tuttavia, se può indurre a circoscrivere l'esame solo a quelle transizioni volte a produrre mutamenti al più alto livello normativo, continua a mantenere un certo alone di ambiguità e non pochi margini di indeterminazione. Bisogna considerare, invero, non solo che essa nulla dice in merito a come e a quando avvengano tali mutamenti, ma anche che questi ultimi possono essere tanto nel segno della continuità quanto in quello della discontinuità ordinamentale, ossia possono lasciare intatti o, al contrario, sovvertire i principi fondamentali che dovrebbero guidare l'attività dell'apparato di governo (Stato-persona) e ispirare le varie forme di esperienza di vita associata (Stato-comunità)».

68 L'art. 117 Cost. è norma di riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni e non attribuisce rango costituzionale alle materie in esso elencate.

La L. 287/1990, in attuazione dell'art. 41 Cost., ha istituito l'AGCM e individuato nella predetta disposizione costituzionale il fondamento anche degli interventi statali di indirizzo regolatorio.

I limiti alla libertà di iniziativa economica sono numerosi e con legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, ne sono stati aggiunti ulteriori (art. 41, co. 2 Cost.): la salute e l'ambiente sono stati inseriti tra i preesistenti limiti costituiti dall'utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana. Il co. 3 dello stesso art. 41, inserisce poi la finalità ambientale accanto a quella sociale, entrambe individuate quali obiettivi della programmazione economica, imponendo di programmare le azioni temperando esigenze economiche e del mercato con quelle di salvaguardia dell'ambiente⁶⁹.

La crescita economica e l'iniziativa economica privata non dovrebbero in alcun modo interagire con la realizzazione del bene della collettività inteso quale soddisfacimento dei diritti fondamentali che nella gerarchia delle fonti si trovano ad avere rango superiore rispetto alle norme dell'Unione europea⁷⁰.

L'impressione è, però, che il dialogo nella dimensione europea risenta di quanto acutamente osservato da Calamandrei: «Nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza, e nella formulazione del problema è già implicito il criterio della soluzione»⁷¹.

Dal cambiamento climatico, alla crisi economica, passando per ulteriori emergenze, la soluzione porta sempre al ridimensionamento dell'autorità statale e del potere pubblico a vantaggio dei poteri economici che, tra l'altro, impongono un ridimensionamento dello stato sociale seguendo la strada pioniera del sistema americano. L'inserimento dell'ambiente nella Costituzione⁷² è evidentemente rispondente a pressioni volte a incentrare l'attenzione degli Stati sul tema del cambiamento climatico e giustificare le conseguenti azioni che sono/

69 L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà d'iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 2021, 4.

70 Teoria dei controllimiti

71 P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, 110.

72 Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

saranno adottate, anche quando inevitabilmente portano/porteranno a ridimensionare altri diritti e libertà.

Il criterio della soluzione giustifica anche l'orientamento che vuole una lettura dell'art.41 Cost. alla luce del diritto europeo, superando definitivamente il contrasto tra l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale che aveva finora trovato tutela nella teoria dei controllimiti.

L'Unione europea trova il proprio fondamento nel mercato, nella concorrenza e più in particolare nella correzione del mercato in funzione della concorrenza; la regolazione e le autorità amministrative indipendenti sono funzionali a questi obiettivi.

In qualche modo ci si illude della possibilità di sostituire il potere pubblico con un'economia sociale di mercato, la cui base è nell'economia di mercato e l'intervento pubblico è sempre più limitato.

In tale prospettiva la sopravvivenza dell'art. 41 Cost. è limitata ad una sua lettura che toglie al legislatore il ruolo costituzionale di attuare l'utilità sociale poiché l'elaborazione di quest'ultima non è più di competenza del soggetto pubblico ma il risultato della concorrenza di mercato e delle attività di interesse generale garantite da soggetti privati⁷³.

L'attuale crisi economica e il ridimensionamento del benessere della collettività rendono, però, evidente come mercato e potere economico non riescano a sostituirsi al difficile compito di ponderare diritti spesso in conflitto tra di loro, assicurandone l'attuazione di tutti (es. salute/lavoro, proprietà/verde pubblico, mobilità/ambiente, sicurezza/privacy e così via).

Mercato e sviluppo della società hanno aumentato i bisogni ai quali lo Stato è chiamato a provvedere, anche a fronte del dato oggettivo per cui una parte crescente della popolazione resta esclusa dalla crescita economica e richiede che lo Stato attui misure idonee dirette ad influire sull'ordinamento e sull'amministrazione.

⁷³ F. COSTANTINI, L'incontro di ApertaContrada sull'art. 41 Cost., 14 marzo 2012, in www.apertacontrada.it.

E' necessario un contemperamento fra interessi potenzialmente in conflitto, per esempio quelli dell'impresa e quelli della collettività alla salubrità dell'ambiente e alla salute, e tale bilanciamento di valori deve essere effettuato per il settore privato come per quello pubblico⁷⁴, ricordando che se tali valutazioni per il soggetto pubblico costituiscono presupposto di legittimità del provvedimento, per il soggetto privato la scelta è libera.

Così lasciare al mercato il compito di sintesi e di bilanciamento di interessi fra esigenze pubblicistiche e quelle privatistiche (tutela della libertà d'impresa dell'autonomia negoziale, svolgimento della personalità), se riduce il debito pubblico, potrebbe non garantire diritti e libertà fondamentali al popolo sovrano.

E' d'obbligo chiedersi se crescita economica e intelligenza artificiale siano davvero in grado di attuare la Costituzione con la piena soddisfazione di tutti di diritti e libertà fondamentali, oppure rischino di esacerbare le differenze sociali.

La tendenza ad allontanarsi dalle scienze umane privilegiando economia e algoritmi, formulazione di parametri rigidi nelle scelte, rischia di allontanare il soggetto pubblico dal ruolo di attuatore della Costituzione. Il fulcro della Costituzione è la persona fisica, non un calcolo o una formula che garantisce efficiente impiego di risorse.

Spesso la soluzione di un problema non richiede formule, ma l'elaborazione di nuove nozioni di giustizia sociale che tengano in considerazione gli effetti di mercato e crescita economica sui cittadini.

In ogni sistema economico il diritto è un elemento essenziale per il buon funzionamento del mercato; *«il mercato è un ordine giuridico»* (espressione di Natalino Irti): non esiste mercato in natura, se con il termine Stato intendiamo

74 L. DELLI PRISCOLI, Le modifiche alla Costituzione in tema di tutela all'ambiente e alla salute e i limiti alla libertà di iniziativa economica, in Riv. reg. mercati, 2022, n. 2.

l'intervento dei pubblici poteri, allora possiamo affermare che lo Stato è connotato nel mercato⁷⁵.

E allora lo Stato non può indietreggiare di fronte al potere globale del mercato. Utilità sociale e benessere non sono formule soggettive interpretate per realizzare soluzioni proficue per il mercato, ma nozioni oggettivamente legate ai diritti e libertà sancite nella Costituzione.

6. Il mercato, il rischio di perdere la sovranità popolare e la scomparsa della democrazia. L'art. 1 della Costituzione

Il fine della politica è soddisfare la generalità dei bisogni umani, solo nel momento in cui l'etica della *societas* e l'etica pubblica si identificano, rappresentanti e rappresentati si riconoscono nello Stato.

E' inevitabile che la morale debba giocare un grande ruolo nella ridefinizione di termini e categorie politiche, l'etica deve perdere il carattere dell'individualizzazione per divenire una regola sociale condivisa.

Si deve creare un dialogo costante tra coscienza sociale, politica, magistratura, affinché possa attuarsi la salvaguardia di un insieme di valori e la delimitazione di spazi da riservare al mercato e alla regolazione.

Il processo politico basato sulla costruzione di consenso all'accettazione di determinati programmi d'interventi deve partire dal nostro ordinamento: non può ignorarsi la globalizzazione, la normativa europea e l'influenza statunitense, ma qualsiasi programma deve prima di tutto essere trasparente, condiviso e accettato dai cittadini.

⁷⁵ G. PERICU, *www.apertacontrada.it*, cit. 38-39, «La privatizzazione si è svolta (...) sull'urgenza del momento senza preventivamente un'individuazione corretta del quadro di riferimento complessivo; ha determinato costi elevatissimi, la disgregazione dell'ambiente sociale, pensionamenti anticipati, persone che perdevano la dignità del lavoro. Era ben possibile uno scenario diverso meno drammatico e con effetti positivi sia sociali che economici. (...) Certamente se fosse stato possibile sostituire con capitali privati la presenza pubblica con l'obiettivo di mantenere in vita la struttura di grande impresa, evitando i dolorosi, infelici spaccettamenti, si sarebbe ottenuto un ottimo risultato. Fu preferita una diversa via motivata prevalentemente dall'esigenza di far cassa. (...) Emerge con chiarezza che il processo di privatizzazione è stato condotto senza una linea politica unitaria, senza obiettivi ben prefissati, tra i quali avrebbe dovuto esserci, oltre il reperimento di risorse economiche, anche il mantenimento in vita di apparati produttivi di alta qualità e assolutamente necessari per il paese. Nulla di ciò si è verificato con un gravissimo danno per tutti noi».

Abbiamo davanti eccessive concentrazioni di potere economico, spesso associate a una significativa influenza politica che è indotta ad accrescere le diseguaglianze e destabilizzare i rapporti sociali⁷⁶.

L'attuale crisi della rappresentanza, evidenziata anche da una continua carenza dell'affluenza dei cittadini alle urne, non fa altro che aumentare il fenomeno corruttivo, in gran parte avvantaggiato da una eccessiva e poco chiara produzione normativa⁷⁷. Il rischio è la perdita di vista dell'interesse pubblico primario⁷⁸ a vantaggio di scelte politiche condizionate dalla tutela del mercato economico o peggio di particolari interessi economici⁷⁹.

Pare indubbio che la disciplina europea rivolta a garantire e tutelare la concorrenza abbia inevitabilmente inciso sullo stesso concetto di interesse

⁷⁶ G. BELLANTUONO, *Costi morali e diritto comparato*, in G. BELLANTUONO, U. IZZO (a cura di), cit. 47.

⁷⁷ L'eccessivo numero di leggi vigenti aumenta il rischio di corruzione: «*Corruptissima re publica plurimae leges*», P.C. TACITO, *Annales*, Libro III, 27.

⁷⁸ M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 272. Interessante F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 e 26, dove rileva: «quello che viene chiamato interesse pubblico non è un'entità atta a imprimere una certa direzione a poteri amministrativi finalisticamente definiti: l'espressione è meramente descrittiva della ratio dell'assetto normativo degli interessi», con la conseguenza che, l'imposizione del primato della libera concorrenza finirebbe con il sacrificare la funzione amministrativa intesa come dovere sancito dall'art. 2 della Cost. di adempiere ai doveri inderogabili sanciti nel Testo costituzionale. Si vedano L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020, vol. IV; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 526 ss., il quale conclude affermando che sul piano soggettivo la titolarità dei «doveri inderogabili di solidarietà» di cui all'art. 2 Cost., può essere imputata anche alle pubbliche amministrazioni (pag. 532). L'A. si esprime condivisibilmente in termini di funzione pubblica di rilievo costituzionale, funzione pubblica che sembra enfatizzata unicamente quale ostacolo alla liberalizzazione del mercato. Si vedano anche F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016.

⁷⁹ G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni*, cit. 116., parla di «*riconfigurazione del potere discrezionale, che tenderebbe ad assestarsi attorno al suo nucleo elettivo, da ricercare nelle sole valutazioni che in un ordinamento democratico e pluralista ricadono a beneficio della collettività*». Tale ridimensionamento rischia di rendere impossibile una visione complessiva, uno studio e valutazione seria della realtà, a vantaggio di valutazioni settorialmente limitate e guidate da previe indicazioni politiche che lasciano alla discrezionalità amministrativa le sole funzioni che si è ritenuto di non semplificare o liberalizzare.

pubblico, sia quando si pone attenzione alla disciplina sulle semplificazioni sia riferendoci alla normativa sui contratti pubblici⁸⁰.

La Corte di Giustizia europea ha incessantemente imposto la semplificazione procedimentale quale limitazione del potere discrezionale amministrativo sostanziale e procedimentale al fine di garantire l'effettività della libera circolazione e l'espletamento delle dinamiche concorrenziali⁸¹.

Tuttavia, l'interesse alla concorrenza non è configurabile come un interesse pubblico collegato ad un diritto fondamentale, ma trattasi piuttosto di un bene comune che deve essere perseguito attraverso la regolazione degli interessi di imprese, consumatori e utenti.

Il rischio è che il nuovo potere economico, che si alimenta con la globalizzazione, s'imponga alle sovranità nazionali, perché non incontra più alcun ostacolo nel potere pubblico, quale attuatore e custode della Costituzione e della democrazia.

Occorre ripartire dalla sovranità nazionale ed economica, non per escludere la globalizzazione, ma per evitare che questa violi l'art. 1 della Costituzione.

Eccessiva semplificazione equivale a ridimensionare il potere dell'amministrazione proprio laddove lo stesso dovrebbe essere esercitato con competenza ed efficacia. Non è nel procedimento di rinnovo della carta d'identità che il potere pubblico si rivela importante, bensì nell'impedire che grossi interessi economici di pochi possano limitare diritti e libertà dei molti.

Eppure l'art. 4, L. n. 124/2015 ("Legge Madia") ha autorizzato il Governo a dettare norme di semplificazione ed accelerazione dei procedimenti amministrativi relativi a rilevanti insediamenti produttivi, ad opere d'interesse genera-

80 C. LAMBERTI, *La scia fra semplificazione e liberalizzazione*, in *Urb. e appalti*, 2013, 11 ss.; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, E. BOSCOLO, *La liberalizzazione. Delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost*, cit., 508.

81 S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 293; V. DE FALCO, *Il silenzio assenso in Francia. Questioni applicative a confronto con l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 151 ss.

le o all'avvio di attività imprenditoriali, suscettibili di avere effetti positivi sull'economia o sull'occupazione.

In attuazione è stato emanato il D.P.R. 12 settembre 2016, n. 194, che provvede a ridurre drasticamente i termini di conclusione proprio per i procedimenti amministrativi più complessi e delicati per la natura degli interessi pubblici e privati coinvolti, nonché un potere d'intervento sostitutivo straordinario del Governo in caso di inerzia delle amministrazioni pubbliche e, quindi, di inutile decorso del termine di conclusione procedimentale.

La strada della semplificazione, quale semplice eliminazione o estinzione del potere pubblico, si mostra così in tutta evidenza quand'anche si osservi che i brevi termini a disposizione per valutazioni complesse, da compiersi da parte di soggetto spesso non preparato e non competente, consente di demandare la scelta tecnico-amministrativa all'organo politico, il Governo, mediante l'esercizio dei poteri sostitutivi.

Termini brevi, commistione tra politica e amministrazione, silenzio assenso generalizzato e implicito venire meno dell'obbligo sancito dall'art. 2 della L. n. 241/1990 di provvedere mediante adozione di provvedimento espresso, sono gli strumenti finalizzati a garantire la crescita economica. Quest'ultima, si badi bene, non coincide con il benessere collettivo, ma si è finora risolta in ulteriore arricchimento dell'homo oeconomicus, garantendogli altresì un consolidato potere capace di indirizzare le decisioni politiche.

Come è stato puntualmente evidenziato, la semplificazione amministrativa in questo modo non significa semplicemente una riduzione degli adempimenti per l'imprenditore, ma introduce anche un equilibrio nuovo per l'attività amministrativa in quanto tale: «*La semplificazione è una sorta di cartina di tornasole, dalla quale si ricava una nuova scala di valori, con una selezione dei casi in cui l'intervento dell'amministrazione rimane irrinunciabile*»⁸².

⁸² A. TRAVI, *Pubblica amministrazione burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano (Vita e Pensiero), 2022, 123 e 124.

Le operazioni di semplificazione sono in realtà operazioni di “assestamento” più generale dell'amministrazione rispetto ai valori che dovrebbero essere condivisi socialmente e non politicamente imposti in adempimento a suggerimenti provenienti da istituzioni non nazionali⁸³.

Continue emergenze e produzione normativa volta a garantire interessi ritenuti preminenti rischiano di porre nel nulla diritti e libertà fondamentali.

La semplificazione amministrativa si presenta sicuramente quale fattore di attrattiva per gli investimenti privati, ma il prezzo da pagare impone di modificare radicalmente l'ordinamento costituzionale, che rinuncia al ruolo dell'amministrazione come sancito all'art. 2 Cost., per affidarsi al potere economico privato.

Il legislatore, mediante continue riforme, con il pretesto di rinnovare e rendere più efficiente l'esercizio del pubblico potere, finisce con il sancirne l'eliminazione, proclamando il raggiungimento delle finalità pubbliche attraverso percorsi che comportano risparmio di attività amministrativa⁸⁴.

La soluzione per una amministrazione che non riesce a garantire diritti e libertà fondamentali sembra ormai riposta nella semplificazione e nella conseguente riduzione dell'ambito di intervento. Purtroppo, però, tale scelta non significa una riduzione di autorità e un buon livello di vita per i cittadini, anzi siamo continuamente spaventati da continue emergenze che suggeriscono ridimensionamento dei diritti e maggiore controllo.

Poiché non si può rinunciare all'esercizio del potere chiamato ad incidere sulla sfera giuridica individuale per il conseguimento dell'interesse collettivo, ri-

83 Cfr. A.M. NICO, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 46: «la produzione normativa del Parlamento non trova rispondenza nella spinta o nella richiesta del corpo sociale e colui che dovrebbe essere l'interlocutore della sovranità popolare, per il tramite dei corpi intermedi, o non ascolta le esigenze del corpo sociale non disciplinando talune materie o, ed anche (nella simulazione di un certo efficientismo) infittisce la disciplina già esistente creando una sorta di bulimia legislativa a discapito della qualità normativa».

84 F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico in economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *www.aipda.it*, 3, dove afferma che una strada alternativa esisteva, intervenire sul nostro anomalo debito pubblico.

tengo che tale potere debba necessariamente continuare ad essere esercitato dall'amministrazione.

L'inefficienza risiede anzitutto nell'amministrazione che non provvede, rinunciando ad esercitare i propri doveri costituzionali⁸⁵, nell'inadempimento diffuso dell'obbligo di provvedere tempestivamente alla risoluzione dei problemi comuni, lasciati semplicemente al decorso del tempo mediante la generalizzazione di silenzi significativi⁸⁶.

Il perseguimento degli interessi della collettività non coincide necessariamente a breve termine con la crescita economica, con lo sviluppo dell'iniziativa privata, l'attrazione degli investimenti anche stranieri, lo sviluppo industriale ed infrastrutturale del Paese⁸⁷.

La sensazione è che l'attività politica (e normativa), spesso senza programmazione e confronto con i cittadini, non sia più espressione della sovranità popolare. Le molte disposizioni poco chiare demandano all'interpretazione l'evoluzione dell'azione pubblica⁸⁸, lasciano gli attori principali liberi di plasmare soluzioni conformi al disposto normativo per raggiungere finalità poco trasparenti.

Se può condividersi l'osservazione per cui quel che si chiede al progettista non è di diventare schiavo della norma, bensì di diventare il sacerdote del fine buono che la norma stessa serve⁸⁹, si deve sottolineare l'assoluta necessità

85 S. CASSESE, "Maladministration" e rimedi, in *Foro it.*, 1992, V, 243 ss.

86 M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, in *Giur.it.*, 2017, 990 ss.

87 M. AINIS, *Economia e diritto: una questione di misura*, in www.federalismi.it, 2015: «Economia e giustizia intessono, da sempre, relazioni conflittuali. D'altronde vi si riflettono mondi lontani, contrapposti: la prima è il regno della competizione, la seconda delle garanzie. Ma il conflitto parrebbe ormai risolto con un vincitore e un vinto, perché stiamo celebrando il trionfo dell'economia sulla giustizia, quindi sul diritto, quindi sui diritti».

88 Il problema di troppe leggi e di leggi poco chiare era già stato evidenziato in modo efficace dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364/88: «l'assoluta, "illuministica" certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di "entrate in vigore" di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviando, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori "seconde" mediazioni. La completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.)».

89 M. DUGATO, *Progetto e diritto perfetto*, in *Ardeth* [Online], 4/2019, 189.

di individuare il fine buono della norma e il pericolo di lasciare detta ricerca a chi attua la norma.

La medicina, come il diritto, pare aver scordato che l'obiettivo principale di un medico non è la malattia ma l'individuo con il suo vissuto e con le sue emozioni, spesso vera causa della malattia.

Ecco, il legislatore, come l'amministrazione, non dovrebbero considerare un problema astratto per il quale è già preparata la soluzione (il problema è identificato per applicare la soluzione), ma considerare il popolo sovrano e il cittadino con il loro vissuto ed esigenze, senza limitarsi ad attuare cure astratte individuate a livello europeo e/o internazionale che spesso mal si adattano alle caratteristiche del popolo italiano.

7. Algoritmi e intelligenza artificiale: si ridimensiona la discrezionalità

Se da quanto fin qui affermato sembra emergere l'esigenza di un'amministrazione che investe sulla formazione e sulla professionalità, il disegno politico è evidentemente di segno opposto.

Il D.L. n. 77/2011, convertito con L. 29 luglio 2011, n. 108, all'art. 5, co. 5, affida all'Ufficio per la semplificazione del Dipartimento della funzione pubblica il compito, tra gli altri, «di promozione e coordinamento degli interventi di semplificazione e reingegnerizzazione delle procedure e della predisposizione del catalogo dei procedimenti semplificati e standardizzati previsti nel PNRR» (lett. b), nonché di effettuare la «misurazione e riduzione dei tempi e degli oneri a carico di cittadini e imprese» (lett. c).

Alla volontà di accelerare l'attività amministrativa intesa come ostacolo all'ingresso al mercato⁹⁰, si affianca, sempre su impulso europeo, il processo di

⁹⁰ D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2018: «In questa prospettiva il disegno di semplificazione finisce per non concedere né spazio né tempo alle decisioni dell'amministrazione, le quali, invece, come ogni atto di determinazione, richiedono tempi e spazi lunghi al fine di poter considerare opportunamente una specifica realtà, uno specifico interesse. Accade così che nel procedimento amministrativo convivano più fattori. All'esigenza di "provvedere tempestivamente", posta alla base dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, si contrappongono le necessità di rendere evidenti le ragioni dell'azione, di consentire agli interessati di fornire il proprio apporto collaborativo e, più in generale, di configurare la decisione amministrativa come il momento riassuntivo di un'istruttoria completa e articolata. (...). In altre parole, la complessità dell'agire amministrativo potrebbe stridere con le prerogative di celerità, di sommarietà e, dun-

digitalizzazione dell'amministrazione, un'amministrazione che, con l'utilizzo delle tecnologie, in ausilio o in sostituzione del funzionario pubblico-persona fisica, sarebbe in grado di automatizzare le sue decisioni⁹¹.

Se esigenze dettate da efficienza economica hanno visto negli algoritmi e nell'automazione del processo decisionale della PA la soluzione ottimale⁹², nella convinzione che la soluzione più idonea fosse rimuovere o ridurre la discrezio-

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

91 Sul tema si veda D.U. GALETTA, J.G. CORVOLAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in www.federalismi.it, n. 3/2019.

92 L'inefficienza dei differenti controlli ha consigliato nuove forme di supervisione, cercando di porre in essere controlli sempre più penetranti per garantire la riduzione delle occasioni di corruzione. La soluzione è stata individuata nella riduzione dell'intervento del pubblico, attraverso liberalizzazioni e privatizzazioni nella convinzione che il mercato e le regole della libera concorrenza coincidano con gestione efficiente. Si è poi cercato di ridurre lo spazio di azione lasciato all'amministrazione mediante l'agire informatizzato. Informatizzazione come strumento di attuazione dei principi costituzionali del buon andamento e imparzialità. Gli artt. 41 e 50, d.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale - CAD), così come l'art. 3-bis, l. n. 241/1990, incentivano l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella gestione dei procedimenti amministrativi, consentendo la fruizione e la riutilizzazione dei relativi dati raccolti dall'amministrazione, al fine di assicurare, ex art. 12 CAD, «la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità con gli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione». Lo stesso Consiglio di Stato, con le sentenze del 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474, ha riconosciuto nell'algoritmo uno strumento procedimentale istruttorio, lecito purché pienamente conoscibile e utile anche per assumere scelte discrezionali, che vanno prese assicurando l'intervento umano. Cfr. già A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997 Agg., vol. I, 221: «Nella scienza informatica il programma è descritto come l'insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise, inequivoche, analitiche, generali ed astratte formulate ex ante (cioè prima che si presentino concrete questioni da risolvere e senza riferimento specifico ad esse) la cui applicazione porta al risultato conseguito. Esso ha a fondamento un algoritmo ovvero l'enunciazione rigorosa delle operazioni logiche e di calcolo da eseguirsi su determinati dati, la cui successione conduce al raggiungimento di un determinato risultato». I. MARTIN DELGATO, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. VITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2017, 146; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2020; N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in www.federalismi.it, 15 aprile 2020; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2018, 647 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in www.rivistaaic.it, 2018; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia_amministrativa.it, 2018.

nalità con la meccanizzazione e rapidità di decisione⁹³, pare che un controllo di conformità, non limitato alla sola legittimità ed efficienza economica⁹⁴, bensì di raggiungimento degli obiettivi di programmazione, quale risultato per l'attuazione del buon livello di vita possibile per il popolo, possa rappresentare un parametro oggettivo idoneo a tutelare la corretta attuazione del Testo costituzionale⁹⁵.

Rivolgere attenzione esclusiva alle imprese e ai costi che sopportano per instaurare un rapporto con l'amministrazione può illudere di migliorare la crisi economica esistente, ma l'amministrazione è al servizio della persona in quanto tale, non del solo operatore economico; l'agire amministrativo è al servizio del popolo sovrano e deve volgere la sua attenzione alla persona e ai suoi bisogni; la persona è un valore costituzionale e costituisce il limite del legittimo *agere pubblico*⁹⁶.

93 Il Codice delle comunicazioni elettroniche, per esempio, attua la semplificazione e liberalizzazione per l'installazione delle strutture e degli apparati di telecomunicazioni: Il silenzio assenso si forma con il decorso del termine di novanta giorni dalla presentazione delle istanze di autorizzazione, senza che l'amministrazione abbia adottato provvedimenti espliciti o sia intervenuto parere negativo dell'organismo a cui competono i controlli in merito ai parametri emissivi.

94 Come evidenziato da E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in Riv. giur. del lavoro e della previdenza sociale, 2018, 488: «La nozione di “performance” è tanto efficace quanto fuorviante: è efficace perché identifica esattamente l'oggetto delle attività di misurazione e valutazione; è fuorviante perché induce a ritenere che la “performance” stessa (o, meglio, la sua premiazione) sia anche il fine delle predette attività».

95 B. MAMELI, *La responsabilità per mancata attuazione del fine pubblico, uno strumento a tutela delle libertà e diritti fondamentali*, in PA Persona e amministrazione, 2022. D. SORACE, *Diritto*, cit., osserva che «l'ambito delle possibili scelte discrezionali è delimitato non solo da divieti ma anche da doveri positivi» che consistono nella finalizzazione delle scelte organizzative alla piena realizzazione dei diritti a prestazioni, per precisare a p. 339: «nei casi in cui dall'ordinamento (anche eventualmente in conseguenza di precedenti decisioni operate nell'esercizio di poteri discrezionali amministrativi) risultino dei diritti sociali consistenti in veri e propri diritti a prestazioni da parte di amministrazioni, l'ambito delle scelte discrezionali di queste ultime è limitato a quelle funzionali alla loro realizzazione. In tali casi, cioè, non soltanto non sarebbero ammissibili decisioni dirette a contraddire tali diritti ma neppure scelte che si ponessero un obiettivo diverso, per quanto di per sé non censurabile, da quello della loro realizzazione».

96 Cfr. G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996. V. anche M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 2/2020, 565 «se in ipotesi il legislatore omettesse di intervenire, non fissando con legge obblighi amministrativi puntuali, questo di per sé non giustificerebbe l'amministrazione pubblica a rimanere inerte, ove essa si trovi di fronte a situazioni in cui il “nucleo irriducibile” di diritti inviolabili sia esposto a minaccia di lesione o di ineffettività: in tali casi, infatti, l'art. 2 Cost., anche sine lege, impone alla p.a. doveri inderogabili».

Come ben esplicitato, il metodo induce alla definizione stereotipata dei passi da seguire, all'adozione di precisi protocolli di azione, all'aspirazione al riduzionismo algoritmico dei processi. Tutto vero e tutto dovuto al rigore metodologico. Solo che lo scenario descritto porta a una inevitabile focalizzazione. Quest'ultima ci impedisce di avere uno sguardo largo. Ci impedisce di vedere la possibilità del cambio di paradigma che è la base delle rivoluzioni scientifiche⁹⁷. Inoltre, algoritmi preconfezionati perseguono obiettivi predeterminati in astratto che esulano dalle necessità e peculiarità della realtà concreta.

Si aggiunge che «*un dispositivo teso unicamente all'affrancamento del richiedente dalle conseguenze della condotta (patologicamente) inerte del decisore pubblico*»⁹⁸, finisce per divenire lo strumento per rilasciare autorizzazioni in tempi certi a scapito di ponderate valutazioni dell'interesse pubblico⁹⁹.

Il Testo costituzionale è in bilico tra le esigenze di mercato globale e la tutela dei diritti fondamentali del popolo¹⁰⁰.

*li di intervento, a protezione e garanzia di quel "nucleo irriducibile". A quei doveri l'amministrazione non potrebbe perciò sottrarsi invocando la mancanza di una interpositio legislatoris: se fosse altrimenti, infatti, l'omissione legislativa giustificerebbe un'inammissibile deroga a ciò che è, invece, costituzionalmente "inderogabile"». Si veda anche L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, 9 gennaio 2019.*

97 Così G. PASCUZZI, *La definizione del problema nella ricerca interdisciplinare*, in G. BELLANTUONO, U. IZZO (a cura di), *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*, cit., 63.

98 E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in materia di telecomunicazioni*, in *Giur. it.*, 2021, 1931.

99 Come osservato il silenzio assenso consente di evitare che le procedure molto complesse, per i lunghi tempi necessari al rilascio del titolo autorizzatorio costituiscano un disincentivo all'investimento di capitali privati. «*Tali operatori, che investono risorse significative nella realizzazione di progetti per le energie rinnovabili, sono portati a rinunciare all'iniziativa qualora i tempi siano eccessivamente lunghi e, a causa della complessità della procedura, vi siano difficoltà nell'adozione della decisione di autorizzazione definitiva*», C. MARI, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, cit.

100 Come evidenziato da A. DELL'ATTI, *L'agenda europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Riv. reg. mercati*, 2016, fasc. 2, a proposito dell'economia collaborativa, «*può causare incertezza sulle norme applicabili, specie se si unisce alla frammentazione normativa derivante da approcci normativi divergenti a livello nazionale o locale e ciò, a sua volta, ostacola lo sviluppo dell'economia collaborativa in Europa e impedisce la piena realizzazione dei benefici che essa comporta*». Allo stesso tempo esiste il rischio che si sfruttino le "zone grigie" normative per aggirare le norme intese a tutelare l'interesse pubblico. L.R. PERFETTI, *Prefazione*, in D. VESE, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pisa, 2016, 5, sottolinea la necessità di restituire dignità all'amministrazione denunciando la resa dell'autorità dello Stato in favore del potere delle forze economiche del mercato.

Eppure, proprio riferendosi al PNRR, l'attenzione pare rivolta esclusivamente alla digitalizzazione dell'amministrazione, alla c.d. cittadinanza digitale, quale dotazione tecnologica e di semplificazione, presupposti per l'ammodernamento dell'inefficiente macchina burocratica.

Anziché propendere per algoritmi e silenzi, occorrerebbe sfruttare la facilitazione delle comunicazioni, consultazione e raccolta dati per garantire procedimenti partecipati, istruiti e adeguatamente ponderati¹⁰¹.

Si potrebbe giungere persino a risolvere il problema della democraticità delle lobby (o più in generale di poteri economici che si impongono a livello globale), dando voce a quei cittadini che non riescono a farsi ascoltare, motivando proprie esigenze e presentando problemi (evitando così la c.d. cattura dell'interesse pubblico da parte del lobbista)¹⁰². Si giungerebbe ad una responsabilizzazione della comunità locale chiamata a realizzare l'interesse pubblico e si limiterebbe il rischio che la politica sia consegnata a gruppi che rappresentano interessi economici forti¹⁰³.

101 «L'aspetto critico, dunque, non risiede nella natura negoziata dell'atto conseguente al processo decisionale pubblico ma nel metodo con cui si arriva a tale atto, nello strumento utilizzato per conseguire questa finalità, e, infine, nel modo in cui i vari interessi – composti, scomposti, ricomposti – sono sintetizzati nella decisione finale. E' proprio in questo "modo", in questo "processo", che si cela il rischio-corruzione che, tuttavia, non è legato né dovuto all'azione di lobbying in se stessa ma all'assenza di trasparenza che connota la maggior parte dei processi decisionali e all'elevata probabilità che a intervenire nel processo decisionale non siano tutti i portatori di interesse ma solo i "clienti e parenti" - per usare le note parole del politologo statunitense Joseph La Palombara», così P.L. PETRILLO, *La legge sulle lobby è indispensabile per la democrazia*, in www.federalismi.it, 13.

102 La Corte Costituzionale, nel ritenere legittimo l'intervento nel processo decisionale delle lobby, sottolinea però l'imparzialità del decisore pubblico, imponendo di ascoltare tutti i portatori di interessi particolari e non soltanto coloro con cui si intrattengono già rapporti (parità di accesso di tutti gli interessi). Corte Cost. n. 1/1974 e n. 379/2004. Come osservato, oggi è impossibile comprendere chi ci sia dietro un emendamento o un disegno di legge, P.L. PETRILLO, *La legge sulle lobby è indispensabile per la democrazia*, cit.

103 «Lo stato di emergenza sanitaria appena concluso (...), il ricorso a forme continue di indebitamento anche per alimentare fondi ad hoc come il fondo "Patrimonio Destinato" del valore di 44 miliardi gestito da Cassa Depositi e Prestiti, agli strumenti di finanziamento europeo straordinari come il 'Recovery Fund' e l'attuazione del PNRR hanno posto e pongono un evidente problema di trasparenza. Allo stato attuale, non è dato conoscere quali siano le lobby che incidono sulle decisioni relative agli ingenti investimenti derivanti dall'impiego dei fondi ottenuti, né tantomeno le modalità con cui tali soggetti operano o, ancora, i decisori con i quali interagiscono». Così P.L. PETRILLO, *La legge sulle lobby è indispensabile per la democrazia*, cit., 19.

8. Quale spazio resta per la discrezionalità? Le libertà economiche europee

L'amministrazione pubblica è divenuta frettolosamente il capro espiatorio, il male da eliminare forse perché strettamente legata alla salvaguardia della sovranità e interesse nazionale.

Non può ignorarsi il ruolo costituzionale che la stessa deve svolgere e, come si è osservato in apertura di questo lavoro, la stretta correlazione tra amministrazione, sviluppo e benessere del Paese.

Proprio la natura dell'amministrazione, strettamente legata alla sovranità nazionale, stride con globalizzazione e mercato se intesi quale nuova ponderazione del rapporto libertà economica/utilità sociale risolta a vantaggio della conformità al Trattato e in violazione del Testo costituzionale, dove la politica economica obbliga al ridimensionamento dei diritti e libertà fondamentali, dell'autonomia sovrana e del debito pubblico.

Quando l'esercizio del potere interferisce con le libertà garantite dal Trattato, la semplificazione passa *«dal costituire un generico programma di sburocratizzazione del fare dell'amministrazione (in linea con i propositi costituzionali) a costituire un vero e proprio insieme di tecniche e strumenti giuridici, ulteriormente alimentati dalle indicazioni provenienti dall'Unione Europea finalizzate alla tutela del mercato, concretamente inciso dalle complessità e dalle tempistiche che contraddistinguono il sistema amministrativo di un Paese membro»*¹⁰⁴.

Così trasformata l'azione amministrativa si ritrova privata di tratti essenziali della discrezionalità. L'elaborazione dei principi di proporzionalità e trasparenza, come l'interpretazione fornita al principio costituzionale dell'imparzialità, hanno di fatto introdotto attività di autovincolo della decisione¹⁰⁵. Gli artt. 19 e 20 della legge sul procedimento amministrativo liberano l'imprenditore dal confronto con l'amministrazione togliendo all'amministrazione l'attività

104 M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, cit., 4.

105 S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; Già A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

di bilanciamento dell'interesse generale con la libertà economica¹⁰⁶. E' di tutta evidenza che dove l'amministrazione tarda o non riesce ad adottare il provvedimento, non riuscirà nel successivo controllo da esercitarsi in un breve lasso temporale. Il ridimensionamento del potere di annullamento d'ufficio consacra infine l'intangibilità delle aspettative imprenditoriali¹⁰⁷.

In tale contesto l'incentivazione all'uso della telematica costituisce un ulteriore ridimensionamento della discrezionalità (algoritmi), oltre che un indirizzamento delle competenze amministrative verso attività volte semplicemente ad informare la rete¹⁰⁸.

Assistiamo ormai da anni ad un progressivo ridimensionamento dell'amministrazione a vantaggio dell'economia globale.

Anche se tale direzione pare irreversibile, vale la pena lo sforzo di tentare di leggere e interpretare la nuova dinamica rappresentata dai progetti di "ripartenza" economica e sociale, sostenuti in misura massiccia dall'Unione europea, nel rispetto dei capisaldi del nostro ordinamento giuridico. L'amministrazione è chiamata a tradurre sul piano concreto gli obiettivi e le volontà collettive, anche prescindendo dagli interessi economici del mercato globale.

Si ritiene che l'innovazione per il nostro sistema economico debba necessariamente partire da un'amministrazione efficiente, capace di restare al fianco delle categorie più deboli della nostra società¹⁰⁹.

106 S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, 51 ss.

107 Anche la "direttiva servizi" attribuisce un ruolo di primissimo piano alla posizione giuridica del soggetto che intende avviare un'attività economica, facendo assurgere alla libertà di iniziativa economica un rango che non spetta. Con la direttiva Bolkestein n. 2006/123/CE, recepita in Italia con il d. lgs. n. 59/2010, la disciplina europea della semplificazione si è imposta nell'ordinamento interno, incidendo nel rapporto tra potere e esercizio della attività economica. Già la Corte Costituzionale, 27 luglio 2005, n. 336 aveva già osservato come il sistema amministrativo italiano si caratterizzava per una sempre più spiccata valenza del principio di semplificazione, principio di natura europea e, in quanto tale, vincolante per la normativa nazionale ex art. 117 Cost., co. 1.

108 D. lgs. n. 82/2005, codice dell'amministrazione digitale, art. 12.

109 F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss.; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 697 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 753-755.

Si cercherà di evidenziare maggiormente nel paragrafo che segue l'inadeguatezza del solo mercato nel soddisfare diritti e libertà del cittadino.

9. Il mercato come luogo di scambio. Il problema delle pressioni di poteri economici privati

Da un lato gli imprenditori¹¹⁰, dal lato opposto i consumatori che sul mercato cercano beni e servizi e che necessitano di tutela dei propri diritti (es. diritto alla salute, diritto ad una corretta informazione etc.).

I consumatori sono persone che si rivolgono al mercato, quale manifestazione sociale, manifestando e sviluppando la propria personalità (confronto, scambio di idee, informazioni) come riconosciuta e tutelata dagli artt. 2 e 3 co. 2 Cost., e non necessariamente si determinano ad acquistare o vendere¹¹¹.

Anche nel mercato trovano, quindi, applicazione le disposizioni costituzionali e, in particolare, il principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., che impone di salvaguardare i diritti di determinati soggetti posti in pericolo principalmente attraverso la conclusione di contratti eccessivamente squilibrati a favore della parte c.d. "forte"¹¹².

Se inizialmente poteva ritenersi che la liberalizzazione di talune attività non escludesse il controllo pubblico a tutela di beni costituzionalmente protetti e dei diritti sociali¹¹³, il ruolo preminente assunto dal mercato e dal potere economico hanno richiesto di adottare scelte politiche volte a ridimensionare l'intervento pubblico perché ritenuto ostacolo inefficiente al mercato.

110 Come precisato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, deve intendersi come impresa qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento. Costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, Corte Giust. 23 aprile 1991, in causa C-41/90, *Höfner & Elser*; Corte Giust., 16 novembre 1995, in causa C-244/94, *Federation Française des sociétés d'assurances*; Corte Giust., 1 luglio 2008, in causa C-49/07, *Motoe*; Corte Giust., 26 marzo 2009, in causa C-113/07, *Selex Sistemi Integrati*.

111 Sul tema F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. reg. mercati*, 2020, 13.

112 Il professionista di cui all'art. 3 del codice del consumo.

113 G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, 708: «Anche le misure più avanzate di liberalizzazione, infatti, raramente si traducono nell'eliminazione di qualsiasi forma di intermediazione e verifica pubblica delle imprese private».

Il cittadino è sostituito con l'homo oeconomicus e l'interesse pubblico con gli studi sulla psicologia del consumatore e la razionalità delle sue scelte a vantaggio del potere economico. La giurisprudenza della Corte di giustizia definisce il consumatore medio come il consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto¹¹⁴, quasi a voler ritenere che le informazioni che lo stesso ricava dal mercato siano sufficienti a tutelare la sua libertà di autodeterminazione proprio laddove il potere economico sovrasta e ridimensiona l'intervento pubblico.

E' stato, però, condivisibilmente evidenziato che *«non è certo un mistero che l'attuale mercato si regga per una parte considerevole sulle irrazionalità del consumatore. Basti considerare, per limitarsi all'esempio più eclatante, il peso della pubblicità e le attuali modalità della comunicazione pubblicitaria, largamente incentrate su quelli che in psicologia della comunicazione vengono definiti stimoli periferici, ossia stimoli non direttamente attinenti al tema (attrattività della fonte, percezione di somiglianza, utilizzo di testimonials, ecc.)»*¹¹⁵.

Lo stesso Consiglio di Stato rileva come l'esistenza di un uomo perfettamente razionale (homo oeconomicus) in possesso di quattro caratteristiche fondamentali: 1) è un uomo giudice competente ed esclusivo dei propri interessi (stabili, completi e indipendenti dal contesto); 2) è fortemente motivato a massimizzare la loro realizzazione; 3) è orientato a fare ciò sulla base di un calcolo utilitario; 4) valuta ogni bene desiderato in termini di utilità marginale, è entrata in crisi alla luce di studi più recenti¹¹⁶.

In realtà ciò che caratterizza l'essere umano è una limitata capacità cognitiva rispetto al numero di stimoli ricevuti e una limitata capacità di mantenere

114 Cfr. Corte giust. 16 luglio 1998, in causa C-210/96, *Gut Springenheide*; Corte giust. 12 maggio 2011, in causa C-122/10, *Konsumentombudsmannen v. Ving Sverige AB*; Corte giust., 18 ottobre 2012, in causa C-428/11, *Purely Creative Ltd c. Office of Fair Trading*; Corte giust., 19 dicembre 2013, in causa C-281/12, *Trento Sviluppo c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*; Corte giust., 25 luglio 2018, in causa C-632/16, *Dyson Ltd and Dyson BV c. BSH Home Appliances NV*; Corte giust., 13 settembre 2018, in cause riunite C-54/17 e C-55/17, *Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Wind Tre s.p.a.*

115 C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, in *Foro it.*, 2022, 542 ss.

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

nel tempo la propria attenzione e conservare la memoria di tutte le informazioni ricevute¹¹⁷. L'attuale mercato si regge in modo preminente sulle irrazionalità del consumatore¹¹⁸.

Oggi, attraverso le tecniche di marketing è semplice condurre il consumatore medio a scelte d'acquisto difformi rispetto a quelle che sarebbero suggerite dalla razionalità economica¹¹⁹.

Sussiste, quindi, il problema giuridico del processo di formazione della volontà. *«Quando la vendita era (solo) un'arte, a garantire che la formazione della volontà non fosse viziata bastavano le norme sull'errore, il dolo, la violenza. Quando la vendita è divenuta una scienza, è stato necessario aggiungere le norme sulle pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive. Il passaggio dal marketing alla psicologia del consumatore e al neuromarketing richiede un ulteriore sviluppo della tutela?»*¹²⁰.

S'impone una esigenza protettiva maggiore dei consumatori nei confronti delle moderne dinamiche di mercato: *«La scelta è tra varie gradazioni di intervento e va condotta nell'ovvia consapevolezza che più è incisivo l'intervento, più si tutela la libertà*

117 Cfr. Direttiva presidente del consiglio dei ministri 16 febbraio 2018, recante «*approvazione della guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione, in attuazione del d.p.c.m. 15 settembre 2017 n. 169*», dove al punto 5.3, scheda 1, si legge: «Già da diversi anni gli studi di psicologia cognitiva hanno messo in evidenza i forti limiti delle ipotesi di razionalità su cui poggiano i modelli economici tradizionali. Anche grazie ai passi avanti fatti e alle evidenze messe a disposizione dalle scienze cognitive, è possibile affermare che esistono due diversi sistemi cognitivi che governano i comportamenti umani: quello deliberativo, che è più razionale e analitico, ma anche più lento; e quello intuitivo, più veloce, spesso irrazionale e basato su scelte istintive. I due sistemi non solo convivono, ma interagiscono nel corso della definizione di scelte che, sulla base delle convinzioni prevalenti, dovrebbero rispondere solo a motivazioni razionali. Succede, quindi, che in decisioni di consumo e investimento, e specialmente in quelle molto rilevanti, gli individui siano influenzati in modo dirimente da fattori anche non razionali, comportando- si in modo a volte incoerente rispetto a quanto previsto dalle tradizionali ipotesi di massimizzazione dell'utilità e del profitto. Le persone ricorrono frequentemente a regole euristiche che consentono di semplificare i processi decisionali e di effettuare le proprie scelte non solo risparmiando tempo, ma anche riducendo le informazioni necessarie. Ciò, tuttavia, può determinare errori cognitivi e scelte che, in ultima analisi, riducono il benessere».

118 Corte giust., 18 ottobre 2012, in causa C-428/11, *Purely Creative Ltd c. Office of Fair Trading*, par. 38: «La pratica descritta al punto 31, secondo trattino, dell'all. I della direttiva sulle pratiche commerciali sleali sfrutta l'effetto psicologico provocato dalla comunicazione della vincita di un premio, al fine di indurre il consumatore a effettuare una scelta che non è sempre razionale».

119 C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, cit., 542.

120 C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, cit., che, nell'annotare la sentenza del Cons. Stato n. 8650/22, appoggiano la scelta del Consesso di formulare il rinvio in Corte di Giustizia in merito alle forme di tutela da riconoscersi al consumatore «a razionalità limitata».

del consumatore, più si guadagna in razionalità, tanto più ci si spinge verso un mercato che non potrà essere come l'attuale»¹²¹.

In tali scelte può trovare attuazione ciò che non deve restare un semplice slogan, ma nemmeno divenire strumento per attuare gli interessi del potere economico a scapito di quelli del cittadino, il PNRR o, come definito, una nuova era, un nuovo modello economico e produttivo, disegnato per le nuove generazioni (digitale, ecologico, inclusivo).

Il tema ovviamente può essere facilmente generalizzato e riguardare l'intera comunicazione e divulgazione di notizie e induce ad osservare che consumatore e cittadino richiedono comunicazione trasparente, scelte politiche e amministrative orientate alla massimizzazione del benessere collettivo nazionale, attuazione di diritti e libertà fondamentali e devono essere tutelati nei confronti di interessi globali che possono indirizzare le scelte del cittadino¹²².

10. Il ritorno alla Costituzione e alla sovranità popolare

Dinnanzi alle pressioni dei poteri che inseguono interessi di mercato l'unico strumento che resta a tutela del cittadino è la Carta costituzionale.

La Costituzione rappresenta l'affermazione solenne della solidarietà sociale, della solidarietà umana, la Carta della propria dignità d'uomo; individua, quale obiettivo fondamentale, la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che *«limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»¹²³.*

121 C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, cit., 546. Gli A. concludono osservando: «L'ultimo merito di Cons. Stato 8650/22 sta nel fatto di aver colto l'impatto per certi versi epocale del tema e di avere, non a caso, rimesso la questione alla Corte di giustizia. Vedremo verso quale mercato ci spingeranno i giudici del Lussemburgo».

122 M. BOMBARDELLI, *La semplificazione delle fonti e i suoi riflessi sul diritto amministrativo* (Sintesi della relazione presentata al Convegno annuale Aipda, «Le fonti nel diritto amministrativo», Padova, 9-10 ottobre 2015), in www.aipda.it, dove evidenzia il ruolo politico e la confusione normativa quali elementi di inefficienza.

123 Art. 3, co. 2. Cost.

Il «*pieno sviluppo della persona umana*» è enunciato come obiettivo fondamentale e per raggiungere questo obiettivo viene prescritto di intervenire, rimuovendo gli ostacoli che limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini.

Questo è il ruolo fondamentale delle istituzioni pubbliche, politiche, amministrative e giudiziarie che non possono sottrarsi a confronto e responsabilità.

L'amministrazione è l'attore principale di questo progetto costituzionale perché opera, direttamente o indirettamente, nelle situazioni concrete che richiedono il suo intervento¹²⁴ e deve svolgerlo nel pieno rispetto della libertà e degli altri diritti fondamentali delle persone.

Le attività d'impresa, rivestono certamente importanza e devono essere tutelate (art. 41 Cost.), ma non identificano mai un fine ultimo. Gli artt. 41 e 43 Cost. hanno consentito un significativo intervento pubblico nell'economia negli anni successivi alla conclusione della seconda guerra mondiale, si vuole leggerli oggi come presidi a salvaguardia del mercato e dell'autonomia imprenditoriale dalle ingerenze pubbliche.

Il “tempo” per individuare e realizzare l'interesse pubblico diventa un valore economico e, se troppo oneroso per le imprese, è ridimensionato o eliminato (semplificazione confusa con efficacia ed efficienza dell'agire amministrativo, identificando gli interessi di mercato con l'interesse pubblico).

Lo “spazio” dell'interesse pubblico inevitabilmente si ridimensiona, schiacciato dallo “spazio” del mercato, almeno tutte le volte in cui i due interessi non coincidono.

Il rischio è che l'interesse pubblico si snaturi e diventi l'interesse del potere economico, l'interesse del più forte, a scapito dell'interesse dei soggetti più deboli e a danno dei diritti sociali o addirittura dell'interesse nazionale.

124 Cfr., per esempio, Corte cost., n. 341/1994 che ha dichiarato costituzionalmente illegittime disposizioni che garantivano una posizione di privilegio per i pubblici funzionari giustificate storicamente con la garanzia del prestigio dell'amministrazione.

Di grande rilievo il monito a considerare che le caratteristiche e l'evoluzione degli apparati amministrativi sono legate anche al modello generale dello Stato e ogni modello generale di Stato si è espresso (o ha cercato di esprimersi) in termini tipici anche nell'amministrazione. Si può riconoscere che ogni potere politico ha anche realizzato, o cercato di realizzare, una propria amministrazione¹²⁵.

Ridimensionare il ruolo costituzionale dell'amministrazione a vantaggio dell'economia di mercato può incidere radicalmente sul modello generale del nostro Stato nonché sulla stessa forma democratica.

La discrezionalità amministrativa è lo strumento predisposto per realizzare i fini politici attuativi del disegno costituzionale, adattando le previsioni alle peculiarità della realtà concreta. La volontà di rendere inefficiente l'amministrazione, caratterizzandola per l'evidente carenza di risorse, ha portato alla sostituzione del potere discrezionale con il potere economico, al ridimensionamento della PA con liberalizzazioni e semplificazioni quale soluzione alla crisi economica a favore del sistema delle imprese che vede rimossi i contatti con le amministrazioni¹²⁶.

Costi economici e costi sociali richiedono differenti sistemi di valutazione, ma l'una scienza può aiutare l'altra ad individuare la regola migliore. Ciò che appare sicuro è che la Costituzione impone che alcune tipologie di beni non vengano distribuite e allocate in base alla distribuzione della propria capacità economica ma debbano essere accessibili a tutti.

Quali siano tali beni lo stabilisce il soggetto pubblico e quest'ultimo dovrebbe considerare evoluzione ed esigenze sociali, a prescindere dal debito pubblico.

125 Così A. TRAVI, *Pubblica amministrazione burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano (Vita e Pensiero), 2022, 8-9, dove precisa altresì che anche un evento tremendo come la Shoah fu essenzialmente pianificato, organizzato e attuato con l'intervento e il contributo dell'amministrazione: riflettere anche sulle possibili derive dell'amministrazione. (fu decisivo l'impegno capillare di alcune amministrazioni civili, per esempio nel settore dei trasporti ferroviari).

126 A TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in www.giustamm.it.

Quando e se, invece, considerazioni economiche si impongono alla politica e l'interpretazione costituzionale non avviene in ottica di garantire il miglior benessere possibile ma nel senso di sviluppare la società verso valori e scelte volte a favorire il mercato (o determinati imprenditori) allora abbiamo l'influenza di un forte potere finora non tenuto in considerazione che, tramite i soggetti pubblici, agisce nelle sfere giuridiche soggettive individuali.

Il pubblico potere finalizzato a garantire l'interesse generale non deve divenire il potere di pochi soggetti economicamente forti di interferire nell'evoluzione sociale e nel soddisfacimento di diritti e libertà fondamentali.

L'attenzione deve essere volta alla ricerca di una nuova amministrazione e di una politica che rispondano del loro operato. Una rivalutazione delle scienze umane nel guidare i comportamenti e un ridimensionamento di formule scientifiche, schemi comportamentali, algoritmi.

I diritti fondamentali non costituiscono una dipendenza dal potere, ma una pretesa del popolo connaturata all'esistenza stessa del potere, non rappresentano nemmeno un legame indissolubile tra popolo e Stato poiché quest'ultimo agisce legittimamente soltanto quando attua gli interessi del popolo.

NICOLA D'AGNESE

Professore Universitario a contratto in Diritto penale presso l'Università Telematica Pegaso
nicola.dagnese@unipegaso.it

**SU DI UNA VISIONE EURISTICA CONCERNENTE LA
POSIZIONE DI GARANZIA DEL RESPONSABILE DEL
PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: LA TEORIA
BIFASICA**

**ON A HEURISTIC VIEW OF THE GUARANTEE POSITION OF A
PERSON RESPONSIBLE FOR AN ADMINISTRATIVE PROCEDURE:
THE TWO-PHASE THEORY**

SINTESI

Il presente saggio si caratterizza per nuovi concetti teorici e principi in ambito amministrativo e in ambito penale. In particolare, l'indagine condotta rappresenta l'occasione per riflettere sulla posizione di garanzia del responsabile del procedimento e sulla sua necessità di impiego nei campi amministrativo e penale a tutela dei beni della P.A. e del privato, tale necessità è spiegata nella Teoria bifasica elaborata nel presente scritto.

In essa, precisamente, si indicano le ragioni (poteri impeditivi e obbligo di intervenire) per creare la titolarità della posizione di garanzia in capo al responsabile e si analizza, inoltre, la lesione bifasica che il contegno del responsabile potrebbe, nell'ipotesi di reato, provocare contemporaneamente ai beni della P.A. e del cittadino in quanto, a parere dell'autore, la lesione ai beni della prima concorrerebbe sempre con la lesione ai diritti del secondo.

ABSTRACT

This essay features new theoretical concepts and principles in administrative law as well as in criminal law. In particular, the conducted research provides an opportunity to reflect on the guarantee position of a person responsible for a procedure and on its need to be employed in the administrative and criminal

fields to protect the assets of the Public Administration and of private citizens. This need is explained in the two-phase theory developed in this paper. More precisely, it explains the reasons (impeding powers and obligation to intervene) to create the ownership of the guarantee position on the part of the person responsible and it also analyses the two-phase harm that the behaviour of the person responsible may, in the case of a crime, cause to the assets of the P.A. and of the private citizen since, in the opinion of the author, the harm to the assets of the former would always contribute to harming the rights of the latter.

PAROLE CHIAVE: Posizione di garanzia – Danno – Responsabile – Bifasica – Pubblica amministrazione

KEYWORDS: Guarantee position – Damage – Responsible – The two-phase – Public administration

INDICE: 1. A guisa di premessa: la teoria bifasica - 2. L'agire amministrativo - 3. Il «moto armonico» nel procedimento amministrativo. I concetti di «equilibrio stabile» e di «equilibrio degradato» nel rapporto trilatero P.A., responsabile e cittadino - 4. Elasticità e irreversibilità delle situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione e del cittadino - 5. Il principio di materialità amministrativa (nullum actum sine actione) e la «causalità amministrativa» - 6. I motivi della creazione della posizione di garanzia del responsabile del procedimento nella teoria bifasica - 7. La successione nella posizione di garanzia tra responsabile del procedimento e organo adottante il provvedimento

1. A guisa di premessa: la teoria bifasica

L'inquietante fenomeno corruttivo nella pubblica amministrazione eleva una questione fondamentale: a cosa servono i meccanismi di controllo innanzi al rischio di squilibrare i rapporti tra P.A. e privato, soprattutto in termini di fiducia verso la prima? La risposta del legislatore è rappresentata da riforme sia penali (l. 86/90, l.190/2012¹, l. 69/2015, l. 3/2019, l. 120/2020) che amministrative (l. n. 241/90, l. 15/2005, d.l. 35/2005, convertito con l. 80/2005) intese

¹ Sugli interventi legislativi in tema di corruzione e sulle luci e ombre degli stessi S. MANACORDA, *Normativa internazionale e scelte politico-criminali di contrasto alla corruzione: il «piano inclinato» della riforma*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. V. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 983 ss.; E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 526 ss.; G. FORNASARI, *I delitti di corruzione*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Introduzione al sistema penale. Reati contro la Pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2008, 192 ss.

a conferire nuovi poteri, doveri, e, soprattutto, credibilità. Tali innovazioni legislative che si sono succedute nel corso degli anni, hanno inciso sulla responsabilità di taluni soggetti ma il legislatore avrebbe potuto fare meglio, ossia creare norme sull'omesso impedimento dei reati commessi dal responsabile del procedimento in danno della P.A. e del cittadino, regolarizzando gli ambiti amministrativo e penale con un'apposita trattazione che avrebbe potuto tenere conto di tutte le dinamiche che orbitano attorno a tale figura di responsabile. Ancora, il legislatore avrebbe potuto e dovuto creare la posizione di garanzia del responsabile del procedimento, ai fini di una più specifica tutela dei beni costituzionali coinvolti nel procedimento. Ebbene, in questo contributo si descrivono nuovi concetti e principi, sia in ambito penale sia in ambito amministrativo (il «moto armonico» nel procedimento amministrativo; i concetti di «equilibrio stabile» e di «equilibrio degradato» nel rapporto tra P.A. e privato; il principio di materialità amministrativa (*nullum actum sine actione*) e la «causalità amministrativa»; nuova nozione di provvedimento amministrativo; elasticità e irreversibilità delle situazioni giuridiche soggettive).

Da questa piattaforma di nuovi istituti e principi prende vita la *teoria bifasica* descritta nel § 6 del presente saggio. In particolare, l'espressione «*bifasica*» è coniugata sempre ad una *coppia* di concetti, ad esempio: posizione di controllo e posizione di protezione; danno alla P.A. e danno al privato; bene giuridico pubblico e bene giuridico privato; compressione ed estensione; soppressione e costituzione delle situazioni giuridiche soggettive; carattere bifasico della buona fede² nei rapporti tra P.A. e cittadino; la costante del contributo è la «*bifasicità*», intesa nelle sue molteplici accezioni. Per poter meglio comprendere la teoria *de qua*, si è ritenuto opportuno approfondire taluni aspetti, elaborando, da un lato, una lettura decisamente nuova su taluni istituti (es. nuova nozione di provvedimento amministrativo), e, dall'altro lato, creando nuovi istituti e principi, come già detto in precedenza. Tutti gli argomenti affrontati sono legati ad un *fil rouge*,

² Su tale principio, F. MERUSI, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per M. Nigro*, II, Milano, Giuffrè, 1991.

creando, in tal guisa, l'impostazione di base per comprendere la condotta del responsabile all'interno del procedimento e quindi alla sua posizione di garante e alle vicende che la interessano; infatti è stato indispensabile affrontare, preliminarmente, concetti e principi che regolamentano lo svolgimento dell'attività amministrativa (attività discrezionale, attività vincolata³, situazioni giuridiche soggettive, provvedimento amministrativo). L'analisi ha condotto all'elaborazione dei nuovi concetti di *moto armonico*⁴, *equilibrio stabile* ed *equilibrio degradato* nel rapporto tra P.A. e privato. Nel prosieguo della trattazione si affronta una delle varie novità assolute, nell'ambito del diritto amministrativo, ossia il principio di materialità amministrativa che ho sintetizzato nella seguente e breve espressione latina, *nullum actum sine actione* e la «causalità amministrativa», che consentono di comprendere la volontà della P.A. intesa come forza giuridica materiale che si concretizza nel provvedimento e come quest'ultimo vada inteso quale derivata del nesso causale tra atti che condizionano il risultato finale. Ancora, altro profilo, indubbiamente nuovo, è lo studio sulle posizioni giuridiche soggettive (situazioni sostanziali di interesse) che fanno capo sia all'ente che al cittadino, collegate proprio all'attività provvedimentale del responsabile, quest'ultima incidente sul cittadino, nonché le ipotesi in cui sia la stessa P.A. a vedere ampliata, compressa o soppressa la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare.

E' importante quest'ultimo profilo delle situazioni giuridiche soggettive perché nel § 6, esaminando la posizione di garanzia del responsabile, si affrontano le situazioni sostanziali di interesse della P.A. e del privato⁴, lese o protette, a seconda dei casi, dal contegno del pubblico funzionario. La posizione cardinale della teoria bifasica si innesta nei presupposti quali i *poteri impeditivi* e l'*obbligo di intervenire* per il responsabile i quali, a mio parere, creerebbero le con-

3 Si veda, A.ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.

4 V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 319.

dizioni per intestare la titolarità della posizione di garanzia in capo al responsabile, pur considerando sempre il contemperamento dei principi amministrativi e penali in armonia con le rispettive norme, evidenziando, altresì, la lesione bifasica che la condotta del responsabile possa, nell'ipotesi di reato, provocare contemporaneamente alla P.A. e al cittadino. Chiariamo meglio. La ricerca non vuole soffermare l'attenzione sul classico rapporto tra P.A. e cittadino, ma sul responsabile del procedimento che a seguito della sua condotta illecita provochi un danno bifasico (doppio e simultaneo) alla P.A. e al cittadino; nella teoria bifasica si livella la posizione della pubblica amministrazione con quella del privato⁵ e tale parificazione si considera quando il responsabile agisce per soddisfare un proprio interesse oppure per soddisfare un interesse di un terzo. Come si può ben notare, la teoria bifasica tiene conto della tutela dei beni e degli interessi della pubblica amministrazione e del cittadino.

Allora, la presente analisi, ribadisco, non è assolutamente rivolta al solo rapporto pubblico – privato, ossia alla relazione che intercorre tra il cittadino e la P.A., ma alla *distorsione* di tale rapporto provocata dall'intermediario (responsabile del procedimento) della P.A. nell'ipotesi in cui egli è portatore di un interesse confliggente non solo con quello del cittadino ma anche con quello della P.A. Si ritiene che quanto detto vada considerato anche nei casi di attività discrezionale perché ciò che rileva è la distorsione, ossia l'allontanamento dalla condotta legale e dalla condotta morale, condotte che il funzionario deve assumere per vedersi intestati poteri e funzioni. Quindi, non si esclude che anche la violazione di regole legate alla discrezionalità⁶ possano configurare, ad esempio, il reato di abuso d'ufficio con lesione simultanea delle due situazioni giuridiche soggettive facenti capo al cittadino e alla P.A.; non vi è certezza alcuna

5 E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 3.

6 V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 47.

che ciò non accada poiché la condotta dell'uomo più si allontana (dietro lo schermo della discrezionalità) dai canoni morali e legali, più si avvicina al regno dell'arbitrio e del privilegio! Lo scopo della teoria bifasica è l'unificazione del concetto di danno, ossia considerare, a prescindere dalla fattispecie considerata, condotta produttiva di danno risarcibile ogni comportamento del responsabile che entri in contatto con il privato attuando in maniera patologica, deviata, il potere pubblico, anche quando realizzi una condotta bioffensiva «*larvata*», precisamente la condotta del responsabile potrebbe apparire, *prima facie*, lecita per il solo fatto di rientrare nel potere discrezionale. Ritengo, allora, che il pubblico dipendente sia *sempre* responsabile quando dispone del potere pubblico e l'utilizzo dello stesso sia deviato, in tal caso provocherebbe sempre, contemporaneamente, una doppia lesione per la P.A. e per il cittadino che ha confidato nella correttezza e nell'imparzialità. La teoria bifasica mira a spazzare, definitivamente, quelle eventuali foglie secche della relazione tra P.A. e cittadino in chiave contrappositiva; viceversa, la teoria in discorso esalta la coincidenza delle lesioni ai beni oggetto delle due posizioni giuridiche soggettive considerate. Quindi, la teoria tiene conto di una doppia tutela delle situazioni giuridiche soggettive, della P.A. e del privato, quest'ultimo avrebbe, si ritiene, una posizione giuridica soggettiva al pari di quella di cui è titolare la P.A., sarebbe questa una delle ragioni per la quale diventerebbe necessaria una interpretazione estensiva del concetto di danno; considerare parte offesa non solo la P.A. ma anche e sempre il privato poiché quest'ultimo è tutelato dal diritto amministrativo in senso largo, non solo nel procedimento.

Quando parliamo di corruzione non dobbiamo pensare alla sola ipotesi del pubblico agente che si lascia corrompere o corrompe un privato. In tal caso è molto semplice dire che lesa sia soltanto la P.A. Cosa accade, viceversa, se il funzionario si lascia corrompere da un privato al fine di insabbiare l'istanza che, precedentemente, era stata presentata da un cittadino? Questa è la dinamica giuridica di cui si occupa, fondamentalmente, la teoria bifasica, ossia la lesione

bifasica duplice e istantanea che si produce alle due situazioni giuridiche soggettive coinvolte, dall'esempio citato si avrà: la P.A., poiché il funzionario corrotto ha violato svariati principi dell'azione amministrativa (legalità, buon andamento, imparzialità) e il privato istante (interesse legittimo, principio dell'affidamento, lesione del diritto a non subire prevaricazioni). In definitiva si ritiene necessaria una sommatoria delle situazioni giuridiche attive di natura patrimoniale e i connessi diritti soggettivi con l'interesse legittimo pretensivo, quest'ultimo può essere vulnerato dal rifiuto del responsabile di emanare il provvedimento favorevole, vediamo meglio. La teoria bifasica si ispira a tutelare la P.A. e il privato ogniquale volta per il secondo vi sia un interesse pretensivo e questo venga leso dalla condotta deviata e criminale del responsabile, o se si ravvisi, ad esempio, una significativa inimicizia tra il responsabile del procedimento e il cittadino istante (si consideri l'esposto presentato dal cittadino e la conseguente decisione sfavorevole da parte dell'impiegato pubblico a causa di una grave inimicizia tra i due). In tale ipotesi diventa indispensabile valutare la modalità di utilizzo, da parte del responsabile, del potere pubblico poiché quest'ultimo se impiegato in maniera irregolare, ostruzionistica, omissiva, quindi non aderente al paradigma legale, crea un danno risarcibile bifasico e le persone offese sono, nel contempo, l'ente e il cittadino. Preciso di più, la teoria bifasica considera il doppio danno indipendentemente dall'interesse pretensivo⁷ del privato, esattamente, come si dirà meglio nel § 6, meritano tutela gli interessi del privato e la sua posizione giuridica soggettiva anche nell'ipotesi in cui quest'ultima non sia confinata ad integrare interessi strumentali (presidiati solo nel procedimento⁸, individuandosi nella richiesta di conservazione del bene della vita), poiché riceve protezione dall'ordinamento amministrativo. La teoria bifasica tiene conto della condotta assunta dal responsabile nei riguardi

⁷ A. ANDREANI, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1994, 323.

⁸ In merito alla fisiologia del procedimento S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1991.

dell'amministrazione e del privato, in quanto la lesione ai beni della prima *concorrerebbe* sempre con la lesione ai diritti del secondo; l'anima del presente saggio è il responsabile, mentre la P.A. e il cittadino sono i soggetti sui quali ricade l'azione materiale del primo, intorno a tale schema orbita la teoria bifasica. La teoria bifasica conduce, in definitiva, alla creazione della concezione unitaria di protezione delle posizioni giuridiche soggettive e dei beni della P.A. e del privato per mezzo del riconoscimento della posizione di garanzia in capo al responsabile del procedimento, nelle ipotesi di reati commessi da quest'ultimo nell'esercizio delle funzioni; tale teoria afferma la parità processuale tra pubblica amministrazione e cittadino come persone offese.

2. L'agire amministrativo

Chiarito il significato di *bifasica*, nei termini illustrati nel paragrafo precedente, appare, ora, opportuno fare riferimento all'ordinamento amministrativo nel quale si incastona la figura del responsabile del procedimento. Consideriamo subito la funzione dei principi regolatori dell'attività amministrativa ed anche che la P.A. per poter esplicare tale attività necessita del riconoscimento, da parte della legge, del potere di provvedere in considerazione di un fine specifico, è a tale ultimo periodo del discorso che si annoda la discrezionalità⁹. Ricordo, come ormai dato acquisito, brevemente, a mo' di *incipit* su ciò che andremo ad affrontare, che l'amministrazione pubblica nello svolgere la sua attività, persegue, sempre, il raggiungimento e la realizzazione di un interesse pubblicistico, mai privatistico, e nel farlo essa è vincolata quando la legge oltre a porre l'obiettivo da raggiungere, impone alla P.A. il modo come raggiungerlo. Viceversa, nell'ipotesi in cui la legge fissa l'obiettivo (interesse pubblico) e dà la possibilità alla P.A. di scegliere, tra svariate condotte lecite, il modo come realizzarlo e soddisfarlo, l'attività è discrezionale¹⁰.

⁹ Si veda R. MICCIO, *Il pubblico interesse nell'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.* 1948, 293; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 65.

Elemento caratterizzante lo svolgimento della funzione pubblica è il procedimento, quest'ultimo preferisco paragonarlo al processo, la sede dove si tutelano i diritti dei cittadini, ebbene, allo stesso modo, il procedimento amministrativo¹¹ è quella sede dove si tutelano gli interessi della P.A. e dei cittadini, il magnetico, se così possiamo dire, che attira gli interessi dell'Amministrazione e del privato, è questo il procedimento amministrativo, ai sensi della l. 241/90. Da quest'ultimo discendono fondamentali effetti riguardo alle relazioni tra P.A. e cittadino, in particolare nel dettato legislativo della legge citata sono scolpiti i principi basilari, le stelle polari alle quali fa riferimento l'azione della Pubblica amministrazione, esattamente i criteri di economicità, efficacia, efficienza, pubblicità, trasparenza. Diventa necessario considerare il procedimento e soprattutto gli istituti che orbitano intorno ad esso, i satelliti quali singole norme che regolano il percorso amministrativo e tutti i principi espressi proprio da tali norme, da ciò si inferisce uno scenario nuovo quanto alle relazioni tra P.A. e cittadino. Mi spiego, considerate le regole che governano l'azione della P.A., esse sono poste su un piedistallo ricevendo la dignità di norme del procedimento, indirizzate ai due attori (P.A. – cittadino), al fine di puntare ai valori dell'art. 97 della Carta fondamentale, ossia al principio di legalità. Alla luce di quanto detto, ne discende per il funzionario pubblico¹² l'osservanza di tutte le regole che governano il suo contegno, regole che garantiscono un *imprimatur* di

10 Sul *discrimen* tra discrezionalità e merito amministrativo, sia consentito il rinvio a N. D'AGNESE, *Un punto di vista euristico sul sindacato incidentale del giudice penale sul titolo edilizio illegittimo*, in *Gazzetta Forense*, 2021, 4, nota bibliografica n. 7, 734, dove si afferma testualmente che: «La prima comporta un potere di scegliere da parte dell'Amministrazione, ma questo potere non è libero, ma guidato dalle norme giuridiche di buona amministrazione, viceversa il merito permette alla P.A. una libertà maggiore (attenzione, non significa arbitrio) guidata, questa volta, da norme metagiuridiche di buona amministrazione, mi riferisco più precisamente a quelle che prendono il nome di regole di opportunità e di convenienza amministrativa, ossia norme che non si colorano di giuridicità. Questo profilo è particolarmente importante in punto di giustiziabilità. Mi spiego, la violazione della norma (giuridica) che disciplina la discrezionalità è sindacabile dal G.A., la violazione, viceversa, di regole (metagiuridiche) che disciplinano il merito, non è sindacabile dal G.A., salvo il caso in cui quest'ultimo abbia una giurisdizione dilatata fino a comprendere anche il merito, ma ciò rappresenta una eccezione prevista dalla legge».

11 Sulla nozione di procedimento amministrativo A. VALENTINI, *Osservazioni in tema di procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 1246.

validità degli atti compiuti. Quindi, considerando il contesto appena tratteggiato, si impone, ora, l'indispensabile indagine sugli effetti che potrebbero insorgere sull'interpretazione della fattispecie penale.

La Pubblica amministrazione nel perseguimento e nella realizzazione del fine pubblicistico, imposto dalla legge, è imbrigliata da taluni principi primo fra tutti la legalità, *ex art. 97 Cost.* che definisco la pietra d'angolo del diritto amministrativo, più incisivamente, è la fonte delle fonti che legittima l'*agere* amministrativo. Tale principio crea una riserva di legge nella sfera di organizzazione amministrativa, tale riserva va interpretata relativamente giacché il legislatore può stabilire, agevolmente, le regole basilari dell'organizzazione degli uffici pubblici, rimettendo, quindi, la disciplina di dettaglio alla fonte secondaria. Ricordo che il principio in rassegna è scolpito non solo, come visto, a livello costituzionale, ma anche a livello di norma primaria, mi riferisco alla l. 241/90, art. 1, laddove stabilisce che: «*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*».¹³ Nel principio di legalità¹³ coesistono altri principi (seguendo uno schema

12 Sulle funzioni e responsabilità delle figure del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Novissimo Digesto Ital.*, v. XIV, 1967, 557; F. RAMACCI, *Prospettive dell'interpretazione dell'art. 357 c.p.*, in *Riv. it.* 1965, 861; F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio*, in *Scritti in onore di Manzini*, Padova, Cedam, 1954, 561; G. MIELE, *Pubblica funzione e pubblico servizio*, in *Arch. Giur.* 1933 (XXVI), 172; M. GALLO, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico*, in *Banca borsa* 1951, 217; R. BETTIOL, *Note a margine della legge di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 617 ss.; O. DI GIOVINE, *Pubblico ufficiale (dir. pen.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 4782 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento agli artt. 357 e 358 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996, 448 ss.; M.N., MASULLO, *I delitti di concussione e di induzione indebita a dare o a promettere utilità*, in S. FIORE, AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2021, 39 ss.; M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in BARTOLI, PELISSERO, SEMINARA (a cura di), *Lineamenti di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2021, 462 ss.; A. SEGRETO, G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, Giuffrè, 1999; F. GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953.

13 Sul punto, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3307.

a cerchi concentrici) fra i quali spicca quello di ragionevolezza¹⁴, tutti sono sempre connessi ai valori impressi dall'art. 97 Cost. Appare, però, opportuno porre una dovuta differenza tra i principi poiché mentre taluni (es. la ragionevolezza) indirizzano l'attività amministrativa verso la realizzazione di fini pubblicistici, ponendosi come positivi, viceversa, la legalità è un confine negativo, perché mira a garantire la fisiologia del potere di supremazia entro il recinto della legalità, appunto. Sotto il profilo penalistico, al fine di poter meglio comprendere la nozione di violazione, è necessario porre l'analisi su due versanti: svolgimento dell'azione amministrativa e fattispecie astratta. In particolare, mentre l'archetipo normativo che integra la fattispecie astratta, indica l'interesse custodito dalla legge, lo svolgimento dell'azione amministrativa tiene conto del concreto svolgimento del potere. Quindi, è quest'ultimo che deve far convergere la nostra attenzione sull'attività espletata in vista dell'emanazione del potere stesso. Precisamente, quanto alla discrezionalità¹⁵, della quale si è già parlato poco fa, essa non è un tipo di potere, ma la forma di agire nella sfera degli interessi coinvolti.

Su tale questione, certamente, come già esplicitato in precedenza, la stella polare, la bussola, è l'art. 1 della l. 241/90. Allora, positivizzare l'obbligo di migliorare (qualitativamente) il risultato, comporta per il funzionario pubblico un dovere di adeguatezza alla scelta più conveniente, ossia quella che assicura al contegno amministrativo effetti aderenti con il fine comandato dall'ordinamento. La discrezionalità, come ho già chiarito in narrativa, non è mai libera, ragione per cui non sarebbe azzardato ipotizzare che anche la discrezionalità sia di-

14 In merito, F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1973, 136-137. Sul sindacato di ragionevolezza delle leggi, C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, Cedam, 1973.

15 Per un ampio respiro sul punto, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967; G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, 1089 ss.; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 ss.; M.S. GIANNINI, *L'autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1951, 851; C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nss. Dig. It.*, X, Torino, 1939, 76.

sciplinata da regole di legalità, *ergo*, di obbligatorietà. Si ritiene di affermare che profili di responsabilità penale potrebbero intestarsi in capo alla P.A. anche nell'ipotesi in cui non abbia osservato gli obblighi di legge per espletare l'attività procedimentale, precisamente non solo in relazione all'attività vincolata ma anche in relazione all'attività discrezionale (su tale ultimo aspetto si ritornerà nei paragrafi successivi); le maglie del concetto di violazione penale sono abbastanza larghe se si considera che la violazione possa riguardare, ad esempio: il contenuto tipico dell'atto, omissioni, imprecisioni riguardo ad adempimenti, irragionevole durata del tempo, assenza di particolari condizioni o presupposti.

3. Il «moto armonico» nel procedimento amministrativo. I concetti di «equilibrio stabile» e di «equilibrio degradato» nel rapporto trilatero P.A., responsabile e cittadino

Descriverò, nelle pagine seguenti, i concetti di punto di equilibrio del procedimento amministrativo e *perturbazioni* attorno ad esso. Ritengo che «*il procedimento amministrativo è in equilibrio se, una volta iniziato, rimane rispettoso della legge fino all'emanazione del provvedimento finale*»; dunque, se il procedimento si trova in tale stato, allora le sue sequenze saranno certamente bilanciate tra loro. Consideriamo, ora, un procedimento amministrativo in equilibrio stabile e creiamo, su di esso, *ex professo*, una perturbazione, per così dire, un'alterazione dell'equilibrio considerato. Mi spiego. Supponiamo il reato di corruzione commesso dal responsabile del procedimento, la commissione di tale reato genera una perturbazione all'interno dell'equilibrio procedimentale. Quali saranno gli effetti? Se il responsabile del procedimento commette il reato di corruzione¹⁶ per avvantaggiare in una gara un imprenditore amico e svantaggiare un altro imprenditore, si avrà un *equilibrio instabile*, si crea una instabilità del procedimento e del suo esito sia per la P.A. che per l'imprenditore svantaggiato, esattamen-

16 Su tale fattispecie, S. RICCIO, *Corruzione (Delitti di)*, in *Novissimo Digesto Ital.*, v. IV, 1959, 899; P. DI VICO, *Il delitto del corruttore*, in *Annali* 1936, 389; P. GIANNITI, *Il problema della corruzione del pubblico ufficiale dotato di potere discrezionale*, in *Sc. pos.* 1969, 173; R. VENDITTI, *Il problema del tentativo nel delitto di corruzione*, in *Giur. it.* 1951, II, 260; R. DELL'ANDRO, *Osservazioni in tema di corruzione*, in *Arch. Pen.* 1953, II, 188; M.B. MIRRI, *Corruzione*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 1 ss.

te si verifica un effetto *bifasico lesivo* per la P.A. (violazione dell'art. 97 Cost., imparzialità, buon andamento) e per l'imprenditore (interesse legittimo e affidamento), l'instabilità, altresì, determina una lesione alle due situazioni statiche: il potere della P.A. e il provvedimento finale. Orbene, il mondo del diritto è caratterizzato da due grandezze: *fisica* (l'uomo) e *convenzionale* (la legge), è questo il rapporto che occorre indagare e soprattutto l'equilibrio tra queste due grandezze, poiché è solo raggiungendo l'equilibrio tra esse che si potrà garantire il rispetto di qualsivoglia principio giuridico, in senso largo, considerato; viceversa, tali grandezze risulterebbero alterate. In altre parole, l'equilibrio ha portata generale in merito alle due grandezze, nel senso che ha applicazione in ogni ambito giuridico, quindi, nel procedimento amministrativo, considerate le due grandezze (convenzionale e fisica) è indispensabile che tra esse vi sia simmetria. Considerate le due grandezze citate, legge e realtà, possiamo ben affermare che il procedimento amministrativo è la grandezza convenzionale, il cittadino è la grandezza fisica. Tra queste due grandezze, affinché i principi regolatori del mondo giuridico siano rispettati (quindi mi riferisco in senso generale a tutti i rami del diritto), è fondamentale che esista un bilanciamento. Infatti, ogniquale volta si verifica una lesione dei diritti (ciò indistintamente in tutti i rami del diritto) significa che si è verificata un'alterazione dell'equilibrio tra legge e realtà, tra grandezza convenzionale e grandezza fisica. In definitiva, solo se si raggiunge l'equilibrio, ritornando al diritto amministrativo, i principi che regolano l'*agere* amministrativo risulteranno rispettati. Cercherò di essere più chiaro.

Quando la Corte costituzionale dichiara una norma incostituzionale, ciò dimostra che tale norma presentava nel momento genetico uno *squilibrio* tra essa e il cittadino destinatario. Con la pronuncia di incostituzionalità, la Corte porta in equilibrio il rapporto tra grandezza convenzionale e grandezza fisica, *ergo*, tra legge e cittadino, il Giudice delle leggi allinea il disequilibrio creato tra legge e uomo. Con tale assunto si ritiene di dimostrare che ragionando in termini generali, il concetto di equilibrio stabile potrebbe trovare applicazione,

come già detto, in ogni settore del diritto, mi spiego, ogniquale volta ci si trovi di fronte ad una grandezza convenzionale (legge ordinaria, *sub* legislativa, costituzionale, processuale) occorrerà verificare il suo rapporto con la grandezza fisica ossia con l'uomo al quale la legge si applica, quindi verificare, sulla base di una interpretazione della norma indagata, se si raggiunge l'equilibrio tra quest'ultima e l'uomo. Oltre ai profili di incostituzionalità, che spezzano l'equilibrio *de quo*, si considerino casi più frequenti, laddove vi sarà una forza esterna all'equilibrio. Ad esempio, considerato il responsabile del procedimento che commette il reato di corruzione, tale contegno sarà bifasico (perché lede gli interessi della P.A. e del privato, sul punto si ritornerà più approfonditamente nel successivo § 6), in tal caso sarà fondamentale allineare il disequilibrio creato tra legge e uomo (ossia tra procedimento e cittadino). Quindi, si avrà:

a) un procedimento amministrativo è in «*equilibrio stabile*» se, il responsabile del procedimento non accetta l'offerta o la promessa che un terzo gli aveva rivolto per ritardare l'istanza presentata da un cittadino. La promessa o l'offerta provoca nel responsabile (persona moralmente forte) un richiamo del sistema procedurale verso un punto di equilibrio legale;

β) un procedimento amministrativo è in «*equilibrio degradato*» se si allontana, dunque vi è reato, dalla sua posizione di equilibrio stabile a causa della condotta criminale del responsabile del procedimento il quale accetta l'offerta del terzo con lo scopo di insabbiare l'istanza presentata da un cittadino (in tal caso vi è disequilibrio del procedimento, l'impiegato pubblico provocherà con il suo contegno un danno bifasico alla P.A. e al cittadino istante). Da quanto detto si può ben inferire che il procedimento amministrativo può determinare equilibrio o disequilibrio tra amministrazione e cittadino a seconda della forza morale del responsabile, esattamente ritengo che nel linguaggio amministrativo sia corretto fare riferimento all'espressione *equilibrio stabile* al fine di intendere la relazione fra norma amministrativa e cittadino. Analizzando la struttura dell'azio-

ne amministrativa¹⁷ meglio articolata, ossia il procedimento e il responsabile che svolge in esso un ruolo essenziale possiamo ben dire che in un certo senso egli è una sinfonia del procedimento. Definirei il responsabile del procedimento «*armonica fusione*» di interessi pubblicistici e interessi privatistici, egli è il nucleo dell'attività procedimentale, tale moto armonico è dato dalla coesistenza di tre elementi: il responsabile del procedimento, quale garante della legalità; il tempo e la sua variabile dipendente nell'azione amministrativa; gli interessi coinvolti nel rapporto amministrativo.

Si consideri: $R + T^{b,v,d} + I = \text{moto armonico}$

(**R**) *Responsabile*; (**T**^{b,v,d}) *Tempo*^{bene, variabile dipendente}; (**I**) *Interessi*.

Con il termine «*tempo bene, variabile dipendente*» ($T^{b,v,d}$), si fa riferimento al tempo dell'azione amministrativa e alla circostanza che il tempo non è una variabile indipendente, nel senso che diventa, all'interno del procedimento amministrativo, indispensabile la tempestività dell'emanazione del provvedimento da parte della P.A., nei tempi che sono necessari per soddisfare l'interesse del privato, quindi il tempo è un *bene della vita* per il cittadino nei termini esposti, oppure un danno se il termine per provvedere spira, es. il responsabile viola l'obbligo di provvedere¹⁸; se il provvedimento è emanato in un tempo non più utile al cittadino, allora il provvedimento stesso perderà la sua necessità richiesta dal privato. Mi riferisco alla variabile dipendente del tempo, perché una cosa è emettere un provvedimento a tempo opportuno a soddisfare l'interesse del privato, altra cosa è emettere un provvedimento in un tempo ragionevolmente

17 Sulla disciplina del procedimento ante legge 241/90, A. GELPI, *Norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amm. it.* 1966, 1271.

18 Per meglio comprendere l'istanza del privato (quale atto di impulso) e il suo effetto bifasico ossia l'obbligo di provvedere per la P.A. e l'obbligo di emanare il provvedimento preteso dal cittadino, G. TREVES, *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti fra privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 314.

lungo rispetto alla necessità per il privato di ottenerlo con celerità, allora, il soddisfacimento o meno dell'interesse del privato dipende da *quando*. Sintetizzando in un quadro globale le nozioni che sono state sviluppate nelle pagine precedenti, possiamo dire che il procedimento amministrativo è il tramite (mediante una serie concatenata di atti che rappresenta la funzione) tra due situazioni statiche: il potere della P.A. e il provvedimento finale, tale staticità possiamo definirla *quiete*. Ribadisco, il termine equilibrio è da riferirsi all'equilibrio legale tra due grandezze (P.A. e cittadino), all'osservanza, nel rapporto pubblico, del principio di legalità, *ex art. 97 Cost.* È nello stesso principio di legalità che risiede l'*equilibrio stabile*, non vi è legalità amministrativa senza equilibrio tra le parti, non vi è equilibrio tra le parti senza legalità, l'equilibrio del procedimento è stabile perché esso è vincolato nella legge, così determinandosi la correttezza nella fisiologia del procedimento. Quest'ultimo, si ritiene, non vada interpretato unicamente come *mezzo-scopo* per creare il provvedimento finale, ma, altresì, come *mezzo-verifica* della liceità dell'*agere* amministrativo, rappresentando il crocevia tra P.A. e cittadino, dove si intrecciano interesse pubblico¹⁹ e interesse privato. Ritengo, conclusivamente, che «*quella procedimentale è una relazione a due, dove chi amministra e chi è amministrato non sono distinguibili, è questa la relazione procedimentale, fondata sulla reciprocità anche se a prima vista potrebbe non sembrare così*». Da ciò discende che all'interno del procedimento la relazione tra responsabile e cittadino è fondata sulla compartecipazione, definita, appunto, «*relazione procedimentale*»²⁰.

19 Sul punto, G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati tra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, 1305.

20 Sulla partecipazione procedimentale, S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. Giur.* 1970, 25; A. CORPACI, *Spunti critici sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 201.

4. Elasticità e irreversibilità delle situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione e del cittadino

Prima di procedere all'analisi sulle situazioni giuridiche soggettive, occorre accennare al principio di materialità (sul punto si ritornerà approfonditamente nel paragrafo successivo). Esattamente, cos'è la materialità amministrativa? Questa è l'aspetto concreto, pratico, di ciò che si manifesta ai sensi, quindi è percepibile con i sensi, più precisamente si traduce la volontà della P.A. nella materialità del provvedimento. Quest'ultimo è manifestazione di volontà avente rilevanza esterna, proveniente dalla P.A. (la volontà della P.A. si materializza nell'atto compiuto dal funzionario amministrativo) nell'esercizio della sua attività indirizzata a soggetti determinati ed in grado di apportare modificazioni unilateralmente nella sfera giuridica degli stessi; in effetti il provvedimento esprime una *forza giuridica* tale da costituire, modificare, espandere, comprimere o sopprimere la situazione giuridica soggettiva del destinatario. Tale ultimo profilo si salda, ora, con le riflessioni in tema, infatti, di situazioni giuridiche soggettive e sull'influenza di taluni casi che su di esse possano avere.

Entrando nel merito, la posizione giuridica del *cittadino-istante*, si espande, ad esempio, se egli ottiene una autorizzazione²¹, o, viceversa, si contrae se egli è attinto da un provvedimento amministrativo, ad esempio, di occupazione temporanea, in tale ipotesi si è elaborato il concetto di *elasticità* della posizione giuridica soggettiva, su tale nuovo concetto qualche ulteriore chiarimento appare opportuno. Nella specie, lo stesso termine elasticità indica la mutevolezza (temporanea) della situazione giuridica soggettiva, quest'ultima suscettibile di estensione o compressione a seconda del ricorrere di fattispecie che condizionino l'esercizio della situazione giuridica stessa. Orbene, poniamo, ora, l'esempio del diritto di guidare, in tal caso il privato dovrà eliminare un ostacolo lega-

21 Sulla nozione di autorizzazione amministrativa, G. SACCHI MORSIANI, *Autorizzazioni in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 64 ss.; A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, IIII, Torino, 1987, 59 ss.

le, per la cui rimozione è necessario un provvedimento autorizzatorio della P.A., il quale provvedimento, rimuovendo tale ostacolo, consente l'acquisto del diritto facendo espandere, (definitivamente e positivamente) la sfera giuridica del privato, precisamente attribuendo diritti, poteri e facoltà di cui lo stesso non era già titolare²²; in tale ipotesi non si ha elasticità ma una espansione *irreversibile* c.d. positiva²³ della situazione giuridica soggettiva. Un esempio fulgido di *elasticità* della situazione giuridica soggettiva, invece, si ha anche riguardo al bene (di proprietà del privato oppure della P.A.). In particolare mi riferisco al caso della occupazione temporanea disposta dalla P.A. (la quale temporaneamente avrà come vantaggio una dilatazione della sua posizione giuridica soggettiva) relativa al bene immobile del privato, la situazione giuridica soggettiva del cittadino sarà, in tal caso, temporaneamente compressa per poi riprendere la sua ampiezza primitiva al tempo dell'estinzione della misura, considerata la temporaneità del provvedimento, infatti, il bene sarà restituito dalla P.A. al proprietario. Di converso, poiché la situazione giuridica soggettiva (quindi, la situazione sostanziale di interesse) fa capo al soggetto ma anche all'ente, si potrebbe citare l'ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva compressa, questa volta, è della P.A.

Mi spiego, se consideriamo la spiaggia (bene pubblico²⁴) e la sua utilizzazione in concessione data dalla P.A. al privato imprenditore (in concessione agli stabilimenti balneari, quindi alle iniziative dei privati, concessione-contratto), ci accorgiamo che tale posizione, della P.A., è compressa fino a quando durerà tale concessione, la P.A., quindi, riprenderà la sua posizione giuridica soggettiva originaria (sul bene pubblico, spiaggia) allo spirare del termine di scadenza del

22 Con riferimento all'autorizzazione intesa come "rimozione di un limite legale", V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Morano editore, 1962.

23 L'espansione della situazione giuridica soggettiva è positiva o di vantaggio perché attribuisce un diritto.

24 Sul regime amministrativo dei beni, R. RESTA, *Beni pubblici*, in *Commentario del Codice civ.* diretto da Scialoja e Branca, 1946, 56 ss.; B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civ. ital.* diretto da Vassalli, Torino, Utet, 1953, 166 ss.

contratto. Dunque, quanto detto ci conduce al principio della *simultaneità bifasica temporanea delle situazioni giuridiche soggettive* (ELASTICITÀ-COMPRESSIONE), esso trova applicazione, precisamente, in tutti i casi in cui oggetto della situazione giuridica sia un bene, privato o pubblico. Precisamente, si ha simultanea elasticità-compressione delle situazioni giuridiche soggettive che fanno capo al cittadino e alla P.A., ad esempio, nel caso, appunto, di concessione balneare, come già detto. In particolare, in tale ultimo caso da un lato abbiamo la compressione della situazione giuridica della P.A., poiché essa si priva della disponibilità, temporaneamente, di un suo bene, ma, simultaneamente, si espande la posizione giuridica del privato giacché egli avrà un diritto di cui non disponeva precedentemente, tale situazione la definisco *effetto della coperta corta*. Allo stesso modo si consideri il caso della occupazione temporanea, in cui si comprime la situazione giuridica soggettiva del privato e si dilata la situazione giuridica soggettiva della P.A. la quale dispone, anche se temporaneamente, di un diritto o di una facoltà che prima non aveva; in parole semplici la simultaneità, appunto, comporta nello stesso istante di tempo la *dilatazione* e la *compressione* di due distinte situazioni giuridiche soggettive, ciascuna, però, al suo interno, composta di tre elementi, ossia SOGGETTI, BENE, LEGGE: i *soggetti* (P.A. e privato); il *bene* (pubblico o privato); la *legge* (equilibrio e tutela delle situazioni giuridiche). Esattamente, come già accennato poco prima, l'elasticità, come concetto, si ritiene trovi applicazione solo nei casi in cui le posizioni giuridiche soggettive considerate, subiscano *temporaneamente* una compressione e una espansione, infatti tendono a riacquistare l'ampiezza giuridica originaria.

Laddove si ha, viceversa, una soppressione e un ampliamento *irreversibili*, es. espropriazione per il privato oppure dismissione del bene demaniale per la P.A., non vi sarà elasticità (considerando il significato semantico del termine) ma si parlerà, semplicemente, di posizione giuridica soggettiva *irreversibile* negativa e positiva poiché si avrà una soppressione per un soggetto e, simultaneamente, un ampliamento per un altro soggetto, per effetto dell'acquisto di un di-

ritto; in tal caso si ha il principio che si ritiene definire *simultaneità bifasica irreversibile delle situazioni giuridiche soggettive* (SOPPRESSIONE-AMPLIAMENTO), in sostanza vi è la simultaneità della perdita e dell'acquisto di diritti da parte di due soggetti, pubblico e privato. L'esposizione che precede conduce a fornire la formula onnicomprensiva di *elasticità* della situazione giuridica soggettiva e di *irreversibilità* della stessa. In particolare: *«l'elasticità della situazione giuridica soggettiva è l'attitudine di essa a subire, temporaneamente, compressioni ed estensioni dall'esercizio dell'azione della P.A., riprendendo la primitiva ampiezza non appena si estingue tale azione pubblica; oppure la situazione giuridica soggettiva è irreversibile, se si amplia e si sopprime definitivamente nelle ipotesi di riconoscimento al privato o alla P.A. di un diritto».*

5. Il principio di materialità amministrativa (*nullum actum sine actione*) e la «causalità amministrativa»

Dopo aver chiarito gli effetti costitutivi, modificativi, espansivi, compressivi e soppressivi, a cui sono sottoposte le posizioni giuridiche soggettive del privato e dell'ente, possiamo, ora, concentrare l'attenzione sulla materialità della quale abbiamo solo accennato, come precisato, nel paragrafo precedente. In particolare, il nostro diritto amministrativo è un *diritto amministrativo del fatto*, in ossequio al concetto stesso di provvedimento. Orbene, il principio di materialità amministrativa, che in appresso mi accingo a spiegare, è una novità assoluta nel mondo del diritto amministrativo, esso prevede che la volontà della P.A. si estrinsechi nel mondo materiale, non essendo sufficiente, al riguardo, che essa consista in un mero stato soggettivo di volizione dell'amministrazione; dunque la materialità è requisito indefettibile ai fini della creazione del provvedimento, si potrebbe dire in una formula breve, *nullum actum sine actione* (nessun atto senza azione). Ne deriva che nessun cittadino può essere destinatario del volere della P.A. senza un provvedimento emanato da quest'ultima. L'impostazione data è, più precisamente, *corpocentrica* se consideriamo che non è sufficiente la mera intenzione della P.A., ma occorre, al contrario, che la volontà di quest'ultima sia munita, appunto, di *corporeità*, che chiamiamo provvedimento. Conside-

rando, allora, la materialità amministrativa nel senso precedentemente descritto, si ritiene di fornire una nuova formula di provvedimento in coerenza con il principio in esame. Esattamente il provvedimento amministrativo: «è la volontà della P.A. estrinsecantesi, materialmente, nel mondo esterno con forza giuridica costitutiva, modificativa, espansiva, compressiva o soppressiva di una situazione sostanziale di interesse di un privato, in vista di interessi generali». Il comportamento della Pubblica amministrazione si intende come attività materiale, da cui nasce il principio di materialità, ovvero come attività giuridica. Una statuizione priva di una veste esteriore non risulterebbe percepibile, non sarebbe idonea a raggiungere il suo obiettivo di disciplina dei rapporti sociali. Profilo che ben si lega al principio di materialità è il binomio *potere amministrativo – comportamento*. Il potere amministrativo si esplica mediante l'adozione di un provvedimento finale, si ritiene che vada chiarito un punto: azione amministrativa e provvedimento. Mi spiego, si potrebbe asserire che il provvedimento sia, in sostanza, l'*agere* amministrativo, in realtà bisogna con vigore affermare che il provvedimento non è null'altro che la derivata di tale *agere*, più precisamente, il provvedimento è il frutto dell'esercizio del potere pubblico e non l'esercizio. La materialità è la dimensione all'interno della quale un determinato profilo del rapporto tra P.A. e cittadino è in grado di influenzare la capacità della prima al fine di istituire, modificare o estinguere il rapporto giuridico.

Sono due le caratteristiche che devono essere considerate, ai fini della valutazione della materialità di un aspetto dell'attività amministrativa²⁵:

- a) se produce impatti significativi nella sfera giuridica del destinatario – cittadino;
- b) se può influenzare in modo sostanziale la posizione del privato.

25 Si veda M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 988 ss.; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss.; E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, 521 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa procedimento processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118; M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1986, 720.

Determinare gli aspetti materiali del rapporto tra P.A. e cittadino è importante per identificare quali sono gli argomenti meritevoli di essere inclusi nel rapporto di *sostenibilità*. In base al principio di materialità nessuna azione della P.A. può considerarsi amministrativamente rilevante, senza un'azione od omissione che ne sia la causa! Quindi si scorge nel nostro sistema amministrativo un *sistema amministrativo oggettivo*, ossia del fatto materiale, dell'*agere* della P.A. che si estrinseca nel mondo esteriore ed è suscettibile di percezione sensoriale. In particolare, i *fatti amministrativi* consistono in un'attività di natura materiale, tecnica o intellettuale, compiuta da un organo della P.A. che avviene in conseguenza di un *atto amministrativo*²⁶, in particolare, il *fatto* evidenzia la centralità della indispensabile materialità. La materialità del *fatto amministrativo* può andare dalla estrinsecazione minima dell'inizio dell'azione (es. diffida) a quella intermedia della realizzazione dell'intera azione (decreto di esproprio) fino a quella massima della realizzazione dell'evento materiale (provvedimento di esproprio). Tale assunto si può inferire, implicitamente, dalla l. 241/90 laddove chiarisce che con il provvedimento amministrativo si concretizza e formalizza la volontà della P.A. su una data situazione o realtà. Solo le azioni esterne, dunque, e non anche gli atti interni (es. circolari) sono in grado di produrre danni, effetti sfavorevoli o effetti favorevoli a terzi. Le intenzioni interne della P.A. non producono effetti per alcun soggetto esterno, non ha corrispondenza con l'*agere* amministrativo l'esternazione di meri desideri²⁷. Da tale principio discendono due negazioni:

a) non è considerato provvedimento una mera intenzione (es. il proposito di espropriare un'area);

b) non è considerato provvedimento un'intenzione ancorché manifestata, finché non assurga agli estremi di atto o provvedimento amministrativo.

26 Interessante sul punto è il contributo di F. SATTA, *Atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, Treccani, 1988, 9.

27 Si suggerisce sul punto, P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè 1972; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce: Atto amministrativo*, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, 756.

Si ritiene che il principio in parola affondi le sue radici proprio nelle variegate nozioni di atto amministrativo²⁸ che sono state nel tempo elaborate dagli studiosi, nelle quali l'uso della locuzione dichiarazione o *manifestazione di volontà* lascia, candidamente, intendere l'esclusione dalla sfera di atti e provvedimenti che, esaurendosi nell'alveo psichico della P.A., non trovano una corretta estrinsecazione nella realtà esterna. Il provvedimento amministrativo, dunque, deve necessariamente consistere di un elemento oggettivo (*materiale*) distinto dall'elemento psichico (*volontà*). Quanto all'elemento oggettivo, esso coinvolge necessariamente la condotta della P.A., nonché l'evento ed il nesso causale tra condotta ed evento, es. il provvedimento di esproprio. La volontà della P.A. di espropriare si materializza nel provvedimento, tale condotta è collegata all'evento (l'esproprio). Ebbene, potrei non essermi spiegato a dovere.

È possibile parlare di *causalità amministrativa* in ambito procedimentale? In breve, il procedimento amministrativo²⁹ rappresenta una successione di atti (at-

28 P.VIRGA, *Op. ult. cit.*; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, Giuffrè, 1958; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1901; O. RANELLETTI, A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. I, Torino, Utet, 1937, 1091 ss., ora in A. AMORTH, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, 155 ss.

29 Sui diversi profili inerenti il procedimento amministrativo, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118; S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, 27; E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 70; S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 94; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21; G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1993, III, 376; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5; F. PATRONI GRIFFI, *La l. 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, III, 65; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della l. n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171; ID., *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528.

tenzione, però, non una successione qualsiasi, ossia una successione di atti slegati) necessariamente legati tra loro affinché il provvedimento si formi, la causalità amministrativa ne rappresenta il collegamento; il seme di tale causalità è nella continuità, che chiamiamo concatenazione. Quando affermiamo che la P.A. *agisce*, dobbiamo riferirci all'estrinsecarsi della volontà nella condotta, l'azione della Pubblica amministrazione è denotata quale modo di essere della stessa, di cui è conseguenza l'evento (espropriazione, autorizzazione, licenza ecc.). In particolare, un *fatto* rappresenta l'*atto* della P.A. in quanto un suo contegno sia causa dell'evento in cui il fatto si risolve, allora, la questione dell'azione della P.A. è, pertanto, questione della causalità amministrativa, ossia della P.A. come causa (non unica) di un evento; chiarisco meglio su tale ultimo punto.

Ritengo che una Pubblica amministrazione, da sola, non possa mai essere la causa di un evento, esattamente, se per causa si intende l'insieme di tutti gli elementi dai quali discende un fatto, di tale insieme la P.A. ne rappresenta un tassello, mi spiego. Posto il provvedimento di esproprio, nella causa vi rientrano le parti, ossia l'autorità espropriante, il beneficiario dell'espropriazione, il promotore dell'espropriazione e il proprietario che ha il terreno nel luogo da poter essere espropriato. Si ritiene, allora, che la causa di un evento sarebbe una sommatoria di vari elementi generatori di un fatto: *causa*, *presupposto* e *circostanza*. Quindi, applicando questi tre elementi all'esempio citato dell'espropriazione, si avrà:

- a) *causa* (interesse pubblico);
- b) *presupposto* (decreto di esproprio);
- c) *circostanza* (il terreno privato è nel luogo idoneo a essere espropriato).

Sotto il profilo definitorio la condotta della P.A., amministrativamente rilevante, è quella conforme al concetto di provvedimento amministrativo, la l. 241/90 fa riferimento al procedimento definendolo come una serie di atti tramite i quali la P.A. provvede a definire e manifestare la propria volontà. Dunque, perché un atto o provvedimento amministrativo sia perfetto ed efficace

deve essere emanato, è con l'emanazione che si materializza la volontà, il provvedimento è l'atto ultimo, la derivata delle sequenze della volontà che la P.A. pone in essere durante il procedimento. Nel diritto amministrativo non si avrà mai l'espropriazione nel caso in cui la P.A. voglia espropriare e non metta in pratica (decreto di esproprio) il suo proposito. Il diritto amministrativo interverrà solo nel caso in cui la P.A. *esterni*, di fatto, l'intenzione di espropriare.

L'atto amministrativo è ricostruito in base alla tendenza cui si ispira la moderna attività amministrativa: la *funzionalizzazione*, la quale si concretizza nel provvedimento amministrativo, quest'ultimo caratterizzato dalla manifestazione di volizione. Lo stesso esercizio dei poteri giuridici di supremazia rappresenta l'estrinsecarsi della generale potestà d'imperio della P.A. Corre l'obbligo di evidenziare che la materialità senza il provvedimento è inconcepibile, già a livello lessicale, senza l'atto o il provvedimento amministrativo, infatti, il discorso sulla materialità non ha una base strutturale. L'azione amministrativa, il rapporto del procedimento e l'atto del procedimento, costituiscono i tre pilastri della nostra disciplina. L'atto³⁰ del procedimento è l'espressione del movimento, del comportamento dei soggetti del procedimento, il responsabile del procedimento, il dirigente, il privato. Poiché costoro si muovono, agiscono, collaborano allo sviluppo del procedimento amministrativo, sorge la necessità di regolare, delimitare e collegare tali attività. Ciascuno dei soggetti indicati trae dalla legge diritti, facoltà, poteri, obblighi, oneri in relazione al procedimento. È naturale che per l'esercizio di tali diritti, facoltà, potestà e per l'osservanza di tali obblighi ed oneri occorra tenere un dato comportamento, esplicitare una certa attività, la quale si chiama attività o atto del procedimento. Posto che il provvedimento amministrativo dà vita concreta, incarna la volontà della P.A., quest'ultima esprime la volontà tramite l'uomo, perciò l'ente *si fa uomo*, l'ente si personifica, nel senso che la sua volontà si riflette nell'azione materiale dell'uomo, inteso come funzionario, dirigente, impiegato. Per la P.A., il responsabile e il provvedi-

30 Per approfondimenti U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Riv. di dir. pubbl.*, XXII, 1930, 349 e negli *Studi in onore di O. Ranelletti*, vol. II, 447.

mento sono mezzi per materializzare la volontà, attraverso gli atti amministrativi la P.A. *agisce*, si trasforma la volontà in atto pratico, dà esecuzione alla volontà, l'intenzione della P.A. si trasforma in *attuazione*; il provvedimento passa totalmente dalla probabilità alla realtà, entrando in questo modo nella vita dell'uomo! Se consideriamo anche la centralità del concetto di *funzione pubblica*, giova dire che in tale concetto rientra anche l'attività stessa della P.A., in particolare il tempo in cui viene esplicato il potere pubblico per materializzarsi nel singolo atto; allora, la condotta della P.A. sarebbe la *volontà* che si realizza, diventa materiale, si ritiene, pertanto, che *materialità* sia termine da preferirsi a quello di *esternazione* affermato in dottrina³¹. In particolare, l'interno volere della P.A. rimane sterile se non si manifesta esteriormente, questa manifestazione presuppone, in aggiunta, una conforme volontà interna dell'autore dell'atto, volontà della legge e volontà dell'esecutore devono coincidere (la coincidenza è data dal rispetto delle regole dell'azione amministrativa da parte del pubblico funzionario) infatti nei casi di non coincidenza si ha quello che ho definito nel § 3, *equilibrio degradato*. Per evitare che la materialità amministrativa possa essere amputata sotto taluni profili, occorre conglobare in essa le due speciali ipotesi che si conoscono di *provvedimento implicito* e *provvedimento tacito*. In particolare, come è risaputo, nel primo caso si ha un'eccezione alla regola dell'obbligo di manifestazione espressa di volontà, perché in tale ipotesi la volontà di desume implicitamente da una manifestazione precedente, *ergo*, vi è sempre la manifestazione; nel secondo caso, la manifestazione di volontà (accoglimento o diniego dell'istanza) è connessa allo spirare del termine per la chiusura del procedimento, secondo l'art. 20 della l. 241/90.

6. I motivi della creazione della posizione di garanzia del responsabile del procedimento nella teoria bifasica

Il problema della posizione di garanzia nasce dal fatto di stabilire se un soggetto sia incapace di apprestare da sé tutela al bene giuridico. Si ritiene che

³¹ L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Bologna, Monduzzi, 2001, 1470.

tale posizione sarebbe configurabile come il vincolo esistente tra responsabile del procedimento, quale soggetto garante, e la P.A. e il privato, questi ultimi non sarebbero in grado di tutelare da sé i propri beni. Se, viceversa, fosse possibile per tali soggetti apprestare una tutela per i propri beni, si avrebbe da un lato, per la P.A., una presunzione di legalità, dall'altro lato, per il privato, il suo interesse legittimo³² non si configurerebbe nella posizione inautonoma o dipendente che caratterizza la sua natura, ossia che l'utilità sperata cui tende l'interesse del privato dipende dalla intermediazione provvedimentoale della P.A. senza la quale lo stesso interesse legittimo non verrebbe ad esistenza, precisamente l'interesse legittimo sorge se sorge l'azione della P.A. Con riguardo a quest'ultima, dovremmo domandarci se essa sia in grado, allora, titolare del bene giuridico del buon funzionamento, di apprestare da sé tutela a tale bene. Ammesso che essa disponga di uno strumentario di poteri procedimentali tali da tutelare i propri beni (blindando la legalità e l'efficienza) risulterebbe difficile ammettere, allora, la necessità di creare la posizione di garanzia in capo al responsabile del procedimento, poiché l'amministrazione sarebbe in grado di tutelare i propri beni; in diritto amministrativo, però, il legislatore non ha previsto la figura della posizione di garanzia. Quindi, sarebbe lecito supporre una presunzione di legalità dell'azione amministrativa? Sarebbe sbagliato, non si potrebbe parlare di presunzione di legalità dell'azione amministrativa, precisamente non sarebbe, la P.A., in grado di tutelarsi, la tutela potrebbe essere apprestata in via giudiziaria

32 A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114; L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in «*Diritto processuale amministrativo*», n. 3, 2012, 850 ss.; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 469; ID., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 7; G. VIRGA, *Interessi legittimi e diritti soggettivi: una distinzione ancora utile per conseguire una maggiore tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 540; E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, 377; S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del duemila*, in *Foro amm.*, 1990, 1907; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di dir. pubbl.*, 1949, 238; R. ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1953, 307; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro ital.*, 1939, IV, 1; E. CASETTA, *Diritti soggettivi e interessi legittimi: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 611.

contro offese provenienti, *ab externo*, dai cittadini utenti. Viceversa, cosa accade quando l'aggressione ai beni della P.A. avviene, ancora più inquietante, dall'interno, ad esempio da parte del pubblico funzionario che assuma condotte corruttive oppure omissive? Appare chiaro che non si può attendere solo la pronuncia giurisdizionale, ma diventa necessario operare già nel procedimento, all'interno, prevedendo un soggetto che, appunto, sia garante proprio della legalità dell'azione amministrativa; la nascita del soggetto responsabile del procedimento ha sopperito a tale esigenza. Egli è il *dominus* del procedimento e soprattutto ha una *posizione qualificata*, è garante della pubblica amministrazione anche dalle lesioni penalmente rilevanti da parte di organi della stessa P.A. Allora, tale sarebbe la ragione, o meglio una delle varie ragioni, per riconoscere, a tutti gli effetti, la posizione di garanzia. E' la citata posizione qualificata del responsabile che gli attribuirebbe l'*appropriatezza* a fornire tutela alla P.A. avverso le fonti lesive che potrebbero generarsi in seno alla stessa amministrazione oppure dall'esterno, ad opera di un terzo. Si ritiene, allora, che l'importanza di tutelare le anzidette necessità, fondi il presupposto per il riconoscimento di una posizione di garanzia, viceversa (se non si ammettesse l'esistenza di detta posizione) potrebbe aleggiare sulla testa del legislatore lo spettro di una violazione della riserva di legge; definirei il responsabile del procedimento, in una formula breve, quale «*misura costituzionale di garanzia dell'azione pubblica*». Soffermando, aggiungo, l'attenzione sull'espressione scolpita nell'art. 6, l. 241/1990³³ «*adozione di ogni misura necessaria*», ritengo che proprio tale espressione sia la chiave di volta per rendere concreta la posizione di garanzia del responsabile, la funzione di garanzia è racchiusa nello stesso art. 6; il responsabile del procedimento è vincolato a tale articolo, come ad una formula matematica. Egli è il garante della corretta meccanica di tutte le sequenze del procedimento, anche mediante

33 Sul commento all'art. 6, l. n. 241/1990, G. CANAVESIO, *Il responsabile del procedimento*, in P. ALBERTI, G. AZZARITI, G. CANAVESIO, C.E. GALLO, U. QUAGLIA, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, 31 ss.; G. BANTERLE, A. TRAVI, *Commento agli artt. 4, 5, 6 l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, 20 ss.

un'azione sinergica del lavoro dei diversi uffici nell'alveo della singola ed unitaria, appunto, catena procedimentale, è garante della correttezza e trasparenza nei confronti dei terzi, correttezza e trasparenza permeano la figura del responsabile del procedimento; il responsabile fa da *cinghia di trasmissione* tra P.A. e privato. Non si può non affermare che rappresenti un profilo indispensabile la garanzia di una lecita attività amministrativa e la cura degli interessi del privato, e, quindi, stabilire forme di responsabilità in capo ai soggetti pubblici agenti, tra i quali vi rientra il responsabile del procedimento.

La circostanza che esista un obbligo di tutela del bene protetto (buon funzionamento) e tenuto conto del fatto che il responsabile ha poteri *impeditivi*, potrebbe ciò, si ritiene, già essere più che sufficiente ad adempiere i presupposti previsti per la creazione di una posizione di garanzia. L'ipotesi in cui il responsabile del procedimento, con la sua azione, leda un interesse del cittadino e nel contempo crei un danno alla P.A. (entrambi sono persone offese dal reato) dimostrerebbe da parte del responsabile una *dolosa deviazione dell'attività amministrativa*³⁴ dai fini prefissati dalla norma attributiva del potere. Il rapporto di dipendenza tra responsabile e i titolari dei beni protetti (P.A. e privato), fa sorgere per il primo il vincolo di tutela del bene giuridico e fonda, così, la posizione di garanzia³⁵. Questo profilo è notevolmente interessante nella teoria bifasica, poi-

34 Quanto alle distinzioni tra attività amministrativa di diritto pubblico, attività amministrativa di diritto privato e attività privata della P.A., si veda l'interessante contributo di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Di dir. pubbl.*, III, 1938, 456.

35 Si ricorda che nei rapporti tra privati e responsabile del procedimento va sempre garantita l'osservanza del principio della tutela dell'affidamento incolpevole del privato, su tale principio si avvia il rapporto con la P.A. In particolare, la tutela del privato merita di essere salvaguardata in quanto la pubblica amministrazione, attraverso l'emanazione di atti o provvedimenti, si pone come fonte autorevole e quindi degna di fiducia e rispetto. Diventa fondamentale, allora, che tale funzione (la quale può avere conseguenze severe sulla parte debole del rapporto amministrativo) sia svolta con criterio e regolarità. La tutela dell'affidamento serve a evitare il verificarsi di situazioni in cui le indicazioni offerte dalla P.A., nella persona del responsabile, spingano il privato ad errare nelle scelte e nelle azioni, all'interno del procedimento, che altrimenti non avrebbe adottato, cagionandogli una lesione; il principio in esame rappresenta il modello ordinatore tra due posizioni di base: tutela della certezza del diritto e dell'art. 97 Cost., da un lato, e giusta cura del singolo nel caso concreto, dall'altro. Naturalmente si ripudia la pratica-

ché ci fa comprendere che il contegno criminale assunto dal responsabile del procedimento, nell'esercizio delle sue funzioni, è *bifasico*, ossia le persone offese sono la pubblica amministrazione e il privato, come già detto. La caratteristica di tale teoria è quella di evidenziare la circostanza che non esisterebbe una distinzione degli interessi tutelati tra P.A. e cittadino, ossia un interesse principale e un interesse secondario ma i due interessi coinvolti dall'azione criminale del responsabile, viceversa, poggerebbero sullo stesso piano, perché se si pone la distinzione tra i due interessi, attribuendo agli stessi pesi specifici differenti, diventa consequenziale il differente trattamento protettivo, quindi vi saranno casi in cui l'uno trova tutela e l'altro ne è sfornito. Allora, ne conseguirebbe una necessaria concezione *ampia* dei soggetti passivi *essenziali* del delitto (corruzione, rifiuto e omissione di atti d'ufficio³⁶ ecc.) ossia l'amministrazione pubblica e il privato. Dunque, la teoria bifasica ha un carattere *generale*, precisamente trova applicazione per tutte le condotte criminali, indistintamente realizzate, del responsabile del procedimento contro la P.A. e contro il cittadino, e non, viceversa, una portata ristretta ossia solo per uno o alcuni dei reati contro la pubbli-

bilità della tutela del legittimo affidamento nell'ipotesi in cui il privato abbia consapevolezza dell'evidente infondatezza del contenuto dell'atto emesso dal responsabile, poiché la buona fede è concetto da applicarsi tanto alla condotta della P.A. quanto a quella del privato. La tutela dell'affidamento, in sintesi, si risolve in un dovere di *non contraddizione*, poiché il privato si affida alla P.A. (responsabile del procedimento) attendendo determinati risultati. Inoltre, il principio di buona fede nelle relazioni tra privato e P.A. ha carattere *bifasico*, perché comporta obblighi di condotta, come detto, anche per il privato. La teoria bifasica tiene conto, dunque, anche del profilo della buona fede, evidenziando come si garantiscano maggiormente l'economicità, l'efficacia e l'efficienza nella cura e realizzazione dell'interesse pubblicistico. Le relazioni tra P.A. e cittadino si fondano sulla collaborazione e buona fede, come insegna la *regola d'oro* sul procedimento, ossia la legge 241/90 la cui operatività è *bifasica* nel prevedere reciproci obblighi di correttezza gravanti sui due soggetti all'interno del rapporto amministrativo.

Sul carattere bilaterale (si ritiene definire, invece, *bifasico*, in coerenza con il concetto di *bifasicità* esplicitato nel § 1 del presente saggio) del principio di buona fede nel rapporto tra privato e P.A., degna di nota è la sentenza del Cons. Stato, 8 settembre 2022, n. 7843 con la quale è stato affrontato il tema della "bilateralità" del principio di buona fede, fonte di obblighi di correttezza e leale collaborazione sia in capo alla P.A., sia in capo al privato nei cui confronti si esplica l'attività amministrativa.

³⁶ Si veda F. TAGLIARINI, *Omissione di atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 60 ss.

ca amministrazione. La teoria bifasica, che affonda le sue radici nella posizione di garanzia, si applica tutte le volte in cui il responsabile assuma un *contegno bifasico* o a *doppio danno*, come già detto, ossia lesivo del bene della P.A. e del bene di cui è titolare il privato; il responsabile del procedimento va considerato, nella commissione del reato, come soggetto posto al centro tra P.A. e cittadino. Mediante il procedimento i principi di buon andamento e di imparzialità, ex art. 97 Cost., si concretizzano (assieme ad essi anche altri principi scolpiti nella l. 241/90, efficienza, efficacia, pubblicità e trasparenza sui quali si fonda l'agire amministrativo),³⁷ non tralasciando la indispensabile necessità che il procedimento deve essere giusto. Il cittadino è sempre più coinvolto all'interno del procedimento, egli collabora attivamente alla formazione del provvedimento finale, senza subire passivamente le decisioni della P.A., come avveniva in passato. Il responsabile deve soddisfare le esigenze dei consociati, egli non deve assolutamente assumere condotte che compromettano la sua credibilità e quella dell'amministrazione pubblica, ragione per cui è importante indagare sul *come* il responsabile utilizzi il potere attribuitogli. Ecco un esempio chiarificatore: si ponga il caso in cui il privato cittadino presenti alla pubblica amministrazione un esposto, al fine di ottenere la chiusura di un'attività di ristorazione, poiché si duole in merito a fatti violativi delle norme amministrative in tema di inquinamento atmosferico e violazione di norme del regolamento edilizio in relazione alla costruzione di una canna fumaria, e il responsabile del procedimento, durante l'attività procedimentale, si lasci corrompere dal ristoratore che ha interesse, evidentemente, all'insabbiamento di tale esposto. Nell'esempio citato, sarebbero lesi, a seguito dell'azione criminosa del responsabile, la P.A., per violazione dei principi dell'azione amministrativa, principio di legalità, art. 97 Cost.,

³⁷ Per una maggiore riflessione, non solo in punto di ordinamento interno, A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 425 ss.

buon andamento e imparzialità³⁸ e il privato che ha presentato l'esposto, per lesione dell'interesse legittimo e lesione del principio dell'affidamento³⁹.

Quindi, più incisivamente: *«l'interesse legittimo è tutelato in connessione e/o in occasione con la tutela dell'interesse pubblico, nella sfera delle relazioni intercorrenti tra privato e P.A. in considerazione del controllo del potere esercitato da quest'ultima; perciò anche il privato, come la P.A., sarebbe parte offesa nel caso di danno»*. Precisamente, si avrebbe la verifica di un danno, ogniquale volta il responsabile del procedimento ponesse in essere, nell'esercizio della sua funzione, una condotta bifasica illegittima dalla quale, appunto, derivi una doppia lesione: al bene della vita, (meritevole di tutela dall'ordinamento giuridico ed al quale si collega l'interesse legittimo⁴⁰) e al principio di legalità, di cui all'art. 97 e ss. della Carta fondamentale. La condotta criminosa assunta dal responsabile del procedimento, sia essa consistita nella corruzione, omissioni di atti d'ufficio, è plurioffensiva, infatti è la stessa plurioffensività a dare vita alla teoria bifasica, in considerazione del fatto che i reati commessi contro la P.A. da parte del responsabile, offendono, da un lato, l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa e, dall'altro lato, l'interesse legittimo dei singoli cittadini. Si ritiene, quindi, che le norme di tali fattispecie incriminatrici debbano ricevere una maggiore interpretazione, più ampia, nel senso che ove poste in essere si debbano considerare quale presidio di ognuno di essi (bene della P.A. e bene del privato)⁴¹.

38 Per un esame approfondito della cornice costituzionale P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, IV, Padova, Cedam, 1958, 25; L. FERRARA, *Situazioni soggettive nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5576 ss.; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè 2006, 2934 ss.

39 Quanto ai principi amministrativi, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

40 Si veda, L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 302 e ss.

41 Ad esempio, nei delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) si lede la P.A. ma anche l'interesse del privato in conseguenza dell'omissione dell'atto amministrativo dovuto; la concussione (art. 317 c.p.) offende la libertà morale della vittima e il prestigio della P.A., tale reato è bioffensivo poiché lede l'interesse del cittadino a non subire danno in conseguenza dell'abuso di potere del pubblico ufficiale, e lede, altresì, l'interesse pubblico al normale funzio-

Posta tale visione *olistica* della tutela dei beni, la teoria è bifasica proprio perché fa riferimento al doppio danno (per il privato e per la P.A.) e alle violazioni delle due posizioni, di *controllo del rapporto* tra P.A. e cittadino⁴² e di *protezione dei beni* di entrambi i soggetti. Occorre domandarsi: qual è l'effettiva posizione del destinatario del danno? In sostanza, possiamo parlare di persone offese dalla condotta del responsabile del procedimento? Vediamo nello specifico. Nella condotta criminosa del responsabile del procedimento, possiamo individuare due soggetti: colui che trae vantaggio dal reato (responsabile del procedimento, es. corruzione); colui o coloro che subiscono il danno (P.A. e privato). Preciso che per danno non si intende solo quello patrimoniale, poiché il danno può derivare anche da qualsivoglia contegno del responsabile determinante un *vulnus* all'ambito della personalità, per il privato, e, ai principi che regolano l'azione amministrativa, per la P.A. (danno all'immagine e lesione alla credibilità dell'azione amministrativa); punto nevralgico del tema in rassegna è anche il danno. Con riferimento a tale ultimo concetto appare necessario indagare sui beni giuridici⁴³ dell'amministrazione pubblica e del cittadino, precisamente i beni che potrebbero essere lesi dal responsabile del procedimento, attraverso la sua azione illecita (es. corruzione⁴⁴), sono il buon andamento e l'imparzialità della P.A. La pubblica amministrazione (considerando il bene giuridico tutelato) è persona offesa; e il privato? Relativamente a quest'ultimo, occorre operare, come già detto poco prima, una riflessione interpretativa estensiva in tema di danno, nel senso di includere nella sfera della persona offesa dal reato, insieme alla pubblica amministrazione, anche il privato. L'ordinamento amministrativo tutela la legalità dell'azione amministrativa, poiché essa rispon-

amento e al prestigio dell'amministrazione pubblica, perciò si ritiene utilizzare il concetto *bifasico*.

42 Si veda, E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 3.

43 Sul punto, si segnala l'interessante contributo di M. CATENACCI, *Bene giuridico*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, Giuffrè, 2006, 671 ss.

44 Si veda, E. CONTIERI, *Abuso innominato di ufficio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, v. I, 1958, 187; M. SCARDIA, *Abuso di autorità e rifiuto di atti di ufficio*, in *Giust. pen.* 1951, II, 484.

de al raggiungimento del fine pubblicistico. In particolare, nel delineare tale fine si dovrebbero conglobare anche gli interessi del privato e della sua posizione giuridica soggettiva, quest'ultima, infatti, nell'ipotesi in cui non sia confinata ad integrare interessi strumentali, (presidiati solo nel procedimento, individuandosi nella richiesta di conservazione del bene della vita), come già detto nel § 1 del presente contributo, in realtà riceve protezione dall'ordinamento amministrativo. Ritengo, segnatamente: *«posto che il procedimento amministrativo ha la funzione precipua di garanzia dell'interesse del cittadino, dal quadro che precede si potrebbe inferire che anche il diritto penale, al fine di presidiare la legalità dell'agere amministrativo, non possa non considerare la lesione alla situazione sostanziale di interesse del privato come persona offesa, a latere alla P.A»*. In tal modo il privato avrà tutto il diritto di opporsi contro una eventuale archiviazione della pubblica accusa, allora ci si potrebbe domandare: perché considerare il privato persona offesa alla stessa stregua della P.A.? Il motivo di tale equiparazione è da ricercare nella cornice costituzionale (precisamente i diritti del privato presidiati costituzionalmente); in buona sostanza egli ha tutto l'interesse a non vedere intaccati i suoi diritti costituzionali garantiti, diritti riconosciuti a tutti i consociati nei riguardi della P.A. Allora, il danno è bifasico poiché la lesione riguarda beni della P.A. e del privato, *ergo*, vi sarebbe una plurioffensività che permea la stessa teoria bifasica la quale, appunto, trova il proprio fondamento nella condotta bioffensiva del responsabile. Tanto precisato è possibile, agevolmente, desumerlo dalla stessa *ratio* della teoria in esame, ossia la *bifasicità* della tutela del buon andamento della P.A. e del cittadino dalle prevaricazioni del pubblico ufficiale infedele; esisterebbe, in sostanza, una *convergenza* tra il bene della P.A. e l'interesse del cittadino, i due interessi non sono distanti. In particolare, il *vulnus* inferto ai beni della pubblica amministrazione *concorrerebbe sempre* con la lesione inferta ai diritti del privato, i quali ricevono tutela dalla l. 241/90. In definitiva, i due interessi pubblico e privato (rispettivamente, buon funzionamento della P.A. e interesse del privato) dovrebbero essere tutelati simultaneamente, di conseguenza se il priva-

to patisce un danno egli diventa persona offesa dal reato (commesso dal responsabile del procedimento) assieme alla pubblica amministrazione, allora potrebbe legittimamente resistere, come già detto, alla richiesta di archiviazione del p.m.; l'interesse del privato, rispetto a quello della P.A., non è *figlio di un dio minore*. Appare utile, peraltro, proprio a conferma di quanto detto, sottolineare la circostanza che i beni della P.A., quali l'imparzialità e il buon andamento, appartengono a un gruppo di individui, a tutti i cittadini, quindi non vi è l'intestazione di essi ad un soggetto passivo ben determinato. Esattamente, tale fascio di beni (a tutta prima appare appartenere, per natura, solo alla P.A.) si inquadra in capo a ciascun consociato; quest'ultimo è titolare di tali diritti nei riguardi della stessa pubblica amministrazione. Come chiarito nelle pagine precedenti in merito alla figura del responsabile del procedimento, egli è, precisamente, all'interno del procedimento, collocato tra due fuochi, Pubblica amministrazione e cittadino, perciò, come già evidenziato, la norma penale in tema di danno dovrebbe essere interpretata *estensivamente* al fine di comprendere in un'unica sfera protettiva la P.A. e il cittadino, perché sono entrambi vulnerati. Inoltre, l'ingiustizia del danno dovrebbe configurarsi ogniqualvolta vi sia l'inosservanza di doveri *giuridici* e *non giuridici* (violazione di norme metagiuridiche, ad es. norme sull'opportunità e convenienza⁴⁵) da parte del responsabile, prescindendo dalla fonte. Quanto si precisa in appresso, rappresenta un passaggio importante ai fini della configurabilità della persona offesa nel privato e la conseguente sua impugnazione all'archiviazione, sotto il profilo processuale, in particolare, non sarebbe peregrina l'ipotesi che il danno possa essere cagionato anche dall'inosservanza di *obblighi di condotta* cui il pubblico dipendente deve osservare. Si consideri, ad esempio, il responsabile del procedimento che accetti una somma di denaro per avvantaggiare, in una gara d'appalto, una ditta.

45 Si veda, G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 131 ss.; V. OTTAVIANO, *Merito*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1964, 575 ss.; G. VACIRCA, *Riflessioni sui contenuti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1983, 1600 ss.

Tale condotta, indubbiamente, configura la fattispecie di corruzione, ma realizza, altresì, un illecito disciplinare; sarebbe, allora, anche questa circostanza a far assumere al privato, sempre e comunque, a prescindere dal reato e dalla natura della regola violata, la veste di persona offesa. Avverto, tuttavia, che per poter considerare la configurabilità dell'ingiustizia, è necessaria la causalità, che consideri la concreta funzione esplicata dal procedimento amministrativo e, in senso largo, lo scopo della sua disciplina. Posto che la teoria bifasica opera su due fasi: quella garantista per il privato e quella dell'efficienza dell'esercizio del potere della P.A., giova porsi il seguente quesito: quando il responsabile del procedimento può dirsi titolare della posizione di garanzia? Si ritiene che il responsabile versi nella posizione di garanzia tutte le volte in cui ha l'opportunità, con la sua azione, nel procedimento, di dominare il suo *iter* e dunque gli eventi dannosi per gli interessi della P.A. e del privato, indirizzandoli verso uno sviluppo *impeditivo* della lesione per essi (es. il responsabile, in caso di tentata corruzione da parte di un terzo potrebbe, per avvantaggiare sé e il corruttore, respingere l'istanza di un cittadino ma non lo fa). In tale ultimo esempio, ha impedito, il responsabile, che il terzo lo corrompesse e quindi che si potesse creare un *vulnus* bifasico agli interessi della P.A. e del privato istante. La posizione del responsabile del procedimento ha struttura, quindi, bifasica, più precisamente, caratterizzata non solo da una condotta di *controllo* imposta *ex lege*, ma anche da una condotta di *protezione* duplice (i principi della P.A., buon andamento, imparzialità e l'interesse legittimo del privato), quindi la risposta bifasica consiste nel controllo del rapporto P.A.- privato e nella protezione dei principi dell'azione amministrativa e dell'interesse del cittadino, la posizione di controllo implica l'esistenza, in capo al responsabile del procedimento, di una situazione di dominio; egli ha la signoria sull'agire amministrativo. Se consideriamo l'imparzialità⁴⁶ dell'azione amministrativa vediamo che essa fa parte di ciò che definisco, per usare un termine impiegato in medicina, *tripode vitale*, assieme alla legalità e al

46 G. MANFREDI, *Principio di imparzialità e riordino dell'amministrazione per collegi*, in *Dir. amm.*, 1996, 89.

buon andamento. Più precisamente, affinché la P.A. agisca nel soddisfacimento assoluto dell'interesse pubblico⁴⁷, è necessaria la coesistenza e il rispetto dei tre principi; utilizzo l'espressione tripode vitale perché necessariamente i tre principi saranno rispettati o violati contemporaneamente, ciò è dato dal collante che avvolge tali principi, se non si rispettasse solo l'imparzialità, automaticamente l'inosservanza di tale principio travolgerebbe anche il buon andamento⁴⁸ e l'illegalità, *simul stabunt, simul cadent*. Ebbene, il presente paragrafo fa un esplicito riferimento alla posizione di garanzia del responsabile del procedimento, allora occorrerebbe, altresì, domandarsi: è corretto ipotizzare una posizione di garanzia "anticipata", nell'alveo della l. 241 del 1990? Per rispondere occorre considerare la l. n. 190 del 2012 (in particolare l'art. 6 *bis* introdotto nella l. 241/90 ad opera del co. 41, dell'art. 1, l. 190/2012). La *ratio* di tale intervento è quella di agire in chiave preventiva, anche a livello "potenziale", sulle azioni dell'uomo colorate da corruzione, cristallizzando un dovere giuridico di inibire al responsabile del procedimento, e i titolari degli uffici, di insinuarsi in qualunque segmento del procedimento, in questo modo si è voluto estirpare alla radice il comportamento volto a contaminare il processo decisionale. E qui gioverà notare, a riferma di quanto si è innanzi dimostrato, come il legislatore, in tale caso, abbia voluto tenere a freno qualsivoglia preferenza per non vulnerare l'imparzialità, tale ultima riflessione, *a fortiori*, ci fa comprendere come la posizione di garante del responsabile sorga già prima della nascita del procedimento, per cui si potrebbe parlare, almeno nel caso di corruzione, di *anticipazione della posizione di garanzia*. La teoria bifasica considera che la posizione del responsabile è caratterizzata non solo da una condotta commissiva ma anche omissiva (di violazione non solo di precetti costituzionali ma anche violazione della normazione ordinaria, l. 241/90), la posizione di protezione è concentrata, appunto, sulla

47 Quanto alla individuazione dell'interesse pubblico nell'interesse della collettività F. BARTOLOMEI, *Contributo ad una teoria del procedimento ablatorio*, Milano, Giuffrè, 1962.

48 Si veda, A. SAITTA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, 1988, 53.

protezione che il responsabile deve garantire agli interessi della P.A. e del privato; il responsabile assume un *dovere di condotta*.

7. La successione nella posizione di garanzia tra responsabile del procedimento e organo adottante il provvedimento

Se si considera l'art. 4 e ss. della l. 241/90 si intuisce, *d'emblée*, che la *ratio* perseguita dal legislatore è di far ben comprendere al destinatario dell'azione della P.A. il soggetto responsabile nell'ipotesi di lesione delle proprie ragioni, con l'ulteriore possibilità che se manca l'individuazione del responsabile assumerà le funzioni il dirigente dell'unità organizzativa; la posizione di controllo ha lo scopo di preservare taluni beni giuridici da tutti i pericoli che possano, effettivamente, minacciare l'integrità in maniera indipendente dalla fonte da cui derivano. Il controllo deve paralizzare le fonti pericolose, per garantire l'integrità dei beni giuridici minacciati, es. il dirigente dell'unità organizzativa impedisce che il responsabile del procedimento commetta omissione in atti d'ufficio. Nella sfera della posizione di controllo, si potrebbe individuare la posizione di garanzia che ha ad oggetto l'impedimento da parte del dirigente di azioni criminali poste in essere da parte del responsabile del procedimento. Tutto quanto detto in precedenza, posizione di controllo e di garanzia, è individuabile quando l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale sia diverso dal responsabile del procedimento. A questo punto, procediamo con ordine in relazione a due ipotesi:

A) è possibile inquadrare il fenomeno della *successione nella posizione di garanzia*? C'è trasferimento di responsabilità? Esiste la solidarietà tra i garanti? Si ritiene di sì. Precisamente, la novella legislativa del 2005 (l. n. 15/2005) ha disposto che nel caso in cui il responsabile del procedimento (che chiamiamo, primo garante) sia diverso dal titolare della competenza all'adozione dell'atto finale (che chiamiamo, secondo garante) quest'ultimo dovrà considerare i risultati istruttori posti in essere dal primo, tra l'altro si prevede, altresì, che se il secondo garante volesse assumere una posizione, in termini valutativi, differente

dal primo, dovrà indicare le motivazioni nell'atto conclusivo (lett. e), co. 1, art. 6, l. 241/1990. La risposta al quesito poc'anzi posto, risiede proprio nell'ultimo tratto della riflessione, in particolare si ha un criterio di successione tra il primo responsabile e il secondo, un evidente trasferimento di responsabilità in capo al soggetto titolare della competenza finale (adozione del provvedimento). Diciamo che tra primo garante (responsabile) e secondo garante (organo che adotta l'atto finale) esiste un rapporto interorganico; si ritiene che proprio tale rapporto crei l'ipotesi di successione nella posizione di garanzia, perché le funzioni intestate al responsabile comprimono o, comunque, condizionano notevolmente la deliberazione dell'organo decidente, ciò dimostra l'esistenza della correlazione tra le condotte dei due garanti. Sarebbe, allora, lo stesso art. 6, l. 241/90 a prevedere la traslazione della responsabilità nella posizione di garanzia, dal responsabile del procedimento al soggetto deputato ad adottare il provvedimento. La successione nella posizione, si ritiene, si verificherebbe solo nel caso in cui il secondo garante, ossia chi adotterà il provvedimento finale, non si discosti dalle risultanze istruttorie del primo garante, è questa circostanza che, a mio avviso, farebbe sorgere la *solidarietà tra i garanti*, sul piano causale, tra le risultanze del primo e il provvedimento finale del secondo. Se, viceversa, il secondo garante si discostasse dalle risultanze istruttorie del primo, quindi assumerebbe una valutazione differente, si spezzerebbe, in un certo senso, la continuità perché si avrebbero due differenti visioni; allora, si ritiene che la solidarietà tra i garanti debba riguardare solo *visioni omogenee*, quanto ai risultati istruttori;

B) la fonte dell'obbligo di controllo e di garanzia per il dirigente è l'art. 5 della l. 241/90, poiché è il dirigente che individua il responsabile del procedimento. Il dirigente intesta la responsabilità istruttoria e di tutti gli adempimenti inerenti il singolo procedimento nonché, eventualmente, l'adozione del provvedimento finale. La questione è la seguente: si potrebbe configurare la posizione di garanzia del dirigente per i reati commessi dal responsabile del procedimento? Su tale questione potrebbe configurarsi un *concorso omissivo* (del dirigente)

nell'altrui (responsabile del procedimento) *reato commissivo*. Discenderebbe, in sostanza, l'obbligo per il dirigente di provvedere alla salvaguardia del principio di legalità amministrativa, *ex art. 97 Cost.*, nell'ipotesi di attività illecita (corruzione) commessa dal responsabile del procedimento. Allora, l'obbligo per il dirigente sarebbe di “*controllo*”, poiché previsto in funzione dell'esigenza di imbriagliare la potenzialità lesiva della condotta del responsabile del procedimento, il quale, a causa della sua qualifica all'interno del procedimento, potrebbe essere considerato fattore di rischio per gli interessi pubblici.

La posizione di garanzia è configurabile come il vincolo esistente tra un soggetto garante, responsabile del procedimento, ed un bene giuridico ossia l'interesse legittimo⁴⁹ collegato al bene della vita del cittadino, quest'ultimo è incapace di proteggerlo autonomamente. Come detto precedentemente, anche la P.A., si ritiene, non sarebbe in grado di provvedere alla tutela dei principi regolatori della sua azione, il responsabile del procedimento, allora, ha una veste bifasica *interna*, poiché egli si pone come soggetto cui è affidata la funzione organizzatrice e direttrice dell'istruttoria⁵⁰, vigila sulla regolarità dei passaggi intermedi endoprocedimentali (è garante della trasparenza e dell'efficienza dell'azione amministrativa, attraverso la figura del responsabile si soddisfano due fini, *art. 97 Cost.* e *art. 28 Cost.*⁵¹) ed *esterna* poiché è interlocutore e riferimento per i soggetti interessati. Egli, attraverso il procedimento, entra in contatto con il cittadino, è, per tutti gli interessati al procedimento, la stella polare, su di esso grava, da un lato, il peso dell'inosservanza dei termini prescritti dalla legge per

49 Per maggiori approfondimenti F. BASSI, *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1994, 107; V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. e società*, 1989, 565; E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 611.

50 Sul punto, R. PEREZ, *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 623 ss.; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss.

51 F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1986, 41.

la conclusione del procedimento, e, dall'altro lato, la gestione delle relazioni sia con i privati che con gli altri soggetti pubblici, anche appartenenti, questi ultimi, a diverse amministrazioni. Inoltre, all'obbligo giuridico del responsabile del procedimento di impedire l'evento, deve aggiungersi l'esistenza di *poteri fattuali*, ossia idonei a porre in essere strumenti atti ad aggirare l'evento, si ritiene, allora, che il responsabile sarebbe privato, per le ragioni esposte, dell'impermeabilità alla responsabilità. Poniamo a confronto due ipotesi, X e Y, al fine di confutare un eventuale ripudio alla creazione di una posizione di garanzia in capo al responsabile del procedimento. Orbene, nell'ipotesi X, si potrebbe affermare che il responsabile del procedimento, non possa rispondere dell'evento se, pur garante, non abbia la possibilità di influenzare il moto degli eventi. Rispondo. In realtà egli dispone di poteri impeditivi, quindi può influenzare tale moto; viceversa, nell'ipotesi Y, si potrebbe sostenere che il responsabile del procedimento, pur disponendo di tali poteri impeditivi, in realtà mancherebbe per lui un obbligo di intervento per modificare tale moto, egli, quindi, non risponderebbe. A tale affermazione segue una risposta sintetica: il responsabile ha, in realtà, l'obbligo di intervenire. Da quanto detto si è dimostrata l'esistenza dei poteri impeditivi e dell'obbligo di intervenire. Allora, le risposte alle due ipotesi (X e Y) ritengo costituiscano la prova del nove, poiché vi è la verifica dell'esistenza delle condizioni per riconoscere la posizione di garanzia. Insomma, attraverso il raffronto delle due ipotesi citate, oltre a considerare tutto quanto detto nel presente lavoro, non sarebbe errato ammettere la creazione della titolarità della posizione di garanzia in capo al responsabile se si considera, in particolare, la prova dell'esistenza dei semi generatori di detta posizione, ossia i poteri impeditivi e l'obbligo di intervenire; la conseguenza sarebbe la punibilità, nel caso di effetti negativi sul provvedimento finale, *ex art. 40 c.p.*, del responsabile del procedimento nell'ipotesi in cui ometta di intervenire sulla condotta di altri soggetti implicati (*concorso causale*) nei cui confronti, viceversa, avrebbe potuto azionare poteri di sollecitazione, finanche la sostituzione.

Esattamente, l'intervento è *bifasico*, ossia diretto e indiretto, poiché il potere di impedire si concreta, da un lato, nell'intervento (diretto) di chi ha l'obbligo e, dall'altro lato, come detto poco fa, nello stimolare l'azione di un altro soggetto (indiretto). L'art. 40, co. 2, c.p., impone in capo al garante l'azione impeditiva; in pratica l'obbligato ha la capacità di ostacolare l'avveramento di una offesa in virtù del potere che si traduce nel dovere di intervento ostativo, ed è proprio tale dovere che porterebbe il responsabile del procedimento a sostituirsi nella protezione degli interessi di altri soggetti. Il potere ostativo ha funzione *bifasica* nell'alveo della responsabilità commissiva per omissione, in pratica, per un verso, attribuisce al garante la capacità ad ostacolare il *vulnus* e, per l'altro verso, confina il contegno che da egli si esige. Si badi bene, le conseguenze negative sul provvedimento finale sono una circostanza di non poco conto, in termini di necessaria lesività (offensività). Sicché, quando il responsabile del procedimento amministrativo risulti omissivo nell'intervenire sull'operato di altri soggetti, concorrendo in tal modo a produrre effetti pregiudizievoli sul provvedimento finale, si ha offensività; viceversa, l'omissione del responsabile, pur concretizzatasi, risulterà non lesiva allorché abbia riguardato un atto, compiuto da altri nel procedimento, di scarsa importanza ai fini del risultato conclusivo. Tali deduzioni (concernenti la veste di garante della *giustizia* dell'azione amministrativa acclarata in capo al responsabile del procedimento dalla normativa amministrativa) sarebbero corrispondenti con le osservazioni relative alla veste del soggetto qualificato nella sfera dei *reati propri*, ossia la sua particolare capacità di presidiare il bene giuridico considerato.

SVEVA BOCCHINI

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"
sveva.bocchini@unina.it

LEGITTIMAZIONE ED INTERESSE DEL TERZO INTERVENIENTE NEL PROCESSO DI LEGITTIMITÀ: PROFILI EVOLUTIVI

LEGITIMACY AND INTEREST OF THE THIRD PARTY INTERVENER IN ADMINISTRATIVE PROCESS: EVOLUTIONARY PROFILES

SINTESI

L'art. 28 c.p.a., se per un verso, ha introdotto una disciplina più dettagliata dell'intervento, dall'altro, non ha risolto i numerosi dubbi in ordine alle condizioni di ammissibilità dell'intervento nel processo amministrativo. Scopo del contributo è verificare in che termini e in che misura i principi dell'art. 81 c.p.c. e dell'art. 100 c.p.c. siano estensibili all'intervento nel giudizio di legittimità con finalità di selezione dei terzi effettivamente legittimati a partecipare, in rapporto alla generica nozione di terzo consociato rispetto alla *res inter alios acta*. A tal fine, ricostruito il dibattito giurisprudenziale e dottrinale in ordine ai tipi d'intervento esperibili nel processo di legittimità, lo scritto individua la posizione legittimante in relazione a ciascun tipo d'intervento consentito dall'art. 28 c.p.a.

ABSTRACT

Article 28 of the Administrative Process Code, if on the one hand it has introduced a more detailed regulation of intervention, on the other hand it has not resolved the numerous doubts as to the conditions of admissibility of intervention. The purpose of this contribution is to ascertain in what terms the principles of Article 81 and Article 100 of the Code of Civil Procedure can be extended to intervention and to what extent they apply to administrative

proceedings for the purpose of selecting the third parties actually entitled to participate, in relation to the generic notion of third party consociate with respect to *res inter alios acta*.

PAROLE CHIAVE: Terzo; Giudizio di legittimità; Legittimazione ad intervenire; Interesse ad intervenire.

KEYWORDS: Third party; Judgement of legitimacy; Legal standing; Interest in bringing proceedings.

INDICE: 1. Il terzo interveniente tra diritto sostanziale e processuale. - 2. La posizione tradizionale della giurisprudenza sull'ammissibilità del solo intervento adesivo dipendente e le interpretazioni della dottrina. - 3. La legittimazione e l'interesse ad intervenire dei controinteressati: riflessioni. - 4. Legittimazione e interesse ad intervenire dei cointeressati: problemi e prospettive. - 5. Ulteriori tendenze estensive nella giurisprudenza: i titolari di meri interessi differenziati o di meri interessi qualificati. - 6. I legittimati passivi ad intervenire per ordine del giudice. - 7. Riflessioni finali.

1. Il terzo interveniente tra diritto sostanziale e processuale

La nozione di terzo interveniente in un giudizio promosso da altri è una delle più discusse del diritto amministrativo e tale da investire questioni sia di ordine sostanziale, quale l'individuazione di situazioni soggettive collegate a quelle oggetto di controversia *inter alios*, sia di ordine processuale, quale il riconoscimento della legittimazione ad intervenire in un processo instaurato da altri a tutela delle suddette situazioni.

Nel processo amministrativo di legittimità, ove, com'è noto, le parti necessarie del giudizio sono il ricorrente, la p.a. resistente e, ove esistente, il controinteressato c.d. formale, ossia il soggetto che vanta un interesse legittimo di segno contrario a quello del ricorrente, identificato o "identificabile" mediante l'esame dell'atto impugnato, l'individuazione dei soggetti legittimati ad "intromettersi" in un processo *inter alios* assume carattere di problematicità data la naturale multidirezionalità dell'azione amministrativa¹ e l'attitudine del provvedimento a produrre effetti nella sfera giuridica di più soggetti diversi dalle parti necessarie del giudizio.

¹ Già F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 304, osservava che "in diritto amministrativo la molteplicità d'interessi diretti o indiretti in un rapporto giuridico è un fenomeno quasi costante se non essenziale, poiché le pubbliche amministrazioni agiscono per l'interesse pubblico, eppure i rapporti con essa si riflettono su numerosi individui". Si veda anche G. GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977, 72 ss.

A lungo la legittimazione ad intervenire nel giudizio di legittimità è stata riconosciuta senza procedere alla qualificazione giuridica della posizione vantata dell'interveniente. Questa impostazione risultava tuttavia conforme ad una configurazione “oggettiva” della giustizia amministrativa, ove “i diritti si appiattiscono sulla legalità”² e il terzo, è “garantito non in quanto individuo, ma in quanto parte di una collettività, titolare di una frazione dell'interesse pubblico”³.

In quest'ottica si negava che la produzione da parte del provvedimento di effetti nella sfera di altri soggetti diversi dal destinatario determinasse l'instaurazione di rapporti tra amministrazione e terzi, i quali erano considerati come investiti solo “di riflesso” dall'agire provvedimentoale, sicché alla riconosciuta “sostanzializzazione” dell'interesse legittimo⁴ del destinatario del provvedimento non è corrisposta una “sostanzializzazione” dell'interesse del terzo⁵, tale da isolare tra tutti i terzi su cui ricadono gli effetti del provvedimento quei soggetti titolari di posizioni giuridiche sostanziali, cui riconoscere la legittimazione ad intervenire nel giudizio promosso da altri.

2 Cfr. G. MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017 214; ID., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 12 ss.

3 Così G. MANNUCCI, *op. ult. cit.*, 14.

4 Sulla rilevanza dell'interesse legittimo quale posizione giuridica sostanziale, a partire della nota tesi di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 87, vi è oggi una sostanziale concordia di opinioni, a prescindere dalla collocazione – interna o esterna – dell'interesse materiale rispetto allo stesso. Sulla configurabilità del bene della vita come “esterno” rispetto all'interesse legittimo, imprescindibile il riferimento a F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 28 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 129; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, 275; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2007, 400. Per l'orientamento che incorpora, invece, l'interesse al bene della vita all'interno dell'interesse legittimo cfr. G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 151 ss.; G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 241 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1017; A. TRAVI, *Introduzione ad un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, 1 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 168 ss., il quale configura l'interesse legittimo come diritto di credito (avente ad oggetto una prestazione consistente in un comportamento – in un atto – dalle caratteristiche predeterminate).

5 Così G. MANNUCCI, *op. cit.*, 14.

In una giurisdizione di stampo soggettivo, quale oggi si riconosce anche quella amministrativa⁶, funzionale alla tutela di situazioni giuridiche soggettive, in conformità con gli artt. 24, 103, 113 Cost.⁷, invece, anche la legittimazione ad intervenire impone una rigorosa qualificazione giuridica della posizione dell'interveniente che preceda la verifica dell'interesse ad ottenere una qualche utilità dalla sentenza resa *inter alios*. In altri termini l'intromissione in un giudizio promosso da altri impone di individuare la situazione giuridica soggettiva di cui l'interveniente sia titolare al fine di non lasciare alla giurisprudenza eccessivi margini di apprezzamento in ordine all'ammissibilità dell'intervento e ai relativi poteri processuali da accordare all'interveniente, con il rischio di valutazioni divergenti in relazione ad una stessa fattispecie, in violazione del principio di uguaglianza nell'accesso alla tutela giurisdizionale.

6 Sulla funzione soggettiva della giurisdizione amministrativa, come definita dalla Costituzione (art. 24) A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 46, che rintraccia «il valore essenziale della Costituzione (art. 24)», proprio nella tutela delle posizioni individuali e A. POLICE, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commento all'art. 24 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, Torino, 2006, 501, il quale riconosce che «il costituente ha concepito la giurisdizione quale strumento di tutela del complesso delle posizioni individuali previste e tutelate dall'ordinamento».

7 Sul ruolo dell'interesse legittimo in funzione legittimante cfr. per tutti F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 224 ss. Per un ampliamento delle posizioni legittimanti sul piano dei valori costituzionali e del ruolo dei giudici nella loro attuazione più di recente cfr. M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Rimini, 2017; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020, 107 ss.; ID., *La legittimazione ad agire nel processo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, in P.A. *Persona e amministrazione*, 2020, 28 e S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018. Sugli eccezionali casi in cui l'ordinamento attribuisce a determinati soggetti, o per espressa disposizione di legge o per la loro posizione istituzionale, la possibilità di adire il giudice amministrativo per la tutela di interessi generali cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss., il quale evidenzia però che il carattere oggettivo della legittimazione non incide sulla struttura del processo amministrativo come processi di parti, trasformandolo in una "giurisdizione di tipo oggettivo" in cui il giudice ha la disponibilità nell'identificazione della domanda e delle prove necessarie. Per un esame delle sporadiche fattispecie in cui si rintracciano, tuttavia, a seconda dei casi, orme evidenti o labili di caratteri di tutela del diritto oggettivo, giacché il giudice esercita poteri officiosi, senza, essere sollecitato dalle parti si rinvia a G. LEONE, *Legittimazione e interesse ad agire: tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, in P.A. *Persona e amministrazione*, 2020, 73 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

Il codice del processo amministrativo, nel sostituire le previgenti disposizioni dell'art. 22 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. l. Tar) e l'art. 37 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 624 (c.d. T.U. CdS) – che, con una formula generica, stabilivano: “chi ha interesse alla contestazione può intervenire nel giudizio” – ha introdotto una disciplina più dettagliata dell'intervento attraverso la previsione di tre tipi: l'intervento volontario del controinteressato pretermesso, l'intervento dell’“interessato” e l'intervento su ordine del giudice.

In tal modo, il legislatore ha perseguito un tentativo di adeguamento alla complessità sostanziale⁸ delle relazioni multipolari⁹ tra privato e pubblica amministrazione sul modello del codice di procedura civile¹⁰. Tuttavia, anche il c.p.a. non elenca analiticamente, ad eccezione dell'intervento del controinteressato pretermesso, né i soggetti legittimati, né i tipi d'intervento ammissibili.

Scopo del contributo è allora quello di verificare in che termini e in che misura i principi dell'art. 81 c.p.c. e dell'art. 100 c.p.c. siano estensibili all'intervento nel giudizio di legittimità con finalità di selezione dei terzi effettivamente

⁸ Sottolinea come l'intervento costituisca la traduzione sul piano processuale della complessità sociale e la sua disciplina positiva definisca il rilievo di tale complessità sul piano delle garanzie M. D'ORSOGNA, *L'intervento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 403.

⁹ Cfr. A. TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 168 ss. Sulla nozione di multipolarità riferita alla norma attributiva del potere, cfr. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, *passim*, secondo il quale le norme multipolari sono quelle che assicurano tutela a diritti che sorgono nelle relazioni interpretate. Sul rapporto multipolare, cfr. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 229, il quale ritiene, invece, che la rilevanza della dimensione multipolare della fattispecie possa desumersi non esclusivamente sulla base del dato normativo, dovendosi coniugare la struttura della norma di riferimento con “fattori situazionali”. È opportuno rilevare tuttavia che tali Autori si sono proposti esclusivamente di integrare la dimensione privatistica in quella pubblicistica, senza indagare la rilevanza del rapporto multipolare inteso come rapporto terzo - amministrazione (cfr., sul punto, G. MANNUCCI, *op. cit.*, 107).

¹⁰ Nel processo civile le forme di intervento volontario disciplinate all'art. 105 c.p.c. sono: l'intervento c.d. principale di un soggetto che fa valere una posizione giuridica soggettiva incompatibile con quella dedotta in giudizio da ciascuna delle parti; l'intervento liti-sconsortile (o adesivo autonomo) di un soggetto che fa valere una posizione giuridica incompatibile con una delle parti del giudizio, proponendo una domanda che va ad affiancarsi a quella di una delle parti contro l'altra (questa forma caratterizza l'intervento di chi avrebbe potuto sin dall'inizio essere consorte di una delle parti); infine, l'intervento adesivo dipendente, ove un terzo interviene nel giudizio a sostegno di una delle parti sulla base di un proprio interesse, ma facendo valere un diritto dipendente da quello dedotto in giudizio. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a F. CARPI - M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2012, 443 ss. e A. CHIZZINI, *Intervento in causa* (voce), in *Dig. Disc. Civ.*, X, Torino, 1993, 112 ss.

legittimati a partecipare, in rapporto alla generica nozione di terzo consociato rispetto alla *res inter alios acta*.

A tal fine, ricostruito il dibattito giurisprudenziale e dottrinale in ordine ai tipi d'intervento ammissibili nel giudizio di impugnazione, si procederà all'individuazione delle posizioni legittimante in relazione a ciascun tipo d'intervento previsto dell'art. 28 c.p.a.¹¹.

2. La posizione tradizionale della giurisprudenza sull'ammissibilità del solo intervento adesivo dipendente e le interpretazioni della dottrina

Com'è noto, l'orientamento tradizionale formatosi sull'art. 22 l. Tar, salva qualche rara eccezione¹², ha sempre escluso l'ammissibilità nel giudizio di legittimità di un intervento diverso da quello adesivo dipendente¹³, ossia di un intervento volto a sostenere le ragioni di una delle parti necessarie del processo, con conseguente esclusione della possibilità per l'interveniente *ad adiuvandum* di allargare l'oggetto della domanda con la proposizione dei nuovi motivi e per

11 Sulla necessità che la giustizia sostanziale della decisione giurisdizionale non possa essere disgiunta dalla giustizia formale e dalla sua conformità alla legge coerentemente con la previsione dell'art. 111 Cost. che costituzionalizza il principio di legalità processuale cfr. R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 393.

12 Tra coloro che invece già ritenevano ammissibili ogni tipo di intervento previsto dal c.p.c., cfr. senz'altro A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1960, 161 ss., il quale considerava come oggetto del giudizio amministrativo il rapporto giuridico amministrativo con tutto ciò che ne consegue in termini di contraddittorio, di giudicato e di estensione delle forme di intervento ammesse nel giudizio amministrativo. Sull'ammissibilità di ogni forma di intervento prevista dal c.p.c. cfr. M. NIGRO, *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 374; M. RAMAJOLI, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, 2003, 140; E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 116. Riteneva, invece, ammissibile il solo intervento litisconsortile, sia *in parte actoris* sia *ad opponendum*, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1417.

13 Cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDI (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, 1901, 1016 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914, (1992), 1710; C. BRIENZA, *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1978, 2678 ss., spec. 2687 ss.; F. BENVENUTI, voce *Parte nel processo* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 962 ss., ID., voce *Contraddittorio* (diritto amministrativo), *ivi*, IX, Milano, 1961, 738 ss., spec. 744-745 ss.; L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Rimini, 1984, 77 ss.; E. LUBRANO, *L'intervento nel processo amministrativo*, Roma, 1988, 35 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, *Atti e ricorsi*, Milano, 1992, 364; V. DOMENICHELLI, *Il processo amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. A. ROVERSI MONACO - F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1932; V. CAINIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 623 ss.

l'interveniente *ad opponendum* di sollevare eccezioni, diverse da quelle rilevabili d'ufficio, fermo restando la preclusione per entrambi a compiere atti d'impulso processuale che implicassero la disponibilità del rapporto controverso¹⁴.

Le ragioni a sostegno di tale impostazione sono state individuate: nell'unitarietà dell'azione, dove il *thema decidendum* è fissato inequivocabilmente dal ricorrente, sicché non è possibile per soggetti diversi dilatare la materia del contendere; nell'impossibilità di configurare terzi che facciano valere una domanda sia nei confronti del ricorrente che dell'Amministrazione resistente; nella necessità di evitare l'elusione del termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto amministrativo. Quest'ultima argomentazione è stata utilizzata anche per escludere l'intervento del cointeressato, ossia del soggetto che vanta una posizione identica o analoga a quella del ricorrente, sia esso volto a proporre una propria domanda con possibilità di ampliare il *thema decidendum*, o solo diretto a sostenere le ragioni del ricorrente (c.d. intervento adesivo dipendente).

A temperamento di tale impostazione, in alcune pronunce il giudice amministrativo ammetteva, tuttavia, che l'atto d'intervento di chi vantasse un interesse legittimo "proprio" poteva convertirsi in ricorso principale se tempestivo e regolare¹⁵.

In termini speculari, la giurisprudenza¹⁶ equiparava l'intervento del controinteressato pretermesso (ossia del controinteressato c.d. formale, cui il ricorso non sia stato notificato) ad una costituzione in giudizio dei controinteressati evocati in giudizio (c.d. intervento improprio)¹⁷.

14 Cfr. per tutti V. CAINIELLO, *op. cit.*, 629. Diversamente M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 388; R. MANFRELLOTTI, *Le posizioni soggettive quiescenti. Contributo alla teoria generale del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, 263.

15 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 1950, n. 263; Cons. Stato, sez. IV, 16 maggio 1972, n. 423; Tar Piemonte, sez. II, 25 gennaio, 2003, n. 117. In dottrina, A. TIGANO, *Intervento nel processo*, II, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 2.

16 Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5741; sez. V, 28 aprile 1999, n. 502; sez. VI, 15 aprile 1996, n. 561.

17 Sull'"intervento improprio" in dottrina, si veda V. CAINIELLO, *op. cit.*, 627; V. PARISIO, *Brevi riflessioni in tema di appello dei «controinteressati sostanziali»*, in *Giur. it.*, 1989, III, 185 ss.; F. G. SCOCA, voce *Tribunali Amministrativi Regionali*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, II, Milano, 1983, 1592 ss. Anche la giurisprudenza e la dottrina processualcivile si sono poste il problema della natura dell'intervento a scopo di integrazione volontaria del contraddit-

Restava, invece, “in ombra” la posizione dei soggetti titolari di un interesse sostanziale di segno contrario a quello del ricorrente, non menzionati nel provvedimento o perché occulti o sopravvenuti (c.d. controinteressati sostanziali)¹⁸, i quali, pur vantando una posizione d’interesse legittimo, si ritenevano legittimati ad intervenire unicamente nella forma dell’intervento adesivo *ad opponendum*, ossia di un intervento volto a sostenere le ragioni dell’Amministrazione resistente o se esistenti dei controinteressati formali.

Incerta, infine, era l’individuazione della posizione legittimante degli altri intervenienti identificata in via residuale: come un interesse più “marcato” di quello che vantava la generalità nei confronti della legittimità dell’atto amministrativo, ma avente una consistenza “minore” rispetto a quella che avrebbe legittimato il ricorso in via autonoma¹⁹ e variamente qualificato come interesse indiretto, riflesso, dipendente.

Ebbene, tale consolidata impostazione è transitata nella giurisprudenza anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 28 c.p.a., ove si prevede, al comma 1, l’intervento della parte “nei cui confronti la sentenza deve essere pronunciata [...] senza pregiudizio del diritto di difesa”, mentre, al comma 2, si disciplina l’intervento di soggetti interessati subordinando all’accettazione dello stato e del grado del giudizio.

torio da parte del litisconsorte necessario pretermesso. Sul tema cfr. G. COSTANTINO, voce *Intervento nel processo* (diritto processuale civile), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 4; ID., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, 228 ss.; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1963, 218 ss. Ancor prima, E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957, 10; A. CHIZZINI, *L' intervento adesivo*, I, Padova, 1991, 131.

18 Per la nozione di controinteressato sostanziale ancora illuminate è la ricostruzione di F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989.

19 L’intervento è stato così per molto tempo lo strumento utilizzato per dare tutela che situazioni stentavano a essere inquadrati come interessi normativamente protetti, come gli interessi superindividuali, quali gli interessi diffusi e di categoria, cfr., sul punto, G. TROPEA, *L'intervento volontario nel processo amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 15.

Infatti, il giudice amministrativo²⁰ ha continuato frequentemente a negare, salvo che per il controinteressato pretermesso, la legittimazione a spiegare nel giudizio di legittimità interventi diversi rispetto a quello adesivo dipendente.

Così, nonostante il riferimento testuale dell'art. 28, comma 2, c.p.a. alla “mancata decadenza dall'esercizio dell'azione”, i giudici amministrativi riconoscono l'esperibilità nel giudizio di legittimità dell'intervento del cointeressato, ossia del soggetto che vanta un interesse legittimo identico o analogo a quello del ricorrente, ritenendo l'intervento disciplinato dal c.p.a. come strumentale alla sola tutela d'interessi diversi dall'interesse legittimo.

In senso diametralmente opposto, invece, una parte della dottrina²¹ ha rinvenuto nella nuova disciplina dell'intervento contenuta nel c.p.a. l'apertura del processo amministrativo ad ogni tipo d'intervento previsto dal c.p.c. (compreso l'intervento principale di chi valere un interesse incompatibile con quello dedotto in giudizio da ciascuna delle parti del processo)²², ravvisando in essa un segnale dell'adeguamento alle trasformazioni intervenute sia a livello sostanziale, attraverso il riconoscimento della multipolarità del rapporto amministrati-

20 Secondo la giurisprudenza amministrativa prevalente, anche dopo l'entrata in vigore del c.p.a., l'intervento volontario nel processo amministrativo è solo adesivo dipendente e può essere esperito esclusivamente da colui il quale vanti una posizione di fatto, dipendente o collegata alla situazione fatta valere con il ricorso principale cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2022, n. 1040; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 3 ottobre 2022, n. 2593; Tar Lazio, Roma, sez. V, 4 marzo 2022, n. 2577; sez. V, 2 dicembre 2013, n. 10329; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853. Sull'ammissibilità dell'intervento adesivo dipendente del cointeressato purché spiegato entro il termine di decadenza per l'impugnazione del provvedimento cfr. però Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841; Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; Tar Campania, Napoli, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 201; Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2020, n. 384. In dottrina ritengono esperibile il solo intervento adesivo dipendente salvo che per il controinteressato pretermesso, G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2021, 171; G. VERDE, *Riflessioni di un anticoncettualista sulle parti del processo dinanzi al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 207.

21 Sull'ammissibilità di ogni tipo d'intervento previsto dal c.p.c., A. BARTOLINI, *Contraddittorio e intervento (nel processo amministrativo)*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 378; E. PICOZZA, *Art. 28*, in E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010, 49 ss.; V. SESSA, *Intervento in causa e trasformazione del processo amministrativo*, Napoli, 2012; M. RICCIARDO CALDERARO, *L'intervento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 356; R. MANFRELLOTTI, *op. cit.*, 231; L. CIMELLARO, *L'intervento*, in R. VILLATA, B. SASSANI (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al processo amministrativo*, Torino, 2012, 555.

22 E' il caso di più concorrenti che impugnano l'aggiudicazione per motivi uguali e contrari.

vo, sia a livello processuale, ove l'avvenuta dilatazione della possibilità di proporre motivi aggiunti (art. 43 c.p.a), comporta "come possibile e probabile l'ingresso di un intervento in via principale"²³.

La premessa dogmatica alla base di tale opzione ermeneutica è quella dell'avvenuta "soggettivizzazione" del processo amministrativo quale processo di parti²⁴ e della conseguente necessità di garantire a tutti i soggetti, direttamente coinvolti nell'agire amministrativo, la possibilità di intervenire con analoghi di poteri rispetto a quelli attribuiti alle parti necessarie, in attuazione dei principi di rilevanza costituzionale del contraddittorio e della parità di tutte le parti processuali. Tale impostazione è stata, peraltro, sostenuta anche in virtù dell'avvenuta transizione del giudizio amministrativo di legittimità da giudizio sull'atto a un giudizio su rapporto²⁵, il quale, poiché funzionale a soddisfare l'interesse legittimo, si estenderebbe alla conoscenza del rapporto definito dall'atto e alla conseguente definizione delle relazioni tra le parti e tra queste e l'Amministrazione²⁶.

Coerentemente con la struttura del giudizio di legittimità, quale giudizio avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento e rispetto al quale vanno individuate le parti principali del processo (non tutte necessarie): il titolare (o i titolari) dell'interesse legittimo leso dall'atto (il ricorrente), la p.a. che ha emanato il provvedimento (la p.a. resistente) e coloro che vantano un interesse legittimo di segno contrario alla conservazione del provvedimento impugnato

²³ Così A. BARTOLINI, *op. cit.*, 378.

²⁴ Cfr. V. SESSA, *op. cit.*, 27, per la quale il processo di parti andrebbe inteso nel senso di determinato da tutte le parti con il superamento del tradizionale modello del processo da ricorso.

²⁵ In questi termini, V. SESSA, *op. cit.*, 89; A. DI GIOVANNI, *Litisconsorzio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 405.

²⁶ Sostiene che oggetto del giudizio amministrativo dopo l'emanazione del c.p.a. sia il rapporto, F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo, ieri, oggi, domani*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1097 ss. Diversamente R. VILLATA, *op. cit.*, 385, il quale evidenzia che nonostante l'odierna *vulgata* del giudizio amministrativo quale giudizio sul rapporto, il giudizio di annullamento è ancora oggi un giudizio sull'atto "in quanto al giudice, non spetta di assegnare il bene all'una all'altra parte, ma di verificare, nei limiti della domanda di annullamento proposta, che l'Amministrazione abbia esercitato in modo corretto il potere che l'ordinamento le riconosce di disporre di quel bene".

(i controinteressati), altra dottrina²⁷ ha, invece, ritenuto ammissibile nel processo amministrativo di legittimità, oltre all'intervento adesivo dipendente, l'intervento litisconsortile, ossia un intervento volto a far valere una "propria" posizione giuridica soggettiva coincidente con una delle parti necessarie del processo. Si è così ammesso l'intervento del cointeressato, ossia del soggetto che si trova in una posizione identica (o analoga) a quella del ricorrente, ma "non decaduto dall'azione", e del controinteressato "sostanziale", titolare di una posizione identica a quella del controinteressato "formale", ma il cui interesse non emerge dall'atto impugnato, perché non individuato o non facilmente individuabile²⁸ oppure perché successivo.

Si tratta d'interpretazioni che partendo da una diversa teorizzazione del processo amministrativo (giudizio di parti, giudizio sul rapporto, giudizio d'impugnazione) giungono ad affermare la legittimazione ad intervenire di soggetti titolari di posizioni giuridiche sostanziali analoghe a quelle del ricorrente (c.d. cointeressato) o del controinteressato formale.

È parere di chi scrive, invece, che l'attuale formulazione dell'art. 28 c.p.a. consenta una lettura tipizzante degli interventi ammissibili nel giudizio di legittimità senza scomodare il giudizio sul rapporto o altri teoremi e senza la necessità di ricorrere a classificazione invalse tra i processualciviltà.

In tale direzione può osservarsi che l'art. 28 c.p.a. prevede tre tipi d'intervento volontario: l'intervento del titolare di un interesse legittimo di segno contrario a quello del ricorrente, nei cui confronti la sentenza deve essere pronunciata, il quale interviene *senza pregiudizio di diritto di difesa*, l'intervento di "chi non sia decaduto dall'azione", e l'intervento di coloro che vantano un interesse giuridi-

27 A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 236 ss.; E. CASETTA- F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2022, 761.

28 Il riferimento, contenuto nell'art. 41, comma 2, c.p.a., ai controinteressati individuati nell'atto, piuttosto che a quelli "ai quali l'atto direttamente si riferisce", previsto dall'art. 22 della l. Tar, non ha mutato il consolidato orientamento della giurisprudenza che continua ad individuare i controinteressati "formali" cui va notificato il ricorso anche in quei soggetti non espressamente menzionati nel provvedimento, ma facilmente individuabili; cfr., *ex multis*, Cons., Stato, sez. II, 29 novembre 2021, n. 7948; Tar Campania, Napoli, sez. V, 15 aprile 2020, n. 1376; Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2019, n. 5775.

camente rilevante, i quali se intervengono *devono accettare lo stato e grado di giudizio*. Tuttavia, a fronte di una disciplina che appare fortemente ambigua in ordine alle posizioni legittimanti i vari tipi d'intervento in virtù della genericità della formula “chiunque via abbia interesse e non sia parte del giudizio”, appare quanto mai necessaria una “sistematizzazione” che consenta di sciogliere i numerosi dubbi che ancora persistono in materia.

In questi termini occorre andare ad esplorare i rapporti di diritto sostanziale, non esauribili nel “rapporto procedimentale” fra p.a. e privato immediato destinatario degli effetti, al fine di individuare le posizioni giuridiche legittimanti l'intervento per ciascun tipo di intervento previsto dal c.p.a. e i conseguenti poteri processuali da riconoscere a singoli intervenienti.

3. La legittimazione e l'interesse ad intervenire dei controinteressati: riflessioni

Una delle questioni più problematiche, anche dopo l'emanazione del c.p.a., è la legittimazione ad intervenire di soggetti diversi dal controinteressato pretermessi, ma ugualmente titolari di una posizione giuridica d'interesse legittimo di segno opposto rispetto a quella del ricorrente, a causa dell'ambigua formulazione dell'art. 28, comma 1, c.p.a., che individua come legittimati all'intervento “senza pregiudizio del diritto di difesa” esclusivamente i soggetti nei cui confronti il giudizio “non è stato promosso e nei cui confronti la sentenza deve essere pronunciata”.

L'orientamento tradizionale ha sempre individuato come parti necessarie del processo nei cui confronti il giudizio deve essere promosso e, conseguentemente, la sentenza pronunciata, oltre alla p.a. resistente, i soli controinteressati c.d. formali, ossia quei soggetti individuati o “facilmente individuabili” dall'esame dell'atto impugnato.

Tale assunto si fonda oggi su una lettura che estende il requisito formale dell'individuazione nell'atto impugnato (richiesto per l'identificazione di almeno uno dei controinteressati cui il ricorso va notificato dal ricorrente a pena

d'inammissibilità *ex art. 41, comma 2, c.p.a.*) all'ordine d'integrazione del contraddittorio del giudice nei confronti degli altri controinteressati cui il ricorso non sia stato notificato dal ricorrente (*art. 49, comma 1, c.p.a.*)²⁹, sicché per giurisprudenza costante sussiste il potere-dovere del giudice di integrare il contraddittorio solo nei confronti dei controinteressati formali.

Ne deriva che i soggetti legittimati all'intervento volontario *senza pregiudizio del diritto di difesa* dovrebbero essere i soli controinteressati formali cui non è stato notificato il ricorso (*c.d. controinteressati pretermessi*)³⁰.

Sono noti i tentativi di una parte della dottrina³¹ di includere i controinteressati sostanziali, ossia i soggetti che vantano una posizione identica a quella dei controinteressati formali, tra le parti necessarie del processo, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dei diritti di difesa di tutte le

29 Per una critica all'impostazione tradizionale che richiede ai fini dell'integrazione del contraddittorio nei confronti del controinteressato, oltre al requisito sostanziale, ossia la titolarità di una posizione soggettiva di segno opposto a quella del ricorrente, anche il requisito formale, ossia l'identificazione o la facile identificazione nell'atto impugnato cfr. G. MANNUCCI, *op. cit.*, 137, la quale pone in luce come la presenza di "terzi" titolari di interesse legittimo è fatta dipendere dalla completezza dell'istruttoria svolta durante dal procedimento con tutti i limiti che ne conseguono, e che il requisito della facile individuazione sulla base dell'atto impugnato espone il contraddittorio a scelte arbitrarie.

30 Sostiene la possibilità per il controinteressato pretermesso di intervenire mediante il semplice deposito di un atto di costituzione anche dopo l'emanazione del c.p.a., G. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 192, per il quale l'inadempimento dell'obbligo di notifica non può far aumentare gli oneri della controparte senza sua colpa trascurati. Va comunque evidenziato che l'intervento spontaneo del controinteressato pretermesso dopo la scadenza del termine di proposizione del ricorso non ha in ogni caso l'effetto di sanare il difetto di contraddittorio derivante dalla totale omessa notificazione del ricorso ad alcuno dei controinteressati cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2018, n. 1916; sez. IV, 24 novembre 2014, n. 5812.

31 Cfr. M. OCCHIENA, *Osservazioni sulla categoria dei controinteressati*, in *Giur. it.*, 1991, III, 31-35; ID., *Controinteressato, intervento "ad opponendum" e opposizione di terzo: il processo amministrativo tra declamazione e applicazione*, in *Giur. it.*, 1993, III, 857. Prima di lui, tra gli altri, F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 12 e 16; E. STICCHI DAMIANI, *Il cointeressato nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 382; ID., *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, 147 ss. Dopo l'introduzione dell'opposizione di terzo nel processo amministrativo cfr. M. RAMAJOLI, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 118; W. TROISE MANGONI, *Controinteressato e opposizione di terzo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 668-677; ID., *Riflessioni sulla legittimazione alla proposizione dell'opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 551-564. Dopo l'entrata in vigore del c.p.a., ritiene che l'integrazione del contraddittorio *ex art. 49 c.p.a.* debba essere valutata con riferimento agli effetti della sentenza A. ROMANO TASSONE, *Il contraddittorio*, in B. SASSANI, R. VILLATA (cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 383.

parti che potrebbero subire gli effetti diretti della sentenza (artt. 24 e 113 Cost.) e del principio del contraddittorio (art. 111 Cost.), così da estendere l'ordine d'integrazione del contraddittorio del giudice (art. 49 c.p.a) anche nei confronti di titolari di interessi legittimi non menzionati nel provvedimento, ma sui quali ricadono gli effetti diretti della sentenza.

Si tratta, tuttavia, di opzioni ermeneutiche non condivisibili non solo sulla base di una visione sistematica delle norme del processo amministrativo³² – basti considerare che l'art. 102 c.p.a distingue, ai fini della legittimazione ad appellare, la posizione delle parti necessarie (comma 1), dall'interveniente “titolare di una posizione giuridica autonoma” (comma 2) – ma anche in virtù di un'interpretazione delle norme del c.p.a. orientata al principio della ragionevole durata del processo, il quale osta alla configurazione di una funzione giurisdizionale eccessivamente gravata dall'obbligo di “faticose e malcerte ricerche di situazione sostanziali di controinteresse”³³ non solo per il ricorrente, ma anche per il giudice.

Tale rilievo sembra, del resto, trovare conferma nella previsione dell'art. 28, comma 3, c.p.a. che, nell'introdurre nel processo amministrativo l'intervento *iussu iudicis*, rimette ad una valutazione di opportunità del giudice il coinvolgimento in giudizio di parti diverse da quelle necessarie.

A maggior ragione dopo l'emanazione del c.p.a. sembra, dunque, che i controinteressati nei cui confronti la sentenza *deve* essere pronunciata (art. 105 c.p.a) siano solo quelli “formali”, ma, al tempo stesso, che la possibilità di intervenire per altri soggetti titolari di interessi legittimi, che potrebbero subire un *pregiudizio* da una sentenza *inter alios*, possa essere sostenuta in virtù di un'inter-

³² In proposito, pienamente condivisibili appaiono le osservazioni di L. BERTONAZZI, *Appunti sparsi sul processo amministrativo di legittimità e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 187, secondo cui “Nel dislocare i controinteressati sostanziali (e successivi) fuori dalla ristretta cerchia dei contraddittori necessari del giudizio di primo grado, tollerano uno scollamento fra la misura dei contraddittori processuale e quella degli interessi sostanziali direttamente implicati”.

³³ Così L. BERTONAZZI, *Appunti sparsi*, cit., 188.

pretazione estensiva o analogica dell'art. 28, comma 1, c.p.a.³⁴, si da riconoscere agli stessi un pieno diritto di difesa non condizionato dall'accettazione dello stato e grado del giudizio, come previsto, invece, dall'art. 28, comma 2, c.p.a. per gli altri intervenienti.

La *ratio* dell'intervento litisconsortile del controinteressato va, infatti, precipuamente individuata, oltre che in uno strumento per assicurare un più ampio contraddittorio con altri soggetti titolari di interessi legittimi³⁵, in una forma di "opposizione anticipata", ossia di un mezzo processuale atto a garantire la stabilità del giudicato, evitando, in conformità al principio di economia processuale e alle esigenze di concentrazione delle tutele, che lo stesso possa essere successivamente rimesso in discussione mediante l'opposizione di terzo.

In tale prospettiva, la soggezione al giudicato dei terzi intervenienti e la conseguente preclusione alla successiva opposizione di terzo si giustifica solo attribuendo agli stessi un pieno diritto di difesa mediante il riconoscimento di tutti i poteri processuali previsti per i controinteressati pretermessi, quali il potere di proporre istanza di fissazione di udienza, di sollevare eccezioni, di am-

34 Sul punto, la dottrina, pur generalmente concorde sulla necessità di ammettere l'intervento adesivo autonomo del titolare di una posizione di interesse legittimo contraria a quella del ricorrente, è tuttavia divisa in ordine alle modalità di raggiungimento di tale risultato. Alcuni (E. CASETTA, *op. cit.*, 761; G. MANNUCCI, *op. cit.*, 244; L. CIMELLARO, *op. cit.*, 576) estendono la portata dell'art. 28, comma 1, c.p.a., in virtù del richiamo contenuto agli effetti della sentenza, ricomprendendo in essa l'intero spettro degli effetti della sentenza (non solo l'eliminazione dell'atto, ma anche i vincoli conformativi). Altri (L. BERTONAZZI, *Appunti sparsi*, cit., 186, spec. nota 20), invece, pur riconoscendo al titolare di interesse legittimo di segno contrario a quello del ricorrente poteri processuali identici a quelle delle parti necessarie, individuano il fondamento normativo di detto intervento nell'art. 28, comma 2, c.p.a., ove però si prevede l'accettazione dello stato e grado del giudizio. La giurisprudenza, pur ritenendo che solo i controinteressati formali siano parti necessarie del processo, tende ad estendere la possibilità di intervenire ex art. 28, comma 1, c.p.a. al controinteressato sostanziale cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2017, n. 3154.

35 Sulla necessità che l'opposizione di terzo sia da considerare un rimedio successivo ed eccezionale cui va preferita l'integrazione in giudizio del contraddittorio con i soggetti su cui ricadono gli effetti diretti della sentenza sia perché, non si potrebbe ritenere adeguata la garanzia del contraddittorio che non consentisse, a chi vedrà gli effetti della decisione giurisdizionale toccare in maniera diretta proprie posizioni soggettive, di partecipare efficacemente alla formazione di quella decisione; sia perché la tutela delle posizioni dei controinteressati che fosse affidata solo a una successiva impugnazione della sentenza sarebbe in realtà lesiva non solo dell'interesse generale alla rapida conclusione delle liti e alla certezza dei rapporti, ma si porrebbe direttamente in contrasto con la garanzia costituzionale del diritto di azione cfr. D. CORLETTI, *La tutela dell'interesse al provvedimento del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 944 ss.

pliare il *thema decidendum* proponendo ricorso incidentale, ma anche di chiedere la rinnovazione dell'istruttoria alla quale non abbiano potuto partecipare.

Infine, l'estendibilità della norma dell'art. 28, comma 1, c.p.a. ai terzi che intervengono *ad opponendum* a tutela di un proprio interesse legittimo può desumersi dalla previsione dell'art. 102 c.p.a. che legittima ad appellare la sentenza l'interveniente "titolare di una posizione giuridica autonoma", dalla quale può dedursi *a fortiori* che per tali soggetti non debba valere alcuna preclusione all'esercizio del diritto di difesa in primo grado.

In quest'ottica, occorre procedere all'esatta perimetrazione, dei terzi legittimati all'opposizione di terzo (o legittimati all'appello se intervenuti nel giudizio di primo grado), ai fini di individuare i soggetti legittimati ad un intervento litisconsortile in primo grado *ex art. 28, comma 1, c.p.a.*

Tale categoria può essere agevolmente desunta dall'art. 108 c.p.a., così come modificato dal d.lgs. n. 195/2011³⁶, il quale prevede con formula generica che l'opposizione possa essere proposta dal terzo che è rimasto estraneo al giudizio quando la sentenza pregiudica i suoi diritti soggettivi o *interessi legittimi*³⁷.

Si tratta, quindi, di una formula onnicomprensiva con la quale il legislatore ha inteso includere tutti i *titolari di interessi legittimi* che subiscono una lesione a causa di una sentenza resa *inter alios* indipendentemente dal fatto che siano o meno menzionati nell'atto impugnato.

36 L'originaria formulazione dell'art. 108 c.p.a., che menzionava come legittimati all'opposizione di terzo esclusivamente i terzi titolari di una posizione autonoma incompatibile (e quindi non dipendente), è stata modificata dal d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 (c.d. primo correttivo al codice del processo amministrativo) al fine di eliminare il dubbio che anche i controinteressati pretermessi potessero proporre opposizione di terzo in tal senso cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 346.

37 La possibilità per tali soggetti di proporre opposizione di terzo consente la trasmigrazione nel processo amministrativo di quell'orientamento processualcivile, secondo cui andrebbero tenuti distinti gli effetti della sentenza dall'autorità del giudicato, in quanto suscettibili, i primi, di efficacia anche nei confronti di soggetti ulteriori laddove la situazione sostanziale fosse idonea a riferirsi ad essi (e, quindi, in particolar modo nel diritto amministrativo, in ragione della rilevanza *erga omnes* dell'annullamento dell'atto); la seconda, al contrario, limitata alle sole parti del giudizio sul punto cfr. E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1962, 88.

Tali soggetti sono individuati dalla giurisprudenza amministrativa, oltre che nei controinteressati pretermessi³⁸, anche nei controinteressati sostanziali³⁹, ossia quei soggetti che vantano lo stesso interesse del controinteressato formale, ma non sono identificati dall'atto, e anche quelli che, impropriamente, sono definiti controinteressati sopravvenuti, che però sono tali rispetto ad un successivo atto connesso con quello impugnato. Tipico esempio è l'impugnazione delle clausole c.d. escludenti di un bando di gara rispetto alla successiva aggiudicazione, solo in relazione alla quale l'impresa aggiudicataria vanta una posizione qualificata di controinteresse.

In tal categoria sono da includere anche quei soggetti che potrebbero subire pregiudizio dalla sentenza, che però non sono qualificabili come controinteressati né in senso tecnico, non essendo menzionati nel provvedimento, né in

38 Occorre tuttavia distinguere tra la posizione del litisconsorte necessario pretermesso da quella degli altri terzi legittimati a proporre opposizione di terzo ai sensi dell'art. 108 c.p.a.: mentre il litisconsorte pretermesso *tout court*, può limitarsi ad allegare la violazione del proprio diritto processuale presidiato dal codice di rito, il terzo, il quale faccia valere un diritto sostanziale incompatibile con l'assetto di interessi confluito nella sentenza passata in giudicato, non può limitarsi ad invocare la rescissione della pronuncia lesiva ma deve, altresì, qualificare il proprio interesse ad impugnare mediante l'allegazione di motivi di merito da cui dovrebbe vincersi la prevalenza della propria posizione rispetto a quella già regolata in sentenza a favore del ricorrente cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 861; sez. V, 11 febbraio 2014, n. 652; sez. IV, 16 aprile 2014, n. 1862.

39 L'orientamento volto a riconoscere al terzo una posizione di interesse legittimo, se titolare di un interesse differenziato e qualificato, stenta a trovare piena attuazione nel caso di giudizi di impugnazione dell'annullamento d'ufficio di titolo *ad aedificandi*: in questi casi, si ritiene prevalentemente che l'autore di un esposto, anche se proprietario confinante del destinatario di un provvedimento di annullamento d'ufficio del titolo edificatorio, non assume la veste giuridica di controinteressato sostanziale, perché il potere di autotutela è esercitato per il conseguimento dell'interesse pubblico, al quale è estraneo il privato, il quale, se titolare di un interesse di mero fatto, ricorrendone i presupposti, può svolgere l'intervento *ad opponendum* a norma dell'art. 22, comma 2, della legge n. 1034/1971 (ora art. 28, comma 2 del c.p.a.). cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7417; Tar Valle d'Aosta, sez. I, 13 febbraio 2008, n. 10; Tar Puglia, Bari, sez. I, 21 febbraio 2006, n. 558; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 20 novembre 2002, n. 1881. Così, anche nei giudizi d'impugnazione di provvedimenti sanzionatori e repressivi la giurisprudenza nega per lo più la presenza di controinteressati, ossia di portatori di un interesse eguale e contrario (alla conservazione) rispetto a quello vantato dal ricorrente (all'annullamento), ammettendo il solo intervento adesivo dipendente cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VI, 15 settembre 2020, n. 381; Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2020, n. 3581. Sul punto cfr. però Cons. Stato, sez. VI, 9 dicembre 2019, n. 8391, Tar Campania, Napoli, sez. III, 3 maggio 2022, n. 3026, ove si reputa che laddove l'adozione del provvedimento sanzionatorio sia il frutto, diretto e conclamato (con l'espresso richiamo della persona del segnalatore nel corpo dell'atto stesso), della segnalazione del vicino, quest'ultimo assume la veste processuale di controinteressato e quindi di parte necessaria alla quale deve, a pena d'inammissibilità, essere notificato il ricorso.

senso solo sostanziale, non traendo beneficio immediato dall'atto impugnato⁴⁰. È il caso del "proprietario frontista" rispetto all'impugnazione dell'atto di diniego di un permesso di costruire (o di un ordine di demolizione), oppure del concessionario rispetto al giudizio di impugnazione del diniego di concessione ad altri.

La giurisprudenza tradizionale afferma infatti che tali soggetti non siano qualificabili come controinteressati, perché il diniego, come tutti i provvedimenti negativi, non crea situazioni nuove, ma conferma uno *status quo*, sicché l'annullamento di un tale atto non sacrifica di per sé nessun interesse del terzo, il quale risulterà leso solo a seguito del rilascio del provvedimento emanato a seguito dell'annullamento dell'atto di diniego e rispetto al quale la tutela è assicurata dall'impugnazione avanti al giudice amministrativo. Tale orientamento ri-

40 Pur nella varietà di opinioni sui criteri di differenziazione e qualificazione dell'interesse legittimo, la dottrina e la giurisprudenza più recenti riconoscono che un terzo possa essere titolare di un interesse legittimo a fronte di una funzione amministrativa esercitata *inter alios* di guisa che tale interesse assuma carattere "omogeneo" a quello del destinatario del provvedimento, suscettibile di instaurare una relazione non più "bilaterale" tra p.a. e destinatario del provvedimento, ma "multipolare" includendo in essa anche soggetti titolari di interessi giuridicamente rilevanti. Sui criteri di qualificazione dell'interesse legittimo cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 109; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 68. Si parla, in particolare, di provvedimenti dei c.d. a 'effetto duale' (*Vwaltungsakte mit Doppelwirkung*) per indicare quali atti che producono «[...] ad un tempo un effetto ampliativo e un effetto restrittivo nella sfera giuridica di due soggetti distinti e che danno origine a un rapporto giuridico trilaterale cfr. sul punto G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010, 66 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 13. Tra gli orientamenti più recenti in tema di qualificazione dell'interesse del terzo, cfr. G. MANNUCCI, *op. cit.*, 222, la quale propende per una qualificazione dell'interesse sulla base dello scopo della norma attributiva del potere ritenendo che il terzo può essere considerato titolare di diritto di credito (*rectius*: di un interesse legittimo) quando una norma impone all'amministrazione un dato comportamento al fine di proteggere o soddisfare un interesse individuale, oltre che del destinatario, anche di quel soggetto. Per una critica a tale impostazione cfr. A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 799, il quale, nell'ambito di un ampio studio sul tema della legittimazione a ricorrere, pone in evidenza come il criterio dello scopo della norma sia insufficiente ai fini della qualificazione del terzo sia a fronte di norme che tutelino contemporaneamente interessi pubblici e privati, sia a fronte di disposizioni che non rendano agevole l'individuazione dello scopo cui tende la norma. Condivisibilmente, l'A. individua, quindi, le posizioni legittimanti la proposizione del ricorso (e dunque, la qualificazione dell'interesse del terzo) sulla base di "norme di garanzia", che definiscono i diritti e gli interessi individuali pregiudicati dall'esercizio della funzione amministrativa, rintracciate non solo sulla base della norma attributiva del potere e dei relativi rinvii, ma anche attraverso un'interpretazione estensiva o analogica delle norme di garanzia richiamate dalla norma attributiva del potere.

conosce, quindi, a tali soggetti unicamente la possibilità di intervenire nelle forme dell'intervento adesivo dipendente *ad opponendum*⁴¹.

Tuttavia, può osservarsi che il legislatore nell'indicare in termini generici tra i soggetti legittimati all'opposizione i titolari di interessi legittimi che subiscono un *pregiudizio* da una sentenza resa *inter alios*, sembra aver dato rilievo non solo all'effetto di annullamento dell'atto, ma anche all'effetto conformativo della sentenza⁴², ossia al pregiudizio che deriva ai terzi in sede di riesercizio del potere, sicché la riconosciuta legittimazione all'opposizione di terzo a tali soggetti deve indurre all'estensione in via analogica a costoro della legittimazione ad intervenire volontariamente *ex art. 28*, comma 1, c.p.a.

4. Legittimazione e interesse ad intervenire dei cointeressati: problemi e prospettive

Ulteriore questione problematica è rappresentata dalla possibilità dei cointeressati, ossia di quei soggetti che vantano una posizione giuridica di interesse legittimo identica o analoga (ma non necessariamente coincidente) con quella del ricorrente⁴³, di intervenire nel giudizio di annullamento promosso da

41 In tal senso, Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6138; Tar Veneto, sez. I, 21 dicembre 2015, n. 1372; Tar Liguria, sez. I, 12 febbraio 2015, n. 17. Va peraltro osservato che una parte della dottrina ritiene che, in virtù della disposizione dell'art. 117 c.p.a., che prevede espressamente l'onere della notifica ad almeno un controinteressato, possano essere considerati controinteressati in senso tecnico, anche coloro che vantano un interesse qualificato a fronte del mancato esercizio del potere, e quindi, pur in assenza di un vantaggio diretto proveniente dall'atto impugnato. Tuttavia, appare plausibile ritenere che l'onere di notifica da parte del ricorrente al controinteressato richiesto dall'art. 117 c.p.a. debba essere limitato ai casi in cui la domanda si estenda all'accertamento della pretesa sostanziale volta ad ottenere la condanna all'adozione del provvedimento - c.d. azione di adempimento - cfr. A. CARBONE, *L'opposizione di terzo ex art. 108 c.p.a.*, in *Foro amm.- TAR*, 2012, 2959. In giurisprudenza Tar Liguria, Genova, sez. II, 3 febbraio 2011, n. 207; Tar Lazio, Roma, sez. I, 29 gennaio 2014, n. 1133.

42 Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 3 agosto 2020, n. 699. Diversamente riconosce come soggetti legittimati all'opposizione esclusivamente i controinteressati pretermessi, successivi e occulti Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5817.

43 I cointeressati sono quei soggetti che avrebbero potuto proporre o un ricorso collettivo insieme al ricorrente facendo valere identico interesse e impugnando il provvedimento per gli stessi vizi, o un autonomo ricorso aventi ad oggetto il medesimo atto. Com'è noto, tali soggetti non sono parti necessarie del processo, cui deve essere notificato il ricorso da parte del ricorrente o nei cui confronti il giudice deve ordinare l'integrazione del contraddittorio, perché la mancata partecipazione non determina un pregiudizio maggiore di quello cagionatogli dal provvedimento da lui non impugnato, tanto che il rigetto del ricorso lascia inalterata la sfera giudica del cointeressato, il quale potrebbe invece ottenere un vantaggio dall'eventuale accogli-

altri, sempre a causa dell'incerta formulazione dell'art. 28 c.p.a., che prevede in termini generici che “chi ha interesse” e “non sia decaduto” dall'azione possa intervenire in giudizio accettandone lo stato e il grado.

Infatti, a fronte di un orientamento che continua a negare qualsiasi tipo di intervento al cointeressato sul presupposto che nel giudizio di legittimità sia consentito intervenire solo a tutela di un interesse di fatto, dipendente o collegato, alla situazione fatta valere dal ricorrente⁴⁴, va, per converso, affermandosi una linea di pensiero che intravede proprio nel riferimento legislativo alla “mancata decadenza” dall'azione il riconoscimento espresso dell'intervento del cointeressato, essendo questi l'unico soggetto legittimato alla proposizione del ricorso, e il superamento dell'ostacolo derivante dal pericolo di elusione del termine di decadenza per l'impugnazione del provvedimento.

Tuttavia anche all'interno di quest'orientamento non vi è concordia di opinioni in ordine al tipo d'intervento esperibile dal cointessato, ossia se esso possa intervenire attraverso un atto di intervento litisconsortile⁴⁵, con il quale tale soggetto propone una “propria” domanda coincidente con quella del ricorrente, ma con la possibilità di ampliare il *thema decidendum*, oppure se questi pos-

mento del ricorso e dall'annullamento di un atto scindibile cfr. P.L. PORTARULI, *Le parti*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 216 ss. Individua la ragione della mancata qualificazione dei cointeressati quali parti necessarie nella natura impugnatoria del giudizio e nel termine di decadenza dell'esercizio del diritto F. MERUSI, *Il contraddittorio*, cit., 15. Di diverso avviso, E. STICCHI DAMIANI, *Il cointeressato*, cit., 382; ID. *Le parti necessarie*, cit., 145, il quale esprimeva critiche nei confronti del disposto dell' art. 22 l. Tar che non indicava tra destinatari della notifica del ricorso il cointeressato, titolare di un autonomo interesse legittimo destinatario di atti non frazionabili, sia perché contrastante con la regola costituzionale del contraddittorio in virtù dell'estensione *ope legis* degli effetti del giudicato, sia perché non idonea ad assicurare la congruità e la completezza del rito amministrativo.

⁴⁴ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 4 aprile 2023, n. 3442; 31 marzo 2023 n. 3363; sez. IV, 30 giugno 2020, n. 4134; sez. II, 31 marzo 2023, n. 3363; sez. III, 4 aprile 2023, n. 344; sez. IV, 30 giugno 2020, n. 4134; sez. II, 4 gennaio 2021, n. 105.

⁴⁵ La dottrina prevalente sostiene l'ammissibilità di un intervento litisconsortile del cointeressato *ex multis* cfr. E. CASETTA, *Manuale*, cit., 761; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 237; L. BERTONAZZI, *Appunti sparsi*, cit., 190, ID., *Intervento in appello*, cit., 264; L. CIMELLARO, *op. cit.*, 554; R. MANFRELOTTO, *op. cit.*, 19. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018; n. 2186, sez. VI, 15 gennaio 2020, n. 384; sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094.

sa intervenire solo con un atto di intervento adesivo dipendente volto a sostenere le ragioni del ricorrente⁴⁶.

Ebbene, dopo il c.p.a. non paiono esservi ostacoli nel riconoscere l'ammissibilità di un intervento litisconsortile del cointeressato. Infatti, il riferimento contenuto nell'art. 28 c.p.a. alla "mancata decadenza dall'azione"⁴⁷, induce a ritenere che all'interveniente sia dato proporre una "propria" domanda di annullamento, ampliando il *thema decidendum* attraverso la proposizione di ulteriori motivi di ricorso. Infatti, il principio della perentorietà del termine, posto a garanzia della stabilità e della certezza dell'atto amministrativo, non sarebbe in alcun modo compromesso da un intervento volto a sostenere unicamente le ragioni del ricorrente, sicché se il rispetto del termine di decadenza s'impone solo per la proposizione di un'azione, se ne deduce la legittimazione del cointeressato a esperire un intervento litisconsortile.

In questa direzione, al cointeressato che interviene *entro il termine di decadenza* con un atto di intervento litisconsortile, devono essere assicurati gli stessi poteri processuali riservati al ricorrente, compresa la legittimazione ad appellare la sentenza.

Può, tuttavia, osservarsi che l'intervento del cointeressato, trattandosi di parte non necessaria del processo, dovrebbe essere subordinato, in base dalla previsione dell'art. 28, comma 2, c.p.a., all'accettazione dello stato e grado del giudizio⁴⁸.

In realtà, sembra che questa disposizione disciplini due tipi di intervento: l'intervento litisconsortile di chi fa valere una posizione di interesse legittimo attraverso la proposizione di un'autonoma domanda, in virtù del riferimento alla "mancata decadenza" dall'esercizio all'azione e l'intervento adesivo dipen-

46 In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; Tar Campania, Napoli, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 201.

47 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 1 giugno 2018, n. 1405; Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841; Tar Campania, Napoli, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 201.

48 In tal senso, TRAVI, *Lezioni di giustizia*, cit., 237; L. CIMMELARO, *op. cit.*, 555; M. RAMAJOLI, *L'intervento per ordine del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 227.

dente di *chi agisce a tutela di situazioni giuridiche diverse*, e per il quale, conseguentemente, si giustifica la previsione dell'“accettazione dello stato e grado di giudizio”.

Un'interpretazione della norma che ritenga che l'intervento del cointeressato volto alla proposizione di un'autonoma domanda comporti l'accettazione dello stato e grado del giudizio presenta, infatti, aspetti di criticità se rapportata ai principi generali del processo amministrativo e alla funzione che l'intervento litisconsortile del cointeressato assolve.

Invero, se non è possibile riscontare nell'accettazione dello stato e grado di giudizio da parte del cointeressato interveniente profili di incostituzionalità per compromissione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* – essendo l'intervento volontario invece della proposizione di un autonomo ricorso il frutto di una libera scelta del cointeressato – può, tuttavia, notarsi che una siffatta opzione ermeneutica contrasta con le *esigenze di concentrazione delle tutele e di economicità dei giudizi* cui l'intervento litisconsortile del cointeressato è funzionale. Infatti, diversamente dall'intervento del controinteressato, l'intervento del cointeressato non ha come scopo di garantire la stabilità del giudicato, il quale non può essere rimesso in discussione attraverso una successiva opposizione di terzo da parte di chi non ha impugnato il provvedimento⁴⁹, ma è quella di evitare la proliferazione di giudizi su uno stesso atto, che, specie se avente a oggetto atto infrazionabili, dovrebbero poi essere riuniti dal giudice.

In questa prospettiva, appare evidente che l'accettazione dello stato e grado di giudizio scoraggerebbe un intervento del cointeressato non “decaduto dall'azione”, inducendolo piuttosto alla proposizione di un autonomo ricorso in contrasto con i principi di economia processuale e concentrazione delle tutele e del rispetto della “scarsità della risorsa giustizia”⁵⁰.

49 La legittimazione da parte del cointeressato a proporre opposizione di terzo determinerebbe, infatti, un'elusione del termine di decadenza cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 ottobre 2017, n. 4738.

50 Il richiamo al rispetto dell'economicità processuale e della scarsità della risorsa giustizia è ricorrente nella giurisprudenza recente cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e

Sulla base di tali considerazioni, è allora possibile ritenere che la seconda parte della previsione dell'art. 28, comma 2, c.p.a., ossia quella relativa all'accettazione dello stato e grado del giudizio, debba essere riferita al solo intervento volto a sostenere le ragioni di una delle parti ⁵¹.

L'altra questione che merita di essere approfondita riguarda, invece, la legittimazione del cointeressato titolare di un interesse legittimo identico o analogo a quello del ricorrente di esperire un atto di intervento volto a sostenere le ragioni del ricorrente e ciò specie nel caso di impugnazione di atti inscindibili, in virtù dell'interesse che il cointeressato trae da una sentenza di annullamento del provvedimento impugnato da altri. Ora, se può ritenersi che la disponibilità dell'interesse legittimo consenta l'alternativa fra l'azione in via diretta e il mero intervento adesivo *ad adiuvandum*, il vero problema riguarda, invece, la legittimazione del cointeressato ad intervenire *una volta decorsi i termini per l'impugnazione*.

Secondo un orientamento che va affermandosi di recente – e che riprende una nota e risalente dottrina⁵² – la scadenza del termine per l'impugnazione non può essere di ostacolo all'ammissibilità di tale intervento, almeno laddove il cointeressato interveniente sia destinatario di atti non frazionabili⁵³, poiché il

26243 ; Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2018, n. 2; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 15 maggio 2023, n. 1123; Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

⁵¹ Anche la dottrina processualcivile si è posta il problema della compromissione del diritto di difesa derivanti dall'accettazione dello stato e grado del giudizio da parte degli intervenienti che fanno valere in giudizio un proprio diritto attraverso un atto di intervento principale o litisconsortile a causa della previsione dell'art. 268 c.p.c., che consente l'intervento in giudizio fino al momento della precisione delle conclusioni, ma prevede che al terzo interveniente non possa compiere atti che non siano più consentiti alle altre parti del giudizio, salvo che il terzo compaia volontariamente per l'integrazione del contraddittorio. Per una lettura restrittiva della norma limitata al solo intervento adesivo dipendente in virtù di interpretazione costituzionalmente orientata volta ad assicurare il diritto di difesa (art. 24 Cost.) di chi agisce in giudizio a tutela di una propria posizione giuridica soggettiva cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2019, 64.

⁵² Cfr. M. NIGRO, *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 365 ss.

⁵³ In caso di atti infrazionabili il vantaggio derivante dall'accoglimento del ricorso si riverserebbe immediatamente su tutti destinatari del provvedimento attraverso l'eliminazione dell'atto indipendentemente dalla loro partecipazione al giudizio. Diversamente, nel caso di atti plurimi, ossia rivolti ad una pluralità di soggetti, ma i cui effetti sono scindibili in relazione a ciascun destinatario, l'accoglimento del ricorso, proposto da un destinatario, non intacca la posizione degli altri, per cui il vantaggio derivante dall'accoglimento del ricorso è dato unicamente dalla speranza che la p.a. con un autonomo provvedimento estenda la sentenza anche all'interveniente.

termine per impugnazione è posto a garanzia della stabilità e della certezza dell'atto amministrativo, che viene meno con la proposizione del ricorso da parte del ricorrente, e non quella di sanzionare il comportamento inerte dei soggetti cointeressati⁵⁴.

Il tema da indagare è allora quello della possibilità per il titolare di un interesse legittimo, che potrebbe proporre un'impugnazione autonoma (o intervenire nel processo instaurato da altri attraverso con un atto di intervento litisconsortile), entro il termine di decadenza di far valere un "proprio" interesse legittimo quale interesse "minore"⁵⁵ al solo fine di spiegare un intervento adesivo dipendente dopo la scadenza del termine dell'impugnazione in contrasto con la previsione dell'art. 28, comma 2, c.p.a.

Può tuttavia osservarsi che in una giurisdizione di stampo soggettivo quale si riconosce essere quella amministrativa anche la legittimazione ad intervenire postula sempre la titolarità di una posizione giuridica "attuale" sia essa "diretta" (per interventore che propone un'autonoma domanda) o "riflessa" (nel caso di intervento volto a sostenere le ragioni di una parte necessaria).

54 In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882, con nota di M. RICCIARDO CALDERARO, *L'intervento nel processo amministrativo*, cit., 341 ss.; Cons. Stato, sez. VII, 5 luglio 2023, n. 6577; Tar Lazio, Roma, sez. III, 7 gennaio 2019, n. 176. Diversamente cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 novembre 2022, n. 14283; Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2020, n. 384; sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094. In dottrina per l'ammissibilità dell'intervento adesivo dipendente del cointeressato decaduto dall'azione prima del c.p.a. cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1445; E. STICCHI DAMIANI, *Il cointeressato*, cit., 380. Dopo il c.p.a. condividono la possibilità per il cointeressato decaduto dall'azione di esperire un intervento adesivo dipendente L. BERTONAZZI, *Appunti sparsi*, cit., 192; ID., *L'intervento in appello*, in *Dir. proc. amm.*, 2023., 265; V. SESSA, *op. cit.*, 97; P.L. PORTARULI, *Le parti*, cit., 250. Diversamente R. MANFRELLOTTI, *Le posizioni soggettive*, cit., 2250, per il quale l'intervento adesivo dipendente presuppone un interesse di natura diversa da quello delle parti necessarie del giudizio.

55 La dottrina che ammette intervento l'adesivo dipendente del cointeressato dopo l'inutile decorso del termine parla di interesse legittimo "decolorato" e "affievolito" il quale, distaccandosi pur sempre dalla massa indifferenziata degli interessi indifferenziati, conserva un'autonoma rilevanza che lo rende idoneo a legittimare l'intervento in tal senso M. NIGRO, *op. cit.*, 376. Per una critica a tale impostazione cfr. R. MANFRELLOTTI, *op. cit.*, 253, per il quale l'esistenza della categoria dell'interesse legittimo "affievolito", quale situazione legittimante l'intervento, avrebbe richiesto qualche ulteriore riflessione, sicché allo stato appare indimostrata e, in verità, alquanto artificiosa.

In quest'ottica, se, come osservato da autorevole dottrina⁵⁶, la mancata attivazione della tutela giurisdizionale entro il termine di decadenza⁵⁷ determina l'estinzione dell'interesse legittimo, il cointeressato si troverebbe a far valere un interesse di fatto, ossia un interesse privo di rilevanza giuridica che in una giustizia di stampo soggettivo non può trovare in alcun modo tutela giurisdizionale⁵⁸. In questi termini la possibilità per l'interveniente cointeressato di trarre vantaggio da una sentenza di annullamento di provvedimenti inscindibili a causa della persistente esposizione agli effetti dell'atto amministrativo implica la sola esistenza di un interesse (di fatto) ad ottenere una sentenza di annullamento, ma non anche di una legittimazione ad intervenire, la quale richiede, come tale, la titolarità di una posizione giuridica soggettiva sostanziale che in assenza di interesse legittimo (ormai estinto) va rapportata ad un diverso e collegato rapporto giuridico con una delle parti necessarie del processo (v. *infra*).

5. Ulteriori tendenze estensive nella giurisprudenza: i titolari di meri interessi differenziati o di meri interessi qualificati

La terza questione problematica, rimasta insoluta anche dopo l'entrata in vigore del c.p.a., è l'individuazione della situazione legittimante l'intervento volto a sostenere le ragioni di una parte necessaria, che continua ad essere configurata dalla giurisprudenza quale interesse "non perfetto" (e quindi non tutela-

56 Sull'estinzione della posizione soggettiva di interesse legittimo scaduti i termini per l'attivazione della tutela giurisdizionale cfr. G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 604, per il quale terminata la vicenda dinamica di esercizio del potere, l'interesse legittimo, ancorché in ipotesi leso dal provvedimento amministrativo, permarrà in vita fino a quando la situazione sostanziale può essere fatta valere per conseguire il risultato preteso, ossia fino alla scadenza dei termini per l'attivazione della tutela giurisdizionale e si estinguerà alla scadenza di detti termini.

57 G. GRECO, *op. cit.*, 604 "decadenza da individuare in linea di massima nel termine di 120 giorni, corrispondente al termine di proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica" e coincidente con il termine per la proposizione di una autonoma azione di risarcimento dei danni.

58 Di diverso avviso L. BERTONAZZI, *L'intervento in appello*, cit., 265, il quale, pur ritenendo che l'estinzione dell'interesse legittimo per effetto del consolidarsi dell'atto amministrativo lasci residuare un interesse di fatto, ciò nondimeno riconosce la legittimazione ad intervenire del cointeressato sul rilievo che "se è dato a chi risente l'efficacia riflessa della sentenza di annullamento, l'intervento *adiuvandum* non può non essere *a fortiori* accordato a chi è attinto dalla sua efficacia diretta".

bile autonomamente in giudizio), ma “differenziato” dall'interesse generico degli *omnes* alla legittimità dell'atto⁵⁹. Frequente è ancora il richiamo a un “interesse di fatto giuridicamente rilevante”. Si tratta, tuttavia, di una formula ambigua che non agevola l'interprete e che demanda al giudice amministrativo un'individuazione caso per caso, con il rischio di valutazioni divergenti in relazione ad una stessa fattispecie.

In una giurisdizione soggettiva, invece, anche la legittimazione ad un intervento adesivo dipendente richiede una rigorosa qualificazione giuridica dell'interesse fatto valere⁶⁰, tale da giustificare l'intromissione in un giudizio instaurato da altri e l'aggravamento della posizione processuale delle parti necessarie che vantano un interesse contrario rispetto a quello dell'interveniente.

La funzione dell'intervento adesivo dipendente è tradizionalmente individuata dalla dottrina processucivilistica nell'esigenza di garantire al terzo un mezzo di tutela di una posizione giuridica soggettiva *dipendente* da quella dedotta in giudizio, cosicché l'interveniente non propone una domanda propria, ma si limita a sostenere le ragioni di una delle parti. Nel giudizio amministrativo, la partecipazione al processo attraverso l'intervento adesivo dipendente assicura una forma di tutela avanti al giudice amministrativo a soggetti che, in quanto non titolari di interessi legittimi, non potrebbero agire o resistere in giudizio, né successivamente impugnare la sentenza attraverso l'opposizione di terzo (salvo i casi di opposizione revocatoria).

59 E' orientamento consolidato giurisprudenza che non sia sufficiente a consentire l'intervento in giudizio la sola circostanza che l'interveniente sia parte in un altro giudizio, in cui venga in rilievo una *quaestio iuris analoga* a quella divisata nell'ambito del giudizio principale, altrimenti acquisterebbe rilievo nel processo amministrativo - in mancanza di un fondamento normativo - una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza connessa a tale nozione, oltre che potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce cfr. *ex multis* Cons. Stato, ad plen., 4 novembre 2016, n. 23; 13 luglio 2017, n. 3; 30 agosto 2018, n. 13; 2 aprile 2020, n. 10; 13 settembre 2022, n. 13.

60 L'interesse che legittima l'intervento adesivo dipendente non coincide con l'interesse ad agire, ma con un interesse ad un esito della controversia giuridicamente qualificato cfr. per tutti, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, 376.

In questa direzione, il richiamo operato dalla giurisprudenza ad un interesse “di fatto giuridicamente rilevante” evoca la duplice dimensione della posizione fatta valere: “non qualificata” rispetto al potere amministrativo (e quindi, di fatto), ma “qualificata” (e perciò giuridicamente rilevante) in virtù di un rapporto dipendente o connesso con l’oggetto del giudizio, tale che la sentenza di annullamento possa produrre effetti nella sfera giuridica dell’interveniente.

La legittimazione all’intervento adesivo dipendente è, dunque, condizionata dal nesso di pregiudizialità o dipendenza tra la posizione soggettiva dell’interveniente e quella dedotta in giudizio, e presuppone un rapporto giuridico dipendente da quello dell’oggetto del giudizio⁶¹.

Il fondamento dogmatico dell’intervento adesivo dipendente è stato a lungo individuato nella cosiddetta “efficacia riflessa” della sentenza, la cui prima elaborazione si deve alla Pandettistica tedesca⁶², poi esportata dalla dottrina italiana⁶³ nell’ordinamento nazionale, per la quale la sentenza espressione di una funzione pubblica si estende a tutti i terzi che, ancorché non abbiano partecipato al processo, siano titolari di rapporti giuridici connessi e dipendenti con quello dedotto in giudizio, in deroga alla regola dell’impregiudicabilità della posizione di terzo del giudicato reso in un processo in cui non ha partecipato.

61 Cfr. A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, cit., 826. In giurisprudenza *ex multis* Cass., sez. II, 26 novembre 2014, n. 25145.

62 La prima formulazione dell'efficacia riflessa si deve alla Pandettistica tedesca, la quale risentiva, però, del dogma della volontà distinguendo tra gli effetti principali e secondari di un atto a seconda che questi costituissero lo scopo della volontà che lo poneva in essere ovvero una mera conseguenza necessaria e accessoria ricondotta dall'ordinamento all'atto stesso; il secondo caso avrebbe configurato, appunto, l'efficacia riflessa in senso proprio. R. VON JEHRING, *Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1871, 248. Sul punto cfr. R. MANFRELOTTO, *op. cit.*, 236 ss., il quale evidenzia che l'efficacia di un atto (nella specie della sentenza) non può essere inquadrato nella prospettiva volontaristica, la sentenza è, infatti, espressione di una funzione pubblica che deriva da una qualificazione normativa.

63 La teoria è stata importata in Italia da F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Studi di dir. proc.*, IV, Padova, 1925, 431 ss. e E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1934, 71 79 ss.. Tra i vari sostenitori F. CARPI, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milano, 1974, 230; G. FABBRI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, VIII, 96; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione, Commentario al Codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, 1046 ss..

La teoria dell'efficacia riflessa è, tuttavia, oggetto di ripensamento anche da parte della dottrina⁶⁴ e della giurisprudenza processualciviltistica⁶⁵, in ragione della necessità di assicurare il diritto di difesa e il rispetto del principio del contraddittorio anche ai titolari di situazioni connesse a quelle dedotte in giudizio, che verrebbero a subire gli effetti di una pronuncia emanata tra le parti del rapporto principale, senza essere stati posti nella condizione di partecipare al processo e, conseguentemente, di far valere le loro ragioni.

Si è così evidenziato che la funzione dell'intervento adesivo dipendente non costituisce un mezzo necessario di difesa contro un giudicato estendibile a terzi, ma uno strumento per evitare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dagli effetti della sentenza resa *inter alios*.

In questa direzione parte della dottrina e della giurisprudenza distinguono gli effetti dell'annullamento, che hanno valore *erga omnes*, dagli effetti del giudicato, che vincolano esclusivamente le parti del giudizio⁶⁶. Seguendo questa logica, l'intervento adesivo dipendente nel giudizio di annullamento non trae la

64 Già. T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità*, cit., 1962, 51, il quale riteneva che occorresse tenere distinta l'*autorità* (o immutabilità) della sentenza dalla sua *efficacia*: la prima presuppone la definitività della decisione ed è limitata alle *parti*, la seconda, invece, si accompagna ad ogni sentenza, anche non definitiva, ed opera rispetto ad ogni soggetto (parti e terzi), vale di fronte a tutti (efficacia naturale *erga omnes*). I terzi sono sottoposti all'*efficacia* della sentenza, che, però, può essere da loro respinta, mediante la dimostrazione che la decisione è *ingiusta* (che sussistono fondati motivi per un differente accertamento) e che, di conseguenza, il giudice non deve tenerne conto, per pronunciare sul loro rapporto. La teoria dell'efficacia riflessa è stata rivisitata più di recente anche da A. PROTO PISANI, *La conclusione di una parabola: lo smantellamento dell'efficacia della sentenza (o della cosa giudicata) contro i terzi, ma l'efficacia delle prove e della precedente giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2015, 397 ss.

65 Anche la Cassazione, di recente, ha sconfessato il tradizionale orientamento, chiarendo che, fuori dei casi codicisticamente previsti (ovvero: l'art. 1306 e l'art. 1595, comma 3, del codice civile e l'art. 404 del codice di procedura civile), non si può parlare di efficacia riflessa del giudicato, ritenendo che l'unica efficacia potrà essere solo quella di prova, o di elemento di prova documentale, considerando così il giudicato come mero fatto storico. Cass., sez. VI, 6 dicembre 2019, n. 31969; sez. III, 9 luglio 2019, n. 1832.

66 Diffusa era l'opinione che la sfera di efficacia soggettiva della sentenza si espanda *ultra partes*, allorché si tratti di una sentenza di annullamento di un atto destinata a produrre effetti su una pluralità di soggetti sul rilievo che un atto non può sussistere per alcuni e non per altri. Tuttavia, tanto dottrina che la giurisprudenza tendono oggi prevalentemente a distinguere l'effetto dell'annullamento destinato a valere per tutti e gli effetti del giudicato che valgono solo per le parti. Sul punto si rinvia a C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F. SCOCA (a cura di) *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 630 e a A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 931.

propria giustificazione dall'estensione degli effetti della sentenza a terzi, ma dagli *effetti che l'annullamento* (o il mancato annullamento) dell'atto operato dalla sentenza produce nella sfera giuridica di un terzo in virtù *di un diverso e collegato rapporto giuridico* intercorrente con una delle parti principali del giudizio.

Legittimati all'intervento adesivo dipendente sono così, ad esempio, coloro che vantano un diritto su un bene oggetto del provvedimento amministrativo impugnato, sicché l'annullamento dell'atto operato dalla sentenza consenta la *fisiologica attuazione del diritto* di cui è titolare. È il caso, ad esempio, del conduttore⁶⁷ o del creditore ipotecario⁶⁸ (o anche creditore chirografario che abbia trascritto un atto di pignoramento) che interviene nel giudizio d'impugnazione dell'ordine di demolizione (o del provvedimento di acquisizione gratuita da parte del Comune) dell'immobile abusivo promosso dal responsabile dell'abuso o dal proprietario. Legittimati ad intervenire in via adesiva dipendente sono pure coloro che intervengono al fine di *evitare un pregiudizio nella propria sfera giuridica derivanti da un rapporto giuridico* con una delle parti necessarie del giudizio. È il caso dei soci e degli amministratori di una società⁶⁹, i quali intervengono nel

67 Tar. Liguria, Genova, sez. I, 28 novembre 2007, n. 1962; sez. I, 4 ottobre 2002, n. 987. Diversamente, Tar Campania, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 22, ove si ritiene che al conduttore di un bene, quale detentore qualificato, spetti la legittimazione ad impugnare il provvedimento di demolizione, facendo valere un interesse oppositivo, in quanto la propria qualità di conduttore, nata in forza di un ben preciso rapporto giuridico di locazione, è idonea a differenziare e qualificare la sua posizione giuridica in ordine ad un provvedimento, quale quello demolitorio, fonte di immediato pregiudizio nei suoi confronti, in quanto incidente sulla suddetta posizione giuridica differenziata.

68 In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7155; Tar Campania, Napoli, sez. II, 29 novembre 2022, n. 7453; Tar, Valle D'Aosta, sez. I, 12 ottobre 2018, n. 48. Diversamente cfr. A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere*, cit., 795, il quale ritiene che anche il creditore ipotecario sia legittimato all'impugnazione del provvedimento di acquisizione dell'immobile abusivo da parte del Comune sulla base dell'art. 2810 c.c. (c.d. norma di garanzia), secondo cui l'ipoteca ha ad oggetto beni in commercio, con esclusione di beni rientranti nel patrimonio indisponibile della p.a., sicché il provvedimento di acquisizione dell'immobile abusivo da parte del Comune non determina il mero trasferimento della proprietà dell'immobile, ma anche l'estinzione del diritto di ipoteca.

69 Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 28 gennaio 2022, n. 3, ove si nega la legittimazione a ricorrere dei soci e amministratori di una società destinataria di un'interdittiva antimafia, a causa dell'assenza di una relazione diretta tra tali soggetti stessi e il potere amministrativo, e si riconosce agli stessi unicamente la possibilità di intervenire nel giudizio promosso dalla società in virtù di un possibile e riflesso pregiudizio per effetto di un diverso rapporto (di natura contrattuale o di altro tipo) che li lega al destinatario diretto (la società) del potere. Diversamente, cfr. A. CASSATELLA, *op. cit.*, 805, per il quale la scissione fra personalità giuridica della società e per-

giudizio di impugnazione di un'interdittiva antimafia promosso dalla società destinataria del provvedimento, al fine di evitare un pregiudizio alla propria sfera giuridica patrimoniale (ma anche morale)⁷⁰.

L'interesse che giustifica un intervento adesivo dipendente presuppone quindi un vantaggio riconducibile ad una posizione di diritto sostanziale del terzo collegata con la posizione della parte adjuvata. È tale posizione non autonoma, ma riflessa, che va elevata e posta a fondamento della legittimazione ad intervenire.

Se queste sono le condizioni di ammissibilità di intervento volto a sostenere le ragioni di una delle parti principali del giudizio va, tuttavia, osservato che diverse sono state le applicazioni dell'istituto da parte dei giudici amministrativi, i quali tendono frequentemente ad ammettere l'intervento adesivo dipendente *a prescindere da qualsiasi indagine sulla qualificazione giuridica dell'interesse fatto valere dall'interveniente*; sicché, se da un lato, posizioni giuridiche qualificate e differenziate rispetto alla norma attributiva del potere hanno trovato ingresso nella forma "minore" dell'intervento adesivo dipendente (sulla base della ritenuta incompatibilità nel processo amministrativo di legittimità con altre forme di intervento), dall'altro lato, posizioni che non assurgono al rango di interessi legittimi per *mananza o di qualificazione o differenziazione* (specie in caso di interventi adesivi oppositivi) rispetto alla norma attributiva del potere sono entrate in giudizio attraverso il canale dell'intervento adesivo dipendente, ma a prescindere da qualsiasi indagine circa l'esistenza di un "diverso" e "collegato" rapporto giuridico dipendente dall'oggetto del giudizio.

sonalità fisica dei soci non può condurre a negare la legittimazione ad agire dei soci e degli amministratori, atteso che la condotta della società è riferibile a quella di chi ne determina gli indirizzi, sicché detta scissione vale "ai limitati fini delle responsabilità civili — ed in parte penali — dell'impresa, ma non ad ulteriori fini tutelabili *ex lege*".

⁷⁰ Rispetto a queste tipologie di intervento il vero problema è individuare quando il terzo non destinatario del provvedimento, ma legato da un rapporto giuridico con una delle parti necessarie del processo sia anche titolare di una posizione qualificata e differenziata rispetto al potere e come tale legittimato ad impugnazione del provvedimento sul punto si rinvia all'ampia trattazione di A. CASSATELLA, *Legittimazione*, cit., 810.

Meritano a tal proposito di essere menzionate due fattispecie emblematiche di una simile tendenza.

Una prima fattispecie è quella relativa ai giudizi di impugnazione dell'ordine di demolizione⁷¹ o di autoannullamento di un permesso di costruire o del diniego di un'autorizzazione, in cui il giudice ammette l'intervento adesivo dipendente *ad opponendum* di soggetti differenziati in virtù della *vicinitas*⁷², intesa come stabile collegamento con il territorio su cui insiste il provvedimento, ma prescindendo da qualsiasi indagine sulla qualificazione giuridica dell'interesse fatto valere⁷³.

71 La giurisprudenza assolutamente prevalente ritiene che a fronte di provvedimenti repressivo-sanzionatori non è dato rinvenire alcuna posizione di controinteresse, ma solo un interesse di fatto mediato e riflesso che legittima il vicino ad intervenire volontariamente *ad opponendum* cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2020, n. 486; sez. V, 23 agosto 2019, n. 5817. Sul punto però cfr. Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2020, n. 1260, ove si riconosce che i soggetti che vantano diritti reali o di godimento sui beni confinanti godono di una posizione qualificata e differenziata assumendo la qualifica di controinteressati - e, dunque, legittimati passivi - rispetto alla successiva azione di annullamento promossa da parte del destinatario della sanzione.

72 Il concetto di *vicinitas*, elaborato dal giudice amministrativo, al fine di riconoscere la legittimazione all'impugnazione dei titoli edilizi da parte di titolari di immobili nella zona in cui è stata assentita l'edificazione (c.d. proprietari frontisti), esteso poi ai soggetti che si trovano in stabile collegamento con il territorio, è stato applicato anche alle controversie in materia ambientale cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 19 marzo 2014, n. 144, in *Riv. giur. amb.* 2014, n. 144, fino poi ad essere utilizzato, al di fuori dell'ambito meramente territoriale, per trasformarsi nel concetto più esteso di "bacino di utenza" nelle controversie aventi ad oggetto attività a carattere economico e commerciale cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre, n. 4453. Sul punto cfr. Cons. Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22, ove si afferma che il criterio della *vicinitas* non sia sufficiente per esercitare un'azione richiedendo la proposizione dell'azione anche un interesse al ricorso, dato dalla lesività delle opere realizzate su interesse specifico. Per una critica all'orientamento del giudice amministrativo che richiede ai fini del riconoscimento dell'interesse a ricorrere la dimostrazione di un effettivo pregiudizio dei singoli beni colpiti dalle conseguenze dannose dell'atto impugnato cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 771 ss.

73 Sulla necessaria qualificazione giuridica della posizione del vicino ai fini della legittimazione passiva cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi*, cit., 287. Con riferimento alla legittimazione a ricorrere cfr. A. CASSATELLA, *op. cit.*, 813, il quale pone in luce che "se non appare dubbia la legittimazione del confinante che fonda la propria azione sulle disposizioni del libro III del c.c. in materia di distanze tra costruzioni o dai confini di proprietà, il problema si pone per i proprietari o residenti non confinanti, per i quali la legittimazione può essere riconosciuta attraverso un'interpretazione estensiva o analogica di norme delle prerogative dominicali o del diritto alla salute ex artt. 832 c.c. e 844 c.c., sicché la *vicinitas* assume rilevanza prima ancora che sul crinale dell'interesse ad agire su quello della legittimazione".

In tal modo, interessi meramente differenziati, ma privi di qualificazione giuridica a fronte della norma attributiva del potere (ossia meri interessi di fatto) entrano in giudizio pur in assenza di rilevanza giuridica

L'altro caso ricorrente riguarda i giudizi di impugnazione di atti generali, ove il giudice amministrativo tende a riconoscere la legittimazione ad intervenire in via adesiva dipendente (*ad adiuvandum* o *ad opponendum*) a soggetti variamente interessati⁷⁴.

Rispetto ad un atto generale può invece osservarsi che se la visibilità del terzo interveniente già emerge dal contenuto dell'atto generale, l'interesse di costui, oltre che qualificato dalla norma attributiva del potere, in quanto già differenziato, assume la consistenza di interesse legittimo⁷⁵, il quale legittima come tale la proposizione di un intervento litisconsortile sia esso ad *adiuvandum* o ad *opponendum*. Diversamente se la posizione del terzo richiede per la sua emersione un atto applicativo, prima dell'emanazione di tale atto, tali interessi, non essendo ancora differenziati⁷⁶, costituiscono interessi di fatto privi di rilievo giuridico e come tali non dovrebbero legittimare alcun tipo di intervento⁷⁷.

⁷⁴ È quanto accaduto, ad esempio, di recente nel giudizio per l'annullamento, promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria emanata durante l'emergenza Covid-19, che autorizzava nel territorio regionale la ripresa dell'attività di ristorazione con servizio a tavolo all'aperto e nel rispetto delle prescrizioni igienico-sanitarie, in contrasto con quanto previsto dai provvedimenti nazionali cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841. In quest'occasione, il giudice amministrativo ha ritenuto ammissibile tanto l'intervento adesivo dipendente *ad adiuvandum* e *ad opponendum* di alcuni Comuni della Regione calabrese, che rispettivamente agivano a tutela della salute dei cittadini residenti o di interessi economici e turistici, quanto quello *ad opponendum* degli operatori del settore della ristorazione, ma senza procedere ad alcuna qualificazione della posizione giuridica degli intervenienti.

⁷⁵ Sull'interesse legittimo come posizione soggettiva differenziata e qualificata cfr. per tutti A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 105 ss. e 134 e A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 66 ss.

⁷⁶ Cfr., sul punto C. CUDIA, *L'efficacia « dimensionale » dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2016, la quale osserva: "mentre la qualificazione muove interamente lungo un orizzonte normativo (nel senso che non può che essere la norma a effettuare il giudizio sulla rilevanza degli interessi), la differenziazione ha un aggancio normativo nella misura in cui la norma, nel qualificare un interesse lo rende, perciò stesso, suscettibile di appartenenza (e, quindi, suscettibile di differenziazione), ma la dimensione concreta della fattispecie resta imprescindibile per mostrare chi realmente rilevi come portatore (differenziato appunto) di un interesse già qualificato".

⁷⁷ Diversamente R. MANFRELLOTTI, *op. cit.*, 255 ss. ritiene che, a fronte atti generali e astratti, i soggetti che non risultino differenziati in mancanza di un atto applicativo possono intervenire in forma adesiva dipendente, quali titolari di posizioni giuridiche soggettive "quie-

I sopra illustrati orientamenti finiscono così con l'attribuire all'intervento adesivo dipendente un ruolo succedaneo per la tutela di interesse che, in mancanza o di differenziazione o di qualificazione rispetto all'esercizio di una funzione amministrativa, non assumono la consistenza dell'interesse legittimo⁷⁸.

Quello che si vuole evidenziare, invece, in questa sede è che in un sistema di giurisdizione soggettiva l'intervento adesivo dipendente non può costituire un surrogato per la tutela di posizioni che difettano di qualche elemento per assurgere a rango di interessi legittimo ma è funzionale alla tutela di posizioni giuridiche "attuali", ove *la qualificazione dell'interesse deriva da un diverso rapporto giuridico intercorrente con una delle parti principali del giudizio*.

6. I legittimati passivi ad intervenire per ordine del giudice

Il c.p.a. ha introdotto, per la prima volta, l'intervento *inssu iudicis* nel processo amministrativo, prevedendo al comma 3 dell'art. 28 la possibilità per il giudice di ordinare l'intervento del terzo qualora lo ritenga opportuno. L'ordine che il giudice impartisce con ordinanza *ex art. 36*, comma 1, c.p.a. non è rivolto al terzo, ma alle parti, la più diligente delle quali è da lui incaricata di provvedere alla sua chiamata in giudizio⁷⁹.

scenti", intesa come fattispecie intermedia tra gli interessi di mero fatto (*id est*: giuridicamente indifferenti) e le posizioni soggettive *pleno jure*, perché pur essendo disciplinate dal diritto, ed avendo dunque una qualificazione normativa, non verificano, nel caso concreto, tutte le condizioni poste dalla norma perché la posizione soggettiva possa dirsi sorta.

⁷⁸ In senso contrario sembra orientata una parte della dottrina cfr. G. TROPEA, *op. cit.*, 16, il quale prospetta la possibilità che interessi che non possono trovare ingresso in via principale attraverso la proposizione di un ricorso o di un intervento litisconsortile potrebbero essere tutelati attraverso l'intervento adesivo dipendente: "è a tale istituto (intervento adesivo dipendente) che bisognerebbe forse affidarsi per evitare ricostruzioni che, sia pure per percorsi diversi, arrivano a giuridificare interessi emergenti "dal basso", magari in base alla leva della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. e alla lettura processuale di principi sostanziali, sulla base di un approccio di metodo per principi sovvertitori di regole".

⁷⁹ La disciplina delle concrete modalità attraverso cui il giudice può provvedere ad ordinare l'intervento di un terzo è disciplinata dall'art. 51 c.p.a., ove si dispone che il giudice ordina alla parte che ha interesse alla prosecuzione del giudizio di chiamare il terzo in giudizio indicando gli atti da notificare e il termine della notifica. La mancata chiamata nel termine assegnato dal giudice rende il ricorso improcedibile, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 51, all'art. 49 comma 3, c.p.a., che contempla l'improcedibilità del ricorso per mancata integrazione del contraddittorio. L'inosservanza dell'ordine d'integrazione del contraddittorio è così equiparata all'inosservanza dell'ordine del giudice di chiamare in giudizio un interventore, perché entrambi determinano l'improcedibilità del ricorso. Il secondo comma dell'art. 51 stabilisce poi che la

Diversamente dal c.p.c., che disciplina separatamente l'intervento su istanza di parte (art. 106 c.p.c.)⁸⁰ e l'intervento su ordine del giudice (art. 107 c.p.c.), l'art. 28, comma 3, c.p.a. impone un previo ordine del giudice anche in presenza d'istanza di parte, sì da filtrare in ogni caso la chiamata in giudizio di un terzo attraverso una valutazione di opportunità del giudice, in ragione di esigenze di rapidità e immutabilità nella definizione di processi insistenti su atti emanati per la cura di un interesse pubblico.

Prima del c.p.a., tanto la dottrina che la giurisprudenza, salvo qualche isolata pronuncia⁸¹, escludevano l'applicabilità al processo amministrativo dell'istituto dell'intervento per ordine del giudice previsto dall'art. 107 c.p.c. sia per la mancanza di una norma che espressamente lo autorizzasse, sia per il principio dispositivo per il quale è la domanda del ricorrente e l'eccezione del resistente e del controinteressato che definiscono l'ambito entro il quale egli è legittimato a svolgere il proprio sindacato, di guisa che si riteneva preclusa al giudice la possibilità di estendere autoritariamente ad un terzo il giudizio.

Va però osservato che anche nel processo civile si è posto il problema della compatibilità con il principio dispositivo, sicché se nelle prime riflessioni sul tema si riteneva che l'intervento *iussu iudicis* svolgesse una funzione pretta-

costituzione dell'interventore chiamato in causa *iussu iudicis* avviene "secondo le modalità di cui all'art. 46 e quindi nel termine di sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso. Sulla natura perentoria del termine di costituzione del terzo chiamato in virtù delle finalità acceleratorie perseguite dal codice del processo amministrativo cfr. GE. FERRARI, *Brevi riflessioni sull'intervento volontario e sulla chiamata iussu iudicis nel processo amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 880 ss. Di contrario avviso L. CIMELLARO, *op. cit.*, 545 ss.

⁸⁰ L'art. 106 c.p.c. prevede la possibilità per una delle parti di chiamare direttamente in giudizio un terzo cui la causa sia comune.

⁸¹ Cfr. Tar Marche, 20 luglio 1976, n. 161, in *Giur. mer.*, 1977, III, 940, con nota di A. ROMANO, *L'intervento iussu iudicis nel giudizio amministrativo*; Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 655; Tar Lombardia, Brescia, 17 dicembre 1997, n. 1243; Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 1998, n. 258. Parte della dottrina già sollecitava introduzione anche nel processo amministrativo di detto istituto, in quanto strumento utile ad assicurare possibilità di partecipare e interloquire in sede giudiziaria anche a soggetti diversi dai controinteressati in senso tecnico, ma pur sempre portatori di interessi indirettamente e di riflesso coinvolti nel processo promosso dalle parti sostanziale. Sul punto cfr. A. TRAVI, *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1997, III, 26; A. LUGO, *I problemi del processo amministrativo visti dal giudice*, in AA.VV., *Atti del IX Congresso di Varenna di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1964, 171; F. MERUSI, *Il contraddittorio*, cit., 16.

mente istruttoria⁸², data dall'opportunità di avere dai terzi "lumi e schiarimenti", al fine di aprire la via all'accertamento della verità; tale concezione dell'intervento è stata ormai superata anche dalla dottrina processualcivilistica, la quale ritiene oggi che la funzione dell'intervento *inssu iudicis* sia esclusivamente quella di integrare il contraddittorio⁸³ nei confronti di soggetti diversi dai litisconsorti necessari, rendendo gli stessi "parti" del processo⁸⁴, essendo l'istruttoria regolata da altre norme e in altre parti del c.p.c.⁸⁵

Tali considerazioni valgono anche per l'intervento coatto nel processo amministrativo che, non a caso, è previsto nel Libro I, Titolo III, subito dopo l'art. 27 c.p.a. dedicato al contraddittorio, e non nel Titolo III del Libro II che disciplina i mezzi di prova e l'attività istruttoria.

In mancanza di indicazione da parte del legislatore, data anche l'assenza del riferimento alla comunanza della causa richiesto invece dall'art. 107 c.p.c., resta da chiarire le finalità dell'intervento su ordine del giudice nel processo amministrativo.

82 G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, (1965), 995.

83 In tal senso già L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, 1923, 534 ss.; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1960, 81 ss. Per un ulteriore sviluppo di queste posizioni cfr. S. SATTA, *L'intervento ordinato dal Giudice*, in *Foro it.*, IV, 1938, 121 ss, il quale riteneva che l'intervento su ordine del giudice per essere conforme al principio dispositivo deve essere ristretto ai casi in cui la sentenza che si emetterà nel processo farà stato nei confronti del terzo, anche indipendentemente dalla sua partecipazione al processo.

84 Sull'assunzione della qualità di parte del terzo chiamato *inssu iudicis* A. SEGNI, *Voce L'intervento in causa*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 968; E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, 103, A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit.; C. CONSOLO, *op. cit.*, 121 ss. Sulla chiamata su ordine del giudice come deroga al principio dispositivo cfr. F. CARNELLUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, 9, per il quale anche se l'iniziativa di parte è di certo l'anima del processo tramite l'intervento del giudice si pone l'accento sull'idea di collaborazione tra giudice e parti, sicché non si tratta di sopprimerla ma di regolarla e stimolarla. Sulla possibilità che sia consentito al legislatore di derogare al principio dispositivo per esigenze pubbliche di buon funzionamento del processo cfr. N. TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 412 ss.; C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2022, 356 ss.

85 Cfr. M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 232, la quale pone in evidenza come sia lo stesso diritto positivo ad imporre l'abbandono della tesi dell'intervento a fini istruttori giacché l'art. 107 c.p.c. prevede oggi, da un lato, il requisito della comunanza di causa quale presupposto per l'ordine d'intervento da parte del giudice, emancipando così l'intervento *inssu iudicis* da una mera funzione probatoria; dall'altro, l'art. 271, comma 2, c.p.c. impone al terzo l'onere di proporre, nella comparsa di risposta, da depositare unitamente alla procura e agli eventuali documenti, le istanze, le difese e le prove che ritiene di suo interesse, rendendo evidente come l'interventore sia destinatario di una vera e propria domanda giudiziale.

Tale *ratio* va individuata nell'esigenza di consentire l'instaurazione del contraddittorio con quei soggetti, diversi dalle parti necessarie, nei cui confronti l'atto produce effetti "diretti" pregiudizievoli⁸⁶, i quali potrebbero successivamente impugnare la sentenza con l'opposizione di terzo⁸⁷. Data, infatti, la naturale vocazione dell'atto amministrativo a produrre effetti su più soggetti titolari d'interessi legittimi (diversi dalle parti necessarie), l'intervento su ordine del giudice funge da strumento d'ingresso nel giudizio per coloro che, non avendone conoscenza, non sono intervenuti volontariamente⁸⁸.

L'intervento su ordine del giudice ha, dunque, la funzione di garantire l'economicità dei giudizi, la concentrazione delle tutele e la stabilità del giudicato, rendendo parti del processo (indipendentemente dal fatto che poi abbiano o no partecipato attivamente), soggetti legittimati a una successiva opposizione di terzo.

Con l'introduzione di tale istituto, ad avviso di chi scrive, il legislatore ha preso definitivamente le distanze da quegli orientamenti tendenti a equiparare i controinteressati "formali" a quelli sostanziali ai fini dell'integrazione del contraddittorio da parte del giudice⁸⁹. Sicché, se nei confronti dei primi l'art. 27

86 Sulla rilevanza della partecipazione al processo di tali soggetti cfr. L. CORLETTI, *Opposizione di terzo e principio del contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1995, 3769 ss., spec. 3799; ID., *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.* XIV, Torino, 1999, 562 ss., spec. 572 ss.; ID., *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 928 ss., spec. 951 ss.; W. TROISE MANGONI, *Controinteressato e opposizione di terzo nel processo amministrativo*, ivi, 1998, 683 ss.; ID., *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, cit., 199-200, *passim*, spec. 268 ss.

87 L'intervento su ordine del giudice non può essere utilizzato per chiamare in giudizio i cointeressati, i quali hanno l'onere di impugnare il provvedimento nel breve termine di decadenza, i quali se non impugnano o non intervengono nel processo non sono legittimati ad una successiva opposizione di terzo.

88 La giurisprudenza ha più volte chiarito che l'intervento su ordine del giudice non può essere utilizzato per sanare l'assenza di una tempestiva e rituale notifica del ricorso ad almeno uno dei controinteressati, non potendo il giudice ovviare a errori carenze e omissioni del ricorrente cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2013, n. 4530; Tar Campania, Napoli, sez. III, 2 aprile 2015, n.1980; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 18 novembre 2014, n. 2978.

89 Sul punto cfr. A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 1382, il quale, una volta equiparati i controinteressati sostanziali e successivi a quelli formali ai fini dell'integrazione necessaria del contraddittorio da parte del giudice, ritiene che i terzi nei confronti dei quali il giudice possa, sulla base di valutazione di opportunità, ordinare la chiamata in giudizio siano le P.A. che non hanno emanato il provvedimento, ma sulle quali ricadano gli effetti della sentenza. Va tuttavia osservato che in una giustizia di stampo soggettivo può ritenersi che anche le p.a. sui cui ricadono

c.p.a. prevede un *dovere* del giudice di ordinare l'integrazione del contraddittorio, la cui mancanza rende la sentenza annullabile con rinvio al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.; nei confronti di altri soggetti titolari d'interessi legittimi di segno contrario rispetto al ricorrente non identificati (o non identificabili) dall'atto impugnato, l'art. 28, comma 3, c.p.a, rimette la loro chiamata in giudizio a un *potere* del giudice implicante una *valutazione di opportunità* che, in quanto discrezionale, non può essere sindacata in appello⁹⁰.

Sullo sfondo vi è l'avvertita necessità da parte del legislatore di procedere a un bilanciamento tra le esigenze di concentrazione delle tutele, economicità dei giudizi, stabilità del giudicato⁹¹ e interesse alla rapida definizione di giudizi incidente su atti emanati per la cura d'interessi pubblici.

In questa prospettiva, la chiamata in giudizio di un terzo è rimessa a una valutazione del giudice, caso per caso, tale che la ricerca di eventuali altri soggetti titolari di interessi legittimi di segno contrario, anche mediante l'utilizzo da parte del giudice di poteri istruttori, non possa compromettere la celerità del giudizio.

gli effetti della sentenza agiscono a tutela di un proprio interesse legittimo per cui la loro posizione in giudizio non dovrebbe divergere da quelli dei privati, sicché se tali amministrazioni sono facilmente individuabili non si vede perché in tal caso la chiamata in giudizio della debba essere subordinata ad una valutazione di opportunità del giudice. Sul punto cfr. anche G. VERDE, *op. cit.*, 210, il quale ritiene che nei confronti di controinteressati sostanziali l'integrazione del contraddittorio va disposta ai sensi dell'art. 49 c.p.a senza sia necessario ricorrere all'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 28 c.p.a.

⁹⁰ Per la distinzione in ambito processualista tra mancata integrazione del contraddittorio con le parti necessarie ex art. 102 c.p.c. che determinano l'invalidità della sentenza, e valutazione di opportunità circa il coinvolgimento o meno di terzi ex art. 107 c.p.c. insindacabile in appello cfr. C. CONSOLO, *op. cit.*, 122. Sulla maggiore elasticità della disposizione dell'art. 28, comma 3, c.p.a., che diversamente dall'art. 107 c.p.c. non richiede la comunanza di causa cfr. M. RAMAJOLI, *L'intervento*, cit., 243.

⁹¹ Cfr. sul punto L. BERTONAZZI, *Appunti sparsi*, cit., 189, quale osserva che elevare a contraddittori necessari anche i controinteressati sostanziali o i titolari di autonomi interessi legittimi esporrebbe a un pericolo eccessivo la stabilità del giudicato, attesa l'invalidità di una sentenza resa a contraddittorio non integro e la conseguente necessità di rinnovare il giudizio. L'A. evidenzia, inoltre, anche in sede di opposizione di terzo i controinteressati pretermessi, potrebbero invocare la qualità di litisconsorti necessari per ottenere l'annullamento della sentenza, mentre in veste di titolari di una posizione autonoma e incompatibile dovrebbero piuttosto prospettare l'ingiustizia della sentenza.

I terzi chiamati in giudizio *iussu iudicis* possono, quindi, essere individuati nei soggetti titolari di interessi legittimi (diversi dai controinteressati formali) che potrebbero subire un pregiudizio da una sentenza resa *inter alios*. A tali soggetti, come già osservato a proposito dell'intervento volontario, va assicurato un pieno diritto di difesa, giacché una volta acquisita con la chiamata in giudizio la qualità di parte, non potrebbero più impugnare la sentenza con l'opposizione di terzo.

Ed è in quest'ottica e in mancanza d'indicazione legislative contrarie che l'intervento *iussu iudicis non può essere condizionato dallo stato e grado di giudizio*⁹². A ritenere diversamente, la chiamata in giudizio su ordine del giudice potrebbe determinare una dequotazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio.

In questo contesto, che vede coinvolti interessi contrapposti (la concentrazione delle tutele, l'economicità dei giudizi, la stabilità dei giudicati da un lato e la ragionevole durata del giudizio in corso dall'altro), la valutazione di "opportunità" rimessa al giudice dovrebbe indurre ad evitare la chiamata in giudizio del terzo terminata l'istruttoria, così da impedire che la stessa debba essere riaperta a seguito della costituzione dell'interveniente in contrasto con esigenze di snellezza e celerità del giudizio.

Quanto ai soggetti da chiamare in giudizio su ordine del giudice, essi possono essere individuati nei controinteressati sostanziali e nei titolari di un'autonoma posizione di interesse legittimo di segno contrario a quelli del ricorrente, ma che non ricevano una specifica utilità dall'atto.

Non sembra, invece, che la norma possa avere una sua particolare utilità nei confronti dei controinteressati successivi, ossia coloro che diventano tali in ragione di un atto successivo emanato dall'amministrazione nel corso del giudizio. Infatti, rispetto a tali soggetti, se individuati o individuabili nel provvedimento successivo, il contraddittorio va necessariamente integrato (artt. 41, 49 e

92 Di diverso avviso M. RAMAJOLI, *L'intervento*, cit., 227, per la quale tutti gli interventi sono accomunati dalla necessaria accettazione dello stato e grado di giudizio.

27 c.p.a.), giacché controinteressati formali nel giudizio di impugnazione dell'atto consequenziale che, secondo la giurisprudenza prevalente, costituisce condizione di procedibilità della domanda di annullamento dell'atto presupposto per carenza di interesse⁹³.

Per contro, va affermandosi un orientamento, avallato da autorevole dottrina, per il quale la previsione dell'art. 28, comma 3, c.p.a. “facoltizza il giudice a ordinare l'intervento del terzo anziché gravare il ricorrente dell'onere di impugnare l'aggiudicazione”. In altri termini, l'esigenza di assicurare il contraddittorio con il controinteressato successivo risulterebbe soddisfatta dalla previsione dell'art. 28, comma 3, c.p.a., la quale consente di superare l'ostacolo al prodursi dell'effetto caducante come conseguenza dell'annullamento dell'atto presupposto⁹⁴.

È opinione di chi scrive, invece, che la chiamata in giudizio del controinteressato successivo, “*identificato*” dall'atto consequenziale (aggiudicazione), non possa essere rimessa ad una mera valutazione di “opportunità” del giudice, non

93 L'onere del ricorrente di estendere l'impugnativa all'atto consequenziale, pena l'improcedibilità del ricorso avverso quello presupposto per sopravvenuta carenza d'interesse, fa assumere il controinteressato successivo, sempre che sia contemplato nell'atto consequenziale, a parte necessaria. La giurisprudenza tende a limitare la portata dell'effetto caducante dell'atto consequenziale ove “l'atto posteriore abbia conferito un bene o una qualche utilità ad un soggetto non qualificabile come parte necessaria nel giudizio che ha per oggetto l'atto presupposto al fine di garantire la difesa dei terzi”; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5748, 30 ottobre 2001, n. 5677; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 22 dicembre 2015, n. 5842. In dottrina, cfr. G. LEONE, *op. cit.*, 453.

94 Cfr. Tar Veneto, Venezia, sez. I, 8 febbraio 2017, n. 138; Tar Liguria, sez. II, 15 giugno 2011, n. 938, ove, si afferma che per salvaguardare l'interesse del “controinteressato sopravvenuto” (in questo caso l'aggiudicatario della gara), per la cui tutela si esige prima del c.p.a. che il ricorrente, il quale aveva già gravato gli atti di gara, dovesse impugnare anche l'aggiudicazione, in modo tale da estendere *il petitum* di annullamento e da evocare in giudizio pure l'aggiudicatario, risulta superato dall'art. 28, comma 3, c.p.a. Ad avviso del giudice, infatti, detta disposizione, nell'ottica della “ragionevole durata del processo” (v. art. 2, comma 2, c.p.a.), facoltizza il giudice ad ordinare l'intervento in giudizio del terzo, anziché onerare il ricorrente dell'impugnativa (con altro ricorso o con motivi aggiunti) dell'aggiudicazione. Il giudice ha evidenziato che il principio di economicità degli atti processuali – che è alla base dell'art. 28, comma 3, – si coordina perfettamente con l'effetto sostanziale cd. caducante dell'aggiudicazione, prodotto dall'eventuale accoglimento del gravame che ha ad oggetto il bando. In dottrina condivide tale impostazione cfr. M. RAMAJOLI, *L'intervento*, cit., 254. Per un'ampia ricostruzione dei diversi orientamenti sulla distinzione tra invalidità caducante e invalidità viziante dell'atto presupposto alla luce dei principi del processo amministrativo si rinvia a V. PAMPANIN, *Principio della domanda e limitazione dell'onere di impugnare nel processo amministrativo di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1332 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

ricorrendo, nella specie, l'esigenza di bilanciare la chiamata in giudizio del terzo con la snellezza e la celerità del giudizio in corso, che costituiscono il fondamento della previsione dell'art. 28, comma 3. In questi termini, l'introduzione nel processo amministrativo di legittimità dell'intervento *inssu iudicis* non dovrebbe impattare sul consolidato orientamento che, proprio al fine di garantire il diritto di difesa dei controinteressati successivi, richiede l'onere di impugnazione dell'atto consequenziale, attribuendo all'annullamento dell'atto presupposto (bando) efficacia "invalidante" dell'atto successivo (aggiudicazione).

Occorre, infine, indagare se l'ordine d'intervento possa essere esteso ai soggetti titolari di rapporti connessi o dipendenti, ossia ai soggetti legittimati a spiegare un intervento adesivo dipendente⁹⁵. In un giudizio di amministrativo che, seppure strumentale alla tutela di posizioni giuridiche soggettive, sia strutturato per garantire per quanto possibile la stabilità e la certezza dell'atto amministrativo, la chiamata in giudizio dei terzi titolari di rapporti dipendenti o pregiudizievole dovrebbe, a parere di chi scrive, essere ristretta esclusivamente ai creditori e aventi causa di una delle parti, legittimati ad impugnare la sentenza attraverso l'opposizione revocatoria. La funzione della chiamata in giudizio su ordine del giudice in questi casi dovrebbe, dunque, essere quella di consentire di rendere tali soggetti "parti" del processo, al fine di prevenire il pregiudizio che potrebbe subire dalla condotta dolosa o fraudolenta delle parti principali, sì da precludere una successiva opposizione revocatoria a garanzia della stabilità del giudicato amministrativo.

Resta tuttavia da chiedersi se la preclusione alla successiva opposizione revocatoria a seguito della chiamata in giudizio da parte del giudice non debba indurre ad attribuire a costoro gli stessi poteri processuali delle parti principali.

⁹⁵ In tal senso G. VERDE, *op. cit.*, 215, per il quale, poiché l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti controinteressati, identificati o meno dal provvedimento impugnato, deve avvenire ex art. 49 c.p.a., i soggetti chiamati in causa su ordine del giudice sono esclusivamente coloro che potrebbero spiegare un intervento adesivo dipendente. L'A. esprime, tuttavia, perplessità sull'introduzione della norma dell'art. 28, comma 3, c.p.a. che altera il contraddittorio potenziando la difesa della parte adiuvata senza che il terzo abbia una situazione giuridica autonoma tutelabile avanti al giudice amministrativo.

7. Riflessioni finali

In conclusione, può dirsi che gran parte dei dubbi circa l'individuazione dei soggetti legittimati all'intervento possono trovare una definitiva "soluzione" attraverso una lettura dell'art. 28 c.p.a. nel prisma di una giurisdizione soggettiva orientata sulla legittimazione e l'interesse ad intervenire, quali criteri cumulativi di ammissibilità dell'intervento.

Il richiamo all'"interesse" contenuto nell'art. 28 c.p.a. quale condizione legittimante l'intervento va declinato in termini "diversi" a seconda della posizione fatta valere in giudizio e del tipo di intervento spiegato dall'interveniente, ma non può prescindere dalla titolarità di una posizione giuridica sostanziale.

Nel caso di intervento di chi fa valere un proprio interesse legittimo attraverso la proposizione di un'autonoma domanda, le condizioni di ammissibilità dell'intervento non divergono da quelle per la proposizione dell'azione di annullamento (legittimazione e interesse ad agire). Analogamente la legittimazione attiva e passiva ad intervenire del controinteressato sostanziale è data, come per il controinteressato formale, dalla titolarità di un interesse legittimo di segno contrario a quello del ricorrente e dall'interesse ed evitare gli effetti pregiudizievoli diretti di una sentenza resa *inter alios*.

La legittimazione ad intervenire per sostenere le ragioni di una delle parti necessarie e di far valere, in giudizio una posizione sostanziale altrui, va ravvisata, invece, in assenza di interesse legittimo, nella titolarità una posizione di diritto sostanziale del terzo, collegata e dipendente con una delle parti necessarie, ed è questa posizione "riflessa", da cui deriva l'interesse all'accoglimento o al rigetto del ricorso, che va posta a fondamento della legittimazione ad intervenire.

L'errore in cui incorre frequentemente sia la giurisprudenza che una parte della dottrina è, invece, quello di attribuire all'intervento adesivo dipendente la funzione di dare tutela a tutte quelle *posizioni di incerta qualificazione* (interessi legittimi "affievoliti" o "decolorati" "come li chiamava Nigro perché decorsi i

termini di impugnazione, o interessi differenziati ma non qualificati, o interessi qualificati ma non ancora differenziati), rendendo in tal modo un mero interesse “di fatto” all'accoglimento o al rigetto di una domanda proposta da altri quale interesse “giuridicamente qualificato”, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento, confondendo in tal modo legittimazione e interesse ad intervenire.

In una giurisdizione soggettiva, invece, anche l'intervento adesivo dipendente deve essere funzionale alla tutela di posizioni giuridiche soggettive “attuali”, le quali, in assenza di titolarità di interesse legittimo in capo all'interveniente, vanno individuate in virtù di un diverso e collegato rapporto giuridico con una delle parti necessarie del processo.

In definitiva, il “limite costituzionale dell'intervento, che giustifica l'intromissione nella sfera di libertà altrui”⁹⁶ è dato sempre dal pregiudizio giuridico che l'interveniente può subire da una sentenza resa *inter alios* rispetto ad una propria posizione sostanziale ed è proprio la titolarità di tale posizione (sia essa diretta o riflessa) che legittima un terzo ad intervenire in un giudizio promosso da altri.

⁹⁶ Così M. NIGRO, *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, cit., 374.

NICOLETTA VETTORI

Professoressa associata di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Studi Aziendali e
Giuridici dell'Università di Siena
nicoletta.vettori@unisi.it

**L'AMMINISTRAZIONE CONDIVISA NEL NUOVO CODICE
DEI CONTRATTI PUBBLICI: MATRICI TEORICHE,
DISALLINEAMENTI SISTEMATICI E PROFILI INNOVATIVI**

**SHARED ADMINISTRATION IN THE NEW PUBLIC
CONTRACTS CODE: THEORETICAL BASIS,
SYSTEMATIC MISALIGNMENTS AND INNOVATIVE
PROFILES**

SINTESI

Il saggio analizza l'art. 6 del nuovo codice dei contratti pubblici che codifica la categoria dell'amministrazione condivisa, definendo le coordinate di una particolare tipologia di partenariato pubblico-privato (qui definito "collaborativo") che trova fondamento nei principi di solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale. La previsione ha un grande rilievo sistematico nella misura in cui riconosce il partenariato "collaborativo" come modello generalmente utilizzabile ed equi-ordinato rispetto alle altre possibili forme di gestione dei beni e servizi pubblici di cui le pubbliche amministrazioni sono titolari. Tuttavia, il testo della norma contiene alcune ambiguità e incoerenze che potrebbero ridurne la funzione ordinante che - in quanto principio generale - dovrebbe svolgere. L'obiettivo dello studio è quindi offrire una chiave interpretativa dei suoi contenuti per inquadrare in via sistematica i profili critici e mettere in evidenza gli aspetti innovativi.

ABSTRACT

The essay analyses art. 6 of the new public contracts code that codifies the category of shared administration, defining the coordinates of a particular

Il presente saggio è maturato nell'ambito di una ricerca, coordinata dal prof. Riccardo Ursi sui principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici. Una versione dello scritto, con titolo e contenuti in parte diversi, sarà pubblicata nel relativo volume.

type of public-private partnership (here defined as 'collaborative') that is grounded in the principles of social solidarity and horizontal subsidiarity. The provision is very important on a systematic level because it recognises the 'collaborative' partnership as a model that can generally be used and is equally coordinated with the other possible forms of management of public goods and services owned by public administrations. However, the text of the rule contains some ambiguities and inconsistencies that could reduce the ordering function that - as a general principle - it should perform. The aim of the study is therefore to offer an interpretative key to its contents in order to systematically frame the critical profiles and highlight the innovative aspects.

PAROLE CHIAVE: Amministrazione condivisa - Codice dei contratti pubblici - Principio di sussidiarietà orizzontale, Partenariati pubblico-privati collaborativi

KEYWORDS: Shared administration - Public contracts code - Principle of horizontal subsidiarity - Collaborative public-private partnerships

Indice: 1. Premessa. 2. L'evoluzione normativa da cui ha avuto origine l'art. 6 del nuovo codice dei contratti pubblici: la disciplina sull'affidamento dei servizi sociali tra diritto nazionale e diritto europeo; 2.1. Il sistema di erogazione dei servizi sociali delineato dalla l. n. 328/2000: quando solidarietà e sussidiarietà orizzontale non erano 'nemiche' della concorrenza; 2.2. La penetrazione del diritto europeo: il conflitto tra solidarietà e concorrenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia; 2.3. Le norme del Codice del Terzo Settore e il travagliato rapporto con il Codice dei Contratti Pubblici del 2016; 2.4. Gli interventi normativi diretti al coordinamento tra i due Codici e le conferme della CGUE; 3. L'amministrazione condivisa secondo l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici; 3.1. Le matrici teoriche: solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale nell'accezione "positiva" e "cooperativa"; 4. Un'occasione mancata: la prudente delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo; 5. L'impropria definizione dell'ambito di applicazione oggettivo; 6. I caratteri dei modelli di amministrazione condivisa secondo l'art. 6 CCP; 6.1. L'importanza del riferimento alla dimensione organizzativa; 6.2. La *ratio* dell'assenza di profili sinallagmatici: la "comunione di scopo" come tratto caratteristico dei rapporti; 6.3. L'equivoco richiamo "alla condivisione della funzione amministrativa"; 7. Le condizioni di ammissibilità. 7.1. Il significato del rinvio al principio del risultato; 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L'art. 6 del codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha codificato la categoria della c.d. "amministrazione condivisa"¹ e ha dettato le coordinate interpretative di un particolare modello di partenariato pubblico-

¹ L'espressione è stata elaborata e sviluppata da Gregorio Arena in molti scritti a partire dal ID., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117/118, 1997, p. 29 ed è stata utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020, con riferimento al paradigma del rapporto fra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore dettato dall'art. 55 del CTS. Per più ampi riferimenti bibliografici si veda §§ 3 e 4.

privato, che trova fondamento nei principi di solidarietà sociale² e sussidiarietà orizzontale³.

La previsione di questo principio generale è rilevante sotto un duplice profilo.

In primo luogo perché definisce i rapporti tra Codice dei contratti pubblici (d'ora in poi CCP) e Codice del Terzo Settore (d'ora in poi CTS), confermando l'approdo raggiunto D.L. 16 luglio 2020, n. 76 e, quindi, prevedendo espressamente che la disciplina del primo non si applica a co-programmazione, co-progettazione, accreditamento e convenzioni disciplinati dal titolo VII del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

In secondo luogo, e soprattutto, perché riconosce il partenariato collaborativo come modello generalmente utilizzabile ed equi-ordinato rispetto a quello basato sull'esternalizzazione (mediante appalto o partenariato sinallagmatico).

Il principio di cui all'art. 6, tanto più se letto congiuntamente a quello contenuto nell'art. 7 del medesimo CCP⁴ – conferma, infatti, la piena facoltà delle pubbliche amministrazioni di definire discrezionalmente le forme da utilizzare per la gestione dei beni e la prestazione dei servizi di cui sono responsabili.

Il testo della norma contiene, tuttavia, alcune ambiguità e incoerenze che potrebbero ridurre la funzione regolatoria e ordinante che – in quanto principio

² Su cui si veda, almeno, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma, 2014; G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022.

³ Sulle diverse accezioni del principio di sussidiarietà e sui relativi riferimenti bibliografici si tornerà nel § 3.1.

⁴ Cfr. l'art. 7 CCP, rubricato *Principio di auto-organizzazione amministrativa*, che al comma 1 prevede: «Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea».

generale⁵ - dovrebbe svolgere e che quindi meritano di essere inquadrare attraverso un'interpretazione sistematica.

Per comprendere la portata della norma e coglierne le potenziali criticità è necessario ripercorrere brevemente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha portato alla sua previsione (§ 2). Successivamente sarà possibile provare a offrire una chiave interpretativa dei suoi contenuti (§ 3), riportando a sistema gli aspetti problematici e mettendo in evidenza quelli più innovativi (§§ 4, 5, 6).

2. L'evoluzione normativa da cui ha avuto origine l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici: la disciplina sull'affidamento dei servizi sociali tra diritto nazionale e diritto europeo

L'art. 6 del nuovo CCP si pone a valle di un lungo percorso giurisprudenziale e normativo che ha avuto come principale campo di applicazione il settore dei servizi sociali e socio-sanitari.

Pertanto, sebbene la norma non delimiti a quest'ultimi il proprio campo di applicazione, non si può prescindere dall'analisi di quell'evoluzione, anche perché da essa dipendono molte locuzioni testuali confluite nella norma.

2.1. Il sistema di erogazione dei servizi sociali delineato dalla l. n. 328/2000: quando solidarietà e sussidiarietà orizzontale non erano 'nemiche' della concorrenza

Come noto, la materia di servizi sociali, a lungo frammentata fra una pluralità di normative dirette a specifiche categorie di soggetti bisognosi, ha rice-

⁵ Sul punto v. almeno L. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e App.*, 1, 2023, pp. 5-13; G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, 3, 2023; R. CARANTA, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 8-9, 2023, pp. 1960-1969; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici* e G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, entrambi disponibili in www.giustizia-amministrativa.it. Più in generale, v. A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 79 ss.

vuto una prima regolazione organica con la l. 8 novembre 2000, n. 328 del 2000 che ha definito il sistema integrato dei servizi sociali⁶.

Quella disciplina e la legislazione regionale intervenuta dopo la riforma del Titolo V della Costituzione⁷ hanno delineato un processo di parziale esternalizzazione dei servizi sociali prevedendo il concorso nella erogazione di soggetti pubblici e soggetti privati (*profit* e *non profit*) secondo un modello a rete⁸.

In questo modo si dava attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale (che con la riforma costituzionale del 2001 sarebbe stato codificato nell'art. 118, comma 4, Cost.)⁹, integrando gli operatori privati nel sistema coordinato dai soggetti pubblici, così sperimentando un modello ibrido in cui si immettevano nel 'sistema di Stato' alcuni valori propri del mercato.

L'obiettivo era coniugare la gestione diretta con forme di gestione ispirate ad istanze solidaristiche, assicurate dal *favor* riservato alle organizzazioni non

6 Su tale evoluzione si veda, tra gli altri, A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, pp. 1-85; A. GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007, pp. 1-130 e sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2016, p. 308 ss.

7 Cfr. la L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, con la quale la materia della tutela della salute è stata prevista tra le materie di legislazione concorrente, l'assistenza sociale è confluita tra le materie residuali ed è stata attribuita alla legislazione statale esclusiva la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. Al riguardo v. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008; V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008.

8 Sul sistema dei servizi sociali si veda A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2020; R. BIN, D. DONATI, G. PITRUZZELLA (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*, Torino, 2021; F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020.

9 La letteratura sul tema è vastissima. Tra i molti si segnalano G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 3 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, Rom, Treccani, 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, p. 1752; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013; P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95 ss.; ID., *L'amministrazione della società e l'emersione del principio della sussidiarietà sociale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 219 ss.

lucrative¹⁰, e con altre rispondenti a logiche propriamente economiche e concorrenziali¹¹.

L'approccio pro-concorrenziale nella regolazione dei servizi sociali ha dunque avuto lì le sue radici, tanto che l'applicazione del diritto europeo della concorrenza ha probabilmente trovato un terreno fertile perché in parte già "arato" con strumenti assiologicamente omogenei.

Ciò non toglie che abbia avuto un impatto dirompente, determinando significativi cambiamenti.

2.2. La penetrazione del diritto europeo: il conflitto tra solidarietà e concorrenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Come noto, fino al primo decennio del XXI secolo i servizi sociali sono rimasti esclusi dall'applicazione del diritto europeo sia in ragione delle notevoli differenze esistenti tra i sistemi di *welfare* degli Stati membri, sia perché trattandosi di attività svolte dai soggetti pubblici o da privati *non profit*, di regola finanziate con la fiscalità generale, erano considerate prive di rilevanza economica in quanto non inidonee a produrre effetti sul mercato unico¹².

Questa visione è stata messa in discussione dalla Commissione europea a partire dal 2006 mediante l'elaborazione di una nuova nozione di «attività di ser-

10 In particolare le organizzazioni di volontariato le associazioni di promozione sociale che potevano essere destinatarie di affidamenti diretti di servizi attraverso convenzioni, rispettivamente ex art. 7 l. 11 agosto 1991, n. 266 e art. 3 D.P.C.M. 30 marzo 2001, e ex art. 30 l. 328/2000.

11 Il modello prevede vari elementi rispondenti ad una finalità pro-concorrenziale. *In primis*, la previsione di una concorrenza regolata tra strutture (pubbliche e private) solo in parte temperata dal sistema dell'accreditamento. In secondo luogo, la limitazione del ricorso alla trattativa privata in favore di forme concorsuali (ristrette e negoziate) – seppur riservate agli organismi *non profit* e basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. art. 5 l. 328/2000 e art. 5 e 6 D.P.C.M. 30 marzo 2001). Infine, l'introduzione dei titoli per l'acquisto dei servizi sociali (c.d. *voucher*) che, seppur diretta a garantire la libertà di scelta dell'utente, realizza una forma di esternalizzazione dei servizi incentivando l'acquisto degli stessi da soggetti privati accreditati.

12 Comunicazione (UE), Bruxelles, 19/01/2001, Comunicazione della Commissione. *I servizi di interesse generale in Europa*. La medesima posizione era stata confermata in due documenti successivi nei quali, nonostante fosse richiamati i servizi sociali, non se ne chiariva la posizione nell'ambito del mercato. Cfr. la Comunicazione (UE), Bruxelles, 21/05/2003, Comunicazione della Commissione. *Libro Verde sui servizi di interesse generale*. Comunicazione (UE), Bruxelles, 12/05/2004, Comunicazione della Commissione. *Libro Bianco sui servizi di interesse generale*.

vizio di tipo economico»¹³ che ha posto le pubbliche amministrazioni di fronte alla necessità di valutare le caratteristiche dell'attività da affidare in relazione al contesto in cui veniva svolta. Se si trattava di beni e servizi scambiabili in un mercato, anche solo potenziale, la finalità sociale e solidaristica perseguita dagli enti affidatari non era più idonea ad escluderne il carattere economico, perciò l'amministrazione avrebbe dovuto procedere ad affidare il servizio in applicazione delle norme europee in materia di concorrenza, mediante lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica¹⁴.

Nello stesso periodo la giurisprudenza europea metteva in evidenza che la prassi della remunerazione forfettaria degli enti *non profit* affidatari dei servizi (diffusa in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia) poteva celare forme surrettizie di corrispettivo. Di conseguenza affermava che i rimborsi non verificabili documentalmente potevano caratterizzare in termini di onerosità i relativi rapporti, con l'effetto di equiparare le convenzioni stipulate a dei contratti di appalto¹⁵. Senza poter entrare nel merito delle singole pronunce¹⁶, è possibile osservare

13 Comunicazione (UE), Bruxelles, 24/04/2006, Comunicazione della Commissione. *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea* secondo la quale va «considerata un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un'impresa, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di funzionamento»

14 Su questa evoluzione si veda, tra gli altri, A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 1, 2009, p. 1 ss; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1, 2009, pp. 179-212; M. D'ANGELOSANTE, *Servizi sanitari, libertà di iniziativa economica e mercato*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, M. DUGATO, G. RACCA (a cura di) *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario: un primo bilancio*, Milano, 2008, pp. 390-432; G. F. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2007, p. 627 ss. Più di recente v. A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2015, p. 89 ss; E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2017, p. 1115 ss.

15 Le pronunce più rilevanti che hanno inaugurato questo nuovo orientamento sono: Corte giust. CE, 25 ottobre 2001, C-475/99 *Ambulanz Glöckner*; Corte giust. CE 29 novembre 2007, C-119/06 *Commissione/Italia-Regione Toscana*; Corte giust. CE 18 dicembre 2007, C-532/03 *Commissione/Irlanda*; Corte giust. CE 29 aprile 2010, C-160/08, *Commissione/Repubblica Federale di Germania*; Corte giust. CE 10 marzo 2011, C-274/09 *Privater Rettungsdienst*.

16 Per cui, tra i molti, si rinvia a A. ALBANESE, *L'affidamento di servizi sociosanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1453 ss; R. CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. app.*, 3, 2008, p. 300 ss.; F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federali-*

che, sebbene a partire dalle sentenze Spezzino e CASTA¹⁷, la Corte di giustizia abbia ridimensionato la portata dell'applicazione del principio concorrenziale, tale approccio ha condizionato fortemente l'interpretazione fornita dai giudici nazionali, con significative implicazioni.

In una prima fase (prima cioè dell'approvazione delle direttive del 2014 che hanno previsto discipline *ad hoc* per i servizi sociali), tale approccio ha comportato l'applicazione di regole che non tenevano conto né delle caratteristiche delle attività affidate¹⁸ né delle specificità degli operatori privati operanti nel settore, in larga parte organizzazioni di piccole dimensioni che facevano prevalente ricorso all'attività di personale volontario. Ciò dunque ha determinato una concorrenza "impropria" perché imposta tra soggetti non omogenei¹⁹.

In un secondo momento, l'attenzione posta sul profilo dei rimborsi/corrispettivi (e dunque dell'eventuale onerosità del rapporto) se ha avuto il merito di imporre trasparenza sui metodi di remunerazione, a beneficio di esigenze di

smi.it, 2016; M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, p. 465 ss.

17 Corte giust. UE, 11 dicembre 2014, C-113/13 ASL n. 5 (Spezzino); Corte. giust. Ue, 28 gennaio 2016, C 50/14 *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio* (CASTA). La CGUE ha sostenuto che la scelta di uno Stato membro di organizzare i servizi sociali su basi solidaristiche possa legittimamente portare a «derogare» all'applicazione del principio di concorrenza e a valorizzare il ruolo dei soggetti *non profit*, ad una duplice condizione: a) che la loro attività «contribuisca effettivamente alle finalità sociali e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio» e quindi sia funzionale al raggiungimento degli obiettivi di universalità e di adeguatezza dei servizi stessi; b) che soggetti *non profit* non traggano alcun utile dalle prestazioni fornite per la p.a. «a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri». Su tali pronunce v. C. COLELLI, *Corte di Giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. app.*, 2015, p. 377; A. ALBANESE, *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, in *Foro it.*, IV, 2015, p. 151; P. DE ANGELIS, *L'affidamento senza gara del servizio di trasporto sanitario*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, p. 249 ss.

18 Caratterizzate dalla natura personale e relazionale della prestazione che li rende servizi ad alta intensità di manodopera, rispetto ai quali, ad esempio, il criterio di aggiudicazione basato sul prezzo più basso risulta inadeguato e, non a caso, è stato escluso per tali attività dalle direttive del 2014. Si veda, sul punto, P. MICHARA, *Contrattazione e servizi relazionali ai sensi delle direttive comunitarie 2104/23/UE e 2014/24/UE. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 461 ss.

19 Cfr. P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato; la concorrenza fra soggetti 'disomogenei'*, in *Urb. e app.*, 3, 2011, pp. 335-345.

correttezza ed efficienza nell'uso delle risorse²⁰, nondimeno ha consentito la penetrazione di logiche economico-utilitaristiche in modelli organizzativi prima orientati a finalità altruistiche e non lucrative.

Infine, la lettura della giurisprudenza europea da parte della dottrina e della giurisprudenza domestica, ha prospettato una concezione conflittuale dei diversi modelli di gestione utilizzabili dalle P.A, ricondotti ai valori della solidarietà e a quelli della concorrenza, concepiti come coppia di opposti²¹.

In questo modo si è avallata una concezione riduttiva dei modelli ispirati a fini solidaristici - concepiti come deroga o «eccezione, di stretta interpretazione, ai principi di libera concorrenza»²²- e si è ritardata la corretta applicazione di nuovi istituti²³ che erano stati elaborati dal legislatore proprio per consentire alle amministrazioni di valorizzare le istanze solidaristiche.

2.3. Le norme del Codice del Terzo Settore e il travagliato rapporto con il Codice dei Contratti Pubblici del 2016

Con il Codice dei Contratti Pubblici del 2016 (che recepiva le direttive europee del 2014) e con il Codice del Terzo Settore (d.lgs. 117 del 2017), il legislatore aveva infatti delineato specifici strumenti per l'affidamento dei servizi sociali, che avrebbero consentito di trovare (fin da allora) un equilibrio tra le diverse esigenze.

La direttiva europea n. 24/2014 non solo escludeva dal proprio ambito di applicazione alcune categorie di servizi laddove erogati da soggetti senza scopo di lucro, proprio con l'intento di salvaguardarne la funzione e le peculiari carat-

20 Sul condizionamento che hanno avuto sull'evoluzione normativa nazionale anche le degenerazioni provocate, in certi contesti, dalle prassi dell'affidamento delle convenzioni ad enti *non profit* basato su logiche fiduciarie che avevano determinato il consolidamento di posizioni dominanti e il terreno fertile per fenomeni di corruzione e illegalità cfr. V. TONDI DELLA MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019, p. 3.

21 Cfr. S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1, 2004, p. 75 ss. Per l'opinione che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia stata talvolta mal interpretata v. anche D. CALDIROLA, *Il Terzo Settore nello Stato sociale in trasformazione*, Napoli, 2021, p. 160 ss.

22 Cfr. S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, cit., p. 85.

23 Il riferimento è al parere del Consiglio di Stato del 2018 relativo alle norme del titolo VII del Codice del Terzo Settore su cui torneremo diffusamente nel prossimo paragrafo.

teristiche (cfr. il Considerando n. 28 e art. 10 lett. h dir. 2014/24/UE), ma aveva anche riconosciuto agli Stati la libertà di organizzare tali servizi «attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici» (considerando n. 114). Inoltre, per gli appalti di servizi sociali erano stati previsti dei «regimi particolari» (c.d. alleggeriti) che tenevano conto delle specificità delle attività affidate e dei soggetti affidatari²⁴.

D'altra parte, con la riforma del Terzo Settore il legislatore, proprio utilizzando il margine di apprezzamento lasciato dalla direttiva del 2014, aveva sostanzialmente recepito i criteri elaborati dalla Corte di Giustizia, che consentono di sottrarre all'applicazione della disciplina sugli appalti le convenzioni stipulate con operatori non profit²⁵. Le norme del Titolo VII del CTS definiscono, infatti, un regime di gestione delle attività di interesse generale, in collaborazione tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore²⁶, prescrivendo il rispetto del «paradigma dell'evidenza pubblica» (i.e. i principi di imparzialità,

24 Cfr. la disciplina prevista dagli artt. 74-77 direttiva 24/2014/UE, recepito dal legislatore nazionale nell'art. 140-143 del d.lgs. n. 50/2016, su cui, tra gli altri, v. P. MICHARA, *Le attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i regimi particolari nel d.lgs. 50/2016*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, p. 221 ss; D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2016, p. 733 ss.

25 Sul punto v. A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice dei contratti pubblici e nel codice del terzo settore: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 1, 2019, p. 139 ss; ID. *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022, p. 643 che mette in rilievo come la puntuale disciplina dei rimborsi che possono essere corrisposti alle Organizzazioni di volontariato (ODV) e alle Associazioni di promozione sociale (APS), dettata dall'art. 56 CTS, ricalca le condizioni stabilite dal giudice europeo per escludere il carattere oneroso del rapporto; in termini analoghi la disciplina dell'art. 57 CTS, sull'affidamento diretto alle ODV del trasporto sanitario di emergenza, si collega alle due pronunce citate nella parte in cui prevede che l'affidamento diretto si giustifica purché le ODV assicurino «un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza».

26 Gli ETS, sono identificati dal d.lgs. n. 117/2017 come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a «perseguire il bene comune» (art. 1), a svolgere «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97). Su tema v., tra gli altri, L. COMPORITI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo Settore*, Bologna, 2022; A. FUSARO, *Gli enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, Milano, 2022.

trasparenza e pubblicità, parità di trattamento, efficacia²⁷) – per così dire – “depurato” dei profili economico-utilitaristici²⁸.

Tuttavia, in un primo momento, la corretta applicazione di tali disposizioni è stata ostacolata dalla giurisprudenza amministrativa²⁹ che ha ritenuto doverosa un'interpretazione in chiave pro-concorrenziale³⁰ anche delle norme del Codice del Terzo Settore, fino al punto di suggerirne la disapplicazione «ove queste non po[tessero] in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto unionale»³¹.

Come noto, questa prospettiva – fortemente criticata in dottrina³² – è stata superata solo a seguito della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale³³ che ha valorizzato l'apertura dell'ordinamento europeo rispetto al principio di solidarietà e, accogliendo alcune ricostruzioni dottrinali, ha ricondotto gli istituti regolati da Codice del Terzo Settore al modello dell'amministrazione condivisa.

27 Cfr. l'art. 56, comma 3, d.lgs. 117/2017.

28 Cfr. l'art. 56, commi 2 e 4, d.lgs. n. 117/2017 che pongono le condizioni affinché le modalità di rimborso delle spese sostenute dalle ODV e APS siano tali da escludere la generazione e la corresponsione di corrispettivi e, dunque, l'esistenza di profili di onerosità del rapporto.

29 Cfr. il parere del Consiglio di Stato, Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 2052. Negli stessi termini Tar Toscana, 1 giugno 2020, n. 666 su cui v. S. FRANCA, *Le convenzioni con il Terzo settore tra gratuità del rapporto e regime dei rimborsi*, in *Impresa sociale*, 4, 2020, p. 94 ss; Tar Toscana, sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260; Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208.

30 A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, cit., p. 648.

31 Cfr. Consiglio di Stato, Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 2052: «La disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del Terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni».

32 Cfr. G. ARENA ET AL., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in <http://www.nonprofitonline.it/detail.asp?c=1&p=0&id=4561>.

33 Corte costituzionale n. 131 del 2020 su cui, per i profili rilevanti in questa sede v. G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3, 2020, p. 1449; A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, *Quaderni di Terzius*, Napoli, 2020; S. PELLIZZARI – C. BORZAGA (a cura di), *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, Euricse, 2020; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021; L. GORI, *Gli effetti giuridici a «lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Impresa sociale*, 3, 2020.

In tal senso si è affermato che nei rapporti tra la pubblica amministrazione e gli enti del terzo settore, lo Stato può «*apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di solidarietà sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali*»³⁴.

La Corte, dunque, ha delineato la netta distinzione tra le norme del Codice dei contratti pubblici, ispirate a logiche di mercato e le norme del Codice del Terzo settore, che danno attuazione ai principi di solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale, ponendo le basi per una 'pacifica' convivenza dei due regimi.

2.4. Gli interventi normativi diretti al coordinamento tra il Codice dei Contratti Pubblici e Codice del Terzo Settore e le conferme della CGUE

L'orientamento della giurisprudenza costituzionale è stato confermato prima dal legislatore, che ha introdotto alcune norme di coordinamento tra i due Codici³⁵, successivamente dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali che ha elaborato specifiche Linee Guida³⁶ per agevolare l'applicazione degli istituti della co-progettazione, co-programmazione e delle convenzioni, affermandone la alternatività rispetto alle procedure contrattuali comparative³⁷.

Nello stesso senso si sono pronunciati l'Autorità Nazionale Anticorruzione, nelle Linee Guida n. 17/2022³⁸ e il Consiglio di Stato che (con il parere n. 802/2022) ha dato atto dell'evoluzione del quadro normativo, riconoscendo espressamente che alcuni sistemi di gestione e di affidamento dei servizi sociali

³⁴ Corte cost. sent. n. 131 del 2020.

³⁵ Con il d.l. n. 76/2020 c.d. "decreto semplificazioni", convertito in l. 11 settembre, n. 120/2020, il legislatore aveva modificato gli artt. 30, 59 e 140 del d. lgs. n. 50/2016, stabilendo che agli strumenti collaborativi previsti per regolare i rapporti tra gli Enti del Terzo Settore e le amministrazioni pubbliche si applicava la legge n. 241/1990.

³⁶ D.M. n. 72 del 3 marzo 2021, recante *Linee Guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d. lgs. n. 117/2017*.

³⁷ Nel D.M. 72/2021 si precisa, infatti, che è rimessa alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni la scelta di ricorrere alle regole del codice dei contratti pubblici ovvero a quelle del CTS, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e tutela della concorrenza.

³⁸ Linee guida ANAC n. 17/2022 recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*», approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 382 del 27 luglio 2022 disponibili in <http://anticorruzione.it>

sono esclusi dall'applicazione delle regole della concorrenza e del mercato³⁹. Infine merita ricordare che la Corte di Giustizia è recentemente intervenuta confermando questa linea evolutiva. Più in particolare, in un caso relativo al nostro ordinamento ha affermato la compatibilità con il diritto europeo dell'art. 57 d.lgs. n. 117/2017⁴⁰, che consente l'affidamento diretto alle sole organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Inoltre, in un caso relativo all'ordinamento spagnolo, ha avallato un'interpretazione estensiva dei margini di discrezionalità che le direttive del 2014 lasciano agli Stati membri nella selezione degli operatori *non profit* a cui riservare la partecipazione alle procedure "alleggerite" per l'affidamento dei servizi sociali (ex artt. 74-77 dir. 24/2014/UE)⁴¹.

Per quanto interessa in questa sede, da questa evoluzione si ricava che il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo settore rappresentano due corpi normativi equi-ordinati che, complessivamente considerati, offrono alle

39 Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, 12 aprile 2022, n. 802 reso sullo schema delle Linee Guida di ANAC n. 17/2022 (in <https://welforum.it/wp-content/uploads/2022/06/PARERE-802-CONSIGLIO-DI-STATO.pdf>): «La Sezione osserva che sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociale che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell'ambito di disciplina».

40 Cfr. Corte giust. UE, 7 luglio 2022, C-213/21 e C-214/21, *Emergenza Italy cooperativa sociale*, ove l'art. 57 CTS è considerato compatibile con l'art. 10 lett. h) della direttiva 24/2014), nella parte in cui riserva alle sole Organizzazioni di volontariato l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza, escludendo che vi possano rientrare altre organizzazioni non lucrative, quali le cooperative sociali che prevedono nei loro statuti la possibilità di distribuire utili ai loro membri (anche se nella forma di ristorni ai soci). Su tale pronuncia, in senso critico, v. E. ZAMPETTI, *Servizio di trasporto sanitario di emergenza e cooperative sociali. Osservazioni a margine di CGUE, 7 luglio 2022, C213/21 e C-214/21*, in *Riv. it. dir. pubbl., com.*, 4, 2022, p. 522 ss.

41 Corte di giustizia, 14 luglio 2022, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio* (ASADE), C-436/20), con cui la CGUE ha affermato che il regime alleggerito per gli appalti dei servizi sociali (previsto dagli artt. 74-77 della direttiva n. 24/2014) consente agli Stati di concludere accordi di collaborazione per la fornitura di servizi di assistenza alla persona, a fronte del rimborso dei costi effettivamente sostenuti, anche con enti *non profit* che non posseggono tutti i requisiti previsti dall'art. 77, a condizione che il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività di tali enti contribuisca in modo effettivo al fine sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio, e nel rispetto del principio di trasparenza. In dottrina v. S. PELLIZZARI, *Forme di collaborazione tra enti pubblici e Terzo settore: la Corte di giustizia valorizza la discrezionalità degli Stati membri per un miglior bilanciamento tra solidarietà, efficienza e concorrenza*, in *Ist. del federalismo*, 4, 2022, p. 1021 ss.

P.A. una pluralità di strumenti alternativi per la gestione delle attività e dei servizi di cui sono responsabili.

3. L'amministrazione condivisa secondo l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici

L'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici conferma gli approdi appena ricordati.

In particolare, si rimarca che gli istituti disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017 non rientrano nel campo di applicazione del CCP e si attesta la piena equi-ordinazione dei modelli di amministrazione condivisa, richiamando le matrici teoriche e definendone – non senza qualche ambiguità – l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, gli elementi caratterizzanti e le condizioni di ammissibilità.

3.1. Le matrici teoriche: solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale nell'accezione «positiva» e «cooperativa»

In primo luogo va segnalato che l'art. 6, in accoglimento di alcune osservazioni critiche avanzate sulla versione contenuta nello schema preliminare⁴², codifica per la prima volta (a livello di legislazione statale) l'espressione «amministrazione condivisa» elaborata dalla dottrina⁴³ e richiamata anche nella sentenza n. 131 del 2020. In questo modo si evoca, chiaramente, l'accezione *positiva e cooperativa* del principio di sussidiarietà orizzontale che si differenzia dalle altre

42 Il cui testo era il seguente: «In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Gli affidamenti di tali attività agli enti non lucrativi avvengono nel rispetto delle disposizioni previste dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e non rientrano nel campo di applicazione del codice».

43 Elaborata da Gregorio Arena a partire dall'impostazione di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Cfr., almeno, G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit.; *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 178 ss; *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006; *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia tra cittadini e Istituzioni*, Milano, 2020; e da ultimo G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022.

due declinazioni teoriche proposte in dottrina, di recente definite «economica» e «sociale»⁴⁴.

Sintetizzando molto gli esiti di un'ampia elaborazione dogmatica, che non è possibile approfondire in questa sede, è opportuno richiamare gli elementi essenziali per mettere a fuoco i tratti caratterizzanti della nozione codificata dalla norma, utili ad orientarne l'interpretazione.

Come noto, in via generale, la dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà è considerata equivalente a quella verticale nella misura in cui pone un criterio procedurale per identificare chi sia il soggetto più idoneo a svolgere una determinata attività⁴⁵, secondo uno schema ascendente orientato dal valore della prossimità all'individuo.

Tuttavia, mentre la dimensione verticale serve a ripartire le competenze tra soggetti omogenei (le istituzioni politiche territoriali) quella orizzontale è chiamata a ordinare i rapporti fra entità disomogenee: gli individui, i corpi intermedi, lo Stato.

Fermi restando questi elementi su cui vi è consenso generale, il principio è stato sviluppato nella riflessione teorica e nelle applicazioni positive secondo tendenze differenti.

Nella prima accezione (c.d. «economica»), ispirata dal pensiero liberale, il principio ha come tratto prevalente «una valenza negativa» e «astensionista» che giustifica il «non intervento del potere pubblico se non quando ricorra il presupposto della insufficienza delle capacità o delle possibilità individuali, ovvero quando vi sia una minaccia alle libertà degli individui»⁴⁶. Si tratta della prospet-

44 Per questa efficace classificazione delle diverse accezioni del principio di sussidiarietà v. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 3 ss e già ID., *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2, 2018, p. 21 ss. Sulle matrici filosofiche e giuridiche della sussidiarietà orizzontale v. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., p. 51 ss.

45 V. G.U. RESCIGNO, *Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2002, p. 5 ss; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, Rom, Treccani, 2004.

46 Sulla visione liberale del principio di sussidiarietà v. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 3 ss che critica questa visione richiamando gli scritti di M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2014, p. 517; A. D'ATENA, *La declinazione*

tiva che ha ispirato la regolazione dei servizi di interesse economico generale⁴⁷ secondo processi di progressiva liberalizzazione dei mercati ed esternalizzazione delle attività di servizio pubblico.

La seconda accezione (c.d. «sociale»⁴⁸), pur condividendo l'impostazione di fondo (i.e. la non ingerenza statale in attività che possono essere svolte autonomamente dai privati) è influenzata dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica e dal valore da essa attribuita al pluralismo sociale e al principio di solidarietà. Tali elementi conducono a completare il principio di una *valenza positiva* (l'unica che emerge dal diritto positivo⁴⁹) che enfatizza l'utilità di un intervento statale finalizzato a sostenere e promuovere l'attività degli individui⁵⁰.

Nella dottrina giuridica italiana questa visione si è legata alla nozione di «amministrazione obiettivata»⁵¹ che riduce fortemente la distinzione tra pubbli-

verticale e quella orizzontale del principio di sussidiarietà, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. I, Napoli, 2012 p. 608-610; G.U. RESCIGNO, *Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 5 ss.

47 Su cui, nell'ambito di una letteratura molto vasta, si veda almeno D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371; ID., *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi «a rete»*, Milano, 2007; E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; V. altresì i contributi raccolti nella parte II e nella parte IV del volume M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016.

48 Riconducibile a G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati tra procedimento, accordo e auto-amministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, 1308-1309; ID., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, p. 1752; ID., *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, p. 85 ss.

49 Come osserva A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., pp. 75-78 dall'art. 118, comma 4, Costituzione e dalle normative (anche precedenti) che hanno dato attuazione al principio di sussidiarietà emerge soltanto la valenza positiva del principio, mentre – come osserva anche F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit. – l'accezione negativa è frutto di interpretazioni dottrinali influenzate dalle linee di politica del diritto dominanti tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000.

50 A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., pp. 62-65.

51 V. F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'Amministrazione*, 1978, ora in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, 3467 e ss; e la recente riflessione di L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 235; B. GILBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università*, in *Persona e Amministrazione*, 1, 2019, p. 72 ss (specie pp. 72-82).

co e privato nella legittimazione a svolgere l'attività di interesse generale⁵². Secondo questa impostazione «la qualità pubblica della funzione amministrativa non deriva dall'essere intestata ad un soggetto pubblico, bensì dal fatto di costituire adempimento di compiti che sono pubblici in quanto individuati dall'ordinamento nell'interesse della collettività»⁵³.

Così obiettivata, dunque, la funzione amministrativa si 'sgancia' dal suo rapporto esclusivo con l'organizzazione pubblica e si 'apre' all'apporto delle autonomie sociali, direttamente legittimate (dall'art. 2 della Costituzione) a concorrere con pubblici poteri nell'assolvimento della attività di interesse generale, in modo autonomo (cioè non in veste di *munus*) e tendenzialmente paritario.

In questa prospettiva la potenziale problematicità della sovrapposizione tra ciò che è pubblico (in virtù di decisioni delle istituzioni a ciò legittimate dall'ordinamento democratico) e ciò che è di interesse generale⁵⁴, è risolta mediante l'integrazione funzionale dei soggetti privati nelle forme di azione dei pubblici poteri⁵⁵. Non a caso è la visione che sottende il sistema (c.d. integrato) di erogazione dei servizi sanitari e sociali, realizzati rispettivamente con le riforme degli anni '90 e con la l. n. 328 del 2000.

La stessa concezione paritaria del rapporto fra individuo e pubblici poteri e del principio di solidarietà sono alla base della terza declinazione della sussidi-

52 Secondo la concezione di «amministrazione come funzione dell'organizzazione sociale» cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., pp. 1751-1762.

53 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 1754.

54 Come evidenziato in dottrina, l'aspetto più problematico della sussidiarietà orizzontale è che opera tra entità non omogenee: da un lato «attività pubbliche» che costituiscono compiti diretti a soddisfare interessi pubblici in virtù di decisioni delle istituzioni a ciò legittimate dall'ordinamento democratico, dall'altro le attività di interesse generale dei cittadini e delle loro associazioni, che pur orientate a fini altruistici (e perciò idonee a tutelare interessi generali) rimangono pur sempre espressione di autonomia privata. In questa prospettiva si veda C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 5 ss e, più di recente, F. TRIMARCHI BANFI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2, 2018, p. 212 -213, p. 215-216. Per una approfondita analisi della nozione di interesse generale e dei tratti che la differenziano da quella di interesse pubblico si veda D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, 2013, p. 219 ss.

55 Attraverso istituti quali la partecipazione dei soggetti privati alla attività di programmazione e il concorso nel sistema di gestione dei servizi che sono stati previsti dalla l. n. 328/2000. Sul punto vedi A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 166 ss e, più di recente, E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, p.p. 15-80.

diarietà orizzontale (definita «cooperativa»), a cui si deve l'elaborazione del concetto di «amministrazione condivisa»⁵⁶. Questa impostazione valorizza ulteriormente la portata *positiva* della sussidiarietà quale criterio che implica il dovere delle amministrazioni di favorire l'iniziativa spontanea e disinteressata degli individui, concepiti come «cittadini attivi» disposti ad impegnarsi nello svolgimento di attività che non soddisfano esclusivamente i propri interessi, ma anche quelli di altri individui o di una data collettività e, in questo senso, si considerano mossi da istanze solidaristiche⁵⁷.

In tale prospettiva, ove le attività pubbliche e le attività di interesse generale si sovrappongono, si aprono spazi per rapporti di collaborazione fra poteri pubblici e soggetti privati (singoli o associati), che hanno caratteristiche inedite: non si risolvono nella delega (*i.e.* nell'esternalizzazione) né implicano una preferenza per l'attività dei privati⁵⁸, ma richiedono «un diverso modo di amministrare», ovvero un cambiamento delle forme e degli strumenti dell'intervento e della responsabilità pubblica.

In questo modello, infatti, la P.A. non si limita ad affidare a terzi lo svolgimento di determinate attività (controllandone *ex post* l'operato), ma collabora in tutte le fasi di ideazione e realizzazione degli interventi di cui è co-responsabile.

D'altra parte, rimane fermo che i privati (cittadini attivi e organizzazioni del pluralismo sociale) se sono pienamente liberi di svolgere attività di interesse generale in forme autonome⁵⁹, quando si tratta di soddisfare interessi che siano anche pubblici (nel senso sopra richiamato) devono inserirsi in sedi istituzionali deputate a verificarne la idoneità e l'adeguatezza⁶⁰.

⁵⁶ Cfr. bibliografia citata *supra* nota n. 43.

⁵⁷ Sul punto, per tutti, v. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit. e, da ultimo, G. ARENA, *Cittadini si diventa. Come produrre senso civico e nuovo capitale sociale*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 61 ss.

⁵⁸ Che ad esempio caratterizza il sistema dei *voucher* per l'acquisto delle prestazioni dai privati accreditati previsto dalla l. 328 del 2000.

⁵⁹ In base agli artt. 38, comma 4, e 41, comma 1, della Costituzione.

⁶⁰ Tali sedi istituzionali sono gli strumenti che danno attuazione al modello: dai patti di collaborazione, alla co-programmazione e co-progettazione, ai sistemi di accreditamento etc.. Per un'analisi generale v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G.

Ebbene, codificando il concetto di «amministrazione condivisa», la norma in esame sembra evocare quest'ultima declinazione della sussidiarietà orizzontale, richiamando implicitamente anche le prassi applicative che ne hanno costituito la sede di emersione e, in particolare, oltre agli istituti disciplinati dal titolo VII del CTS, l'esperienza dei patti di collaborazione per la gestione dei beni comuni⁶¹.

Tuttavia, come vedremo subito, non tutte le clausole utilizzate nel testo delle norme sembrano pienamente coerenti con questa impostazione.

4. Un'occasione mancata: la prudente delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo

Un primo elemento critico in tal senso riguarda l'ambito soggettivo di applicazione.

La norma si riferisce ai rapporti instaurabili tra la pubblica amministrazione e gli Enti del Terzo settore (d'ora in poi anche ETS) disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017, lasciando dunque fuori tanto gli operatori *profit* quanto eventuali organizzazioni non lucrative che non abbiano i requisiti per essere qualificati come ETS ai sensi del medesimo decreto. Si tratta di una delimitazione disallineata rispetto ad altre discipline positive⁶², ad esempio rispetto all'art. 3, comma

ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 65 ss.

61 Su cui, tra i molti, v. G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'età della condivisione La collaborazione tra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, 2015; G. ARENA, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia tra cittadini e Istituzioni*, Milano, 2020, R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Torino, 2020; P. CHIRULLI, *Sussidiarietà e collaborazione «amministrata» nei beni comuni urbani*, in P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), *La co-città*, Napoli, 2018, p. 55 ss. M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, p. 559 ss.; R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Ist. federalismo.*, 2017, pp. 640-641; ; F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi giuridici. Contributi al diritto delle città*, Bologna, 2017; G. GARDINI, *Alla ricerca della città "giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 24, 2020, spec. 74-78; F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comunali urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n. 2, 2016, p. 271 ss; G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torino, 2022, pp. 252-265; S. PROFETI, G. PAVANI, C. TUBERTINI, *Le città collaborative ed eco-sostenibili. Strumenti per un percorso multidisciplinare*, Bologna, 2023.

62 L'amministrazione condivisa è riconosciuta a livello positivo da diversi ordini disciplinari. Il primo è quello rappresentato dall'art. 3, comma 5, del Testo unico degli Enti Locali; il secondo è quello rappresentato dai regolamenti comunali per la disciplina della collaborazione fra amministrazione locale e cittadini per la cura e la gestione dei beni comuni urbani (elaborati sul

5, del Testo Unico degli Enti Locali⁶³ e ai regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani⁶⁴ che, facendo riferimento “ai cittadini e alle loro formazioni sociali”, ‘aprono’ anche a ulteriori figure organizzative non lucrative; ovvero, all’opposto, si differenziano alcune legislazioni regionali che includono gli operatori *profit* nelle procedure di co-programmazione e co-progettazione⁶⁵.

La scelta, analoga a quella compiuta nel recente decreto in materia di servizi locali di rilevanza economica⁶⁶, è stata probabilmente dovuta alla difficoltà di definire le entità che ‘stanno fuori’ dal CTS; ma non è pienamente condivisibile, perché lascia fuori tanti soggetti giuridici che non posseggono i requisiti per essere qualificati tali e legittima un canale di rapporti privilegiato con alcuni soltanto degli esponenti della società civile.

modello del regolamento approvato a Bologna nel 2014); il terzo ordine disciplinare è il Codice del terzo settore e il quarto è rintracciabile in alcune leggi regionali, in particolare di Lazio (l. 10 del 2019) e Toscana (l. 65 del 2020), per un’analisi puntuale v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell’amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L’amministrazione condivisa*, 2022, p. 74 ss. Inoltre, va ricordato il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14 *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città* che ha previsto una pluralità di strumenti pattizi per l’attuazione della sicurezza urbana nei quali possono essere coinvolti anche soggetti privati (cfr. art. 5, comma 2, lett. a) e art. 7, comma 1). Al riguardo v. R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, p.p. 212-217.

63 Cfr. art. 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267: «I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. 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».

64 Sul punto, tra i molti, v. A. NERVI, *La gestione dei beni comuni urbani. Modelli normativi*, in R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, Soveria Mannelli, 2020, p. 48; P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L’esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2016, p. 3.

65 In questi termini v. art. 11 e 13 L. reg. Toscana n. 65/2020 che prevede la possibilità che ai procedimenti di co-programmazione e di co-progettazione possano partecipare anche soggetti che operano per finalità lucrative. Sulla legge Toscana v. F. SANCHINI, *Il ruolo della legge regionale nella definizione dei rapporti p.a. – enti del Terzo settore. La “primogenitura” della Regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>). Più in generale v. L. GORI, *La legislazione regionale del Terzo settore. Una panoramica*, in *Impresa sociale*, 3, 2023 (<https://www.rivistaimpresasociale.it/rivista/numero/rivista-num-3-2023>).

66 Cfr. Part. 18 del D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica* sui rapporti di partenariato collaborativo con gli enti del terzo settore. Sulla recente riforma v. A. MOLITERNI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amm.*, 4, 2023, p. 478 ss.

È vero, infatti, che si tratta di enti mossi da istanze solidaristiche, disposti a mettere a disposizione le proprie risorse per lo svolgimento di attività di interesse generale «secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico» (Corte cost. 131 del 2020). Tuttavia sono pur sempre soggetti privati, per definizione non in grado di rappresentare l'intera società civile, e che perseguono un interesse sì generale, ma pur sempre *general-privato*⁶⁷, che dunque seppur convergente (nelle finalità e nei modi) rimane *distinto* dall'interesse pubblico che l'amministrazione è tenuta a definire e tutelare in concreto. Del resto, la «comunanza di interessi da perseguire» fra tali soggetti e gli enti pubblici non è un aspetto che può essere predicato in via generale e astratta per tutti gli ETS (come al pari negato per tutti gli enti *profit*), ma andrà verificato rispetto al singolo progetto o intervento da realizzare⁶⁸.

Pertanto, se le ragioni dell'esclusione dei soggetti *profit* sono comprensibili alla luce dei caratteri di questi istituti (v. *infra* § 4), non altrettanto si può dire per gli enti esponenziali del c.d. privato-comunità.

Pertanto, dato che la prima parte dell'articolo in esame è riferibile anche a istituti ulteriori a quelli previsti dagli artt. 55-57 del CTS⁶⁹ (che la norma richiama soltanto nella seconda parte), mi pare si sia persa l'occasione per legitti-

67 Cfr. C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, cit., p. 5 ss.

68 Non è infatti pienamente condivisibile il passaggio in cui la Corte costituzionale, nella sentenza n. 131 del 2020 giustifica la riserva agli enti del Terzo settore degli istituti collaborativi previsti dal titolo VII del CTS affermando che «(...) la originale e innovativa (nella sua attuale ampiezza) forma di collaborazione che si instaura mediante gli strumenti delineati dall'art. 55 CTS richiede, negli enti privati che possono prendervi parte, la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva "terzietà" (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano». (punto 2.2. del *Considerato in diritto*). È vero, infatti, che la natura di ETS può senz'altro essere garanzia delle loro estraneità da logiche di profitto, ma non si può escludere in astratto che non vi siano operatori *profit* disposti a partecipare a determinati partenariati per spirito di liberalità o a titolo gratuito; inoltre non pare potersi sostenere che la natura di ETS valga di per sé a far presumere la comunanza di interessi con l'amministrazione, la quale invece dovrà essere valutata, caso per caso, in relazione al tipo di intervento da realizzare.

69 Per i quali la Corte costituzionale, al momento, ha avallato una riserva a favore del ETS, in particolare, sulla base delle considerazioni riportate nella nota precedente, ha affermato che: «agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS: esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica» (punto 2.2. del *Considerato in diritto*).

mare rapporti che sono previsti da fonti secondarie e che già da tempo si svolgono nella prassi⁷⁰, mancando così di offrire una norma generale che sarebbe stata utile per le amministrazioni interessate a sperimentare questo tipo di rapporti, ma frenate proprio dall'assenza di una base normativa di livello primario.

E le conseguenze sotto tutt'altro che irrilevanti. La prassi applicativa (relativa ai patti di collaborazione ma non solo) dimostra, infatti, che le amministrazioni hanno scarsa consapevolezza della funzione di fondamento e di indirizzo che i principi costituzionali in sé svolgono rispetto all'attività amministrativa non autoritativa e, spesso, sono scettiche se non del tutto 'chiuse' rispetto alla possibilità di esercitarla in forme atipiche. Anche per questo motivo sarebbe stato opportuno dare all'art. 6 una portata soggettiva più ampia.

5. L'impropria definizione dell'ambito di applicazione oggettivo

Ancora più problematica è la definizione dell'ambito di applicazione oggettivo che la norma delimita «in relazione ad attività a spiccata valenza sociale».

Si tratta di un'espressione incongruente rispetto a quella di «attività di interesse generale» prevista dall'art. 118, comma 4 Cost., che riconosce il principio di sussidiarietà orizzontale, nonché dall'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017 che definisce l'ambito di azione degli Enti del Terzo settore.

L'espressione potrebbe essere intesa come diretta a restringere l'operatività del modello, stabilendo che le P.A. possono far ricorso a strumenti di amministrazione condivisa (ulteriori a quelli disciplinati dal titolo VII del CTS) solo per quelle attività che abbiamo una "spiccata valenza sociale"⁷¹. Tuttavia

⁷⁰ Penso in particolare, all'esperienza della co-gestione dei beni comuni urbani, ma anche alle c.d. cooperative di comunità previste da alcune normative regionali e pienamente avallate dalla Corte costituzionale come organismi che, anche quando non acquisiscono la qualifica di ETS, le amministrazioni locali possono coinvolgere in partenariati collaborativi seppur con forme diverse da quelle previste dall'art. 55 d.lgs. 117/2017 che il legislatore nazionale ha riservato agli ETS. Sulle cooperative di comunità v. P. A. Mori, J. Sforzi (a cura di), *Imprese di comunità. Innovazione istituzionale, partecipazione e sviluppo locale*, Bologna, 2018.

⁷¹ Così è stata intesa dai primi commentatori: v. F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.Labsus.org*, 17 aprile 2023, che la imputa alla volontà di limitare «lo spazio di autonomia di definire l'amministrazione condivisa che va oltre il codice del

tale interpretazione, oltre che foriera di incertezze (che cosa si intende per valenza sociale? quando può dirsi spiccata?)⁷², non pare né giustificata né ammissibile sul piano sistematico.

Sotto il primo profilo va osservato che la tipizzazione legale delle attività di interesse generale, oggi prevista dall'art. 5 d.lgs. n. 117/2017, ha in parte ridimensionato la problematicità del rapporto tra “attività pubbliche” e “attività di interesse generale”, rispettivamente svolte e perseguiti dai cittadini attivi e dalle loro formazioni sociali⁷³.

In particolare, il fatto che l'ambito delle “attività di interesse generale” sia legalmente predeterminato e modificabile con procedure che coinvolgono le istituzioni politiche⁷⁴, assicura un filtro ‘politico-democratico’ agli spazi di possibile integrazione tra le dimensioni del pubblico e quelle del generale, nei quali possono inserirsi rapporti collaborativi tra P.A. ed ETS. Pertanto, un'ulteriore limitazione degli stessi (peraltro operata come un concetto giuridico indeterminato, suscettibile di diverse interpretazioni) non pare giustificata sul piano sistematico.

Né in senso contrario può deporre il fatto che la locuzione sia stata ripresa letteralmente dalla sentenza n. 131 del 2020. In quella sede, la Corte costituzionale utilizza l'espressione riferendosi ai margini di discrezionalità che, in base alle sentenze Spezzino e CASTA, il legislatore europeo lascia agli Stati membri nell'apprestare modelli organizzativi diversi rispetto a quelli realizzati mediante le procedure contrattuali pro-concorrenziali; e nell'argomentazione fa

terzo settore».

⁷² Segnalate già nei commenti alla versione contenuta nello schema preliminare di Codice dei contratti pubblici cfr. G. MAROCCHI, A. SANTUARI, *Terzo Settore e p.a.: dal nuovo codice dei contratti pubblici più dubbi che certezze*, 16 dicembre 2022, e L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore* 12 gennaio 2023, in www.cantiereterzosettore.it

⁷³ Nel senso sopra richiamato al § 3.1.

⁷⁴ Il riferimento è al procedimento di modifica dell'elenco delle attività di interesse generale previsto nell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 117/2017. *Contra* v. D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del terzo settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, p. 545 che attribuisce natura meramente esemplificativa all'elenco legislativo, a cui si può obiettare però che se l'elenco fosse meramente esemplificativo non vi sarebbe stato motivo per disciplinare uno specifico procedimento legislativo per la sua modifica.

riferimento agli istituti della co-programmazione e co-progettazione, di cui all'art. 55 del CTS, che possono essere attivati in tutte le attività di interesse generale tipizzate dal richiamato art. 5 CTS.

Infine, e soprattutto, tale interpretazione è difficilmente sostenibile data la prevalenza gerarchica dell'art. 118, comma 4, della Costituzione in coerenza del quale la norma in commento deve essere interpretata: se gli istituti disciplinati dall'art. 6 CCP sono attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale non può che applicarsi per la realizzazione delle attività (che l'ordinamento qualifica) di interesse generale.

Per tali ragioni, pare corretto sostenere che l'inciso non è idoneo ad escludere dall'ambito di applicazione della norma gli ambiti materiali tipizzati dall'art. 5 CTS. Si dovrà perciò operare un'interpretazione costituzionalmente orientata ed attribuirgli portata estensiva, così da ritenere che possa legittimare l'attivazione di modelli di amministrazione condivisa (ulteriori a quelli previsti dal titolo VII del CTS) anche per attività che, seppur estranee all'elenco dell'art. 5 CTS, abbiano una "spiccata rilevanza sociale" in base al giudizio discrezionale dell'amministrazione procedente.

Nondimeno è facile prevedere che l'interpretazione che si affermerà (quale che sia), sarà foriera di incertezze applicative e di orientamenti difformi; motivo per cui sarebbe stato decisamente preferibile utilizzare l'espressione codificata a livello costituzionale e sarebbe auspicabile una modifica correttiva.

Rispetto ai conflitti interpretativi che potranno sorgere, si può però considerare che trattandosi di un profilo attinente ad una scelta politico-discrezionale dell'amministrazione, il sindacato giurisprudenziale non potrà riguardare il merito (se l'attività abbia o meno "spiccata valenza sociale"), ma soltanto l'adequatezza della motivazione sul punto, nonché l'effettiva sussistenza dei caratteri e delle condizioni a cui, come vedremo subito, la norma collega la legittimità dei rapporti in esame.

6. I caratteri dei modelli di amministrazione condivisa secondo l'art. 6 CCP

L'art. 6 CCP qualifica gli strumenti dell'amministrazione condivisa come «modelli organizzativi privi di rapporti sinallagmatici e fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli ETS».

Se il richiamo alla dimensione organizzativa è senz'altro da apprezzare, gli altri due incisi paiono l'uno insufficiente, l'altro impreciso e perciò potenzialmente fuorvianti.

6.1. L'importanza del riferimento alla dimensione organizzativa

L'espressione «modello organizzativo» sembra risentire delle scelte qualificatorie compiute dalla legislazione regionale che per prima ha disciplinato il modello⁷⁵ e richiama la questione della loro incerta qualificazione giuridica.

Come noto, si tratta di strumenti diversi⁷⁶ ricondotti da alcuni Autori alla categorie degli atti non autoritativi soggetti al diritto privato (ex art. 1, comma 1-bis l. 241 del 1990)⁷⁷, da Altri agli accordi di diritto pubblico (ex art. 11 e 12 l. 241 del 1990)⁷⁸. Quest'ultima interpretazione, prevalente in dottrina, sembrava essere stata accolta - per gli istituti regolati dal Codice del Terzo settore - dal diritto positivo a seguito della modifica dell'art. 30 del d.lgs. 50/2016 e delle linee guida ministeriali del 2021.

⁷⁵ Cfr. l'art. 2, co. lett. a) della L. reg. Lazio n. 10 del 2019 definisce l'amministrazione condivisa come il «modello organizzativo che, attuando il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, consente a cittadini e amministrazione di condividere risorse e responsabilità per lo svolgimento di attività di interesse generale».

⁷⁶ Sul tema v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 98.

⁷⁷ In questi termini, con riferimento ai patti di collaborazione v. A. GIUSTI, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, Soveria Mannelli, 2020, p. 19 ss; R.A. ALBANESE, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino, 2020, p. 247284.

⁷⁸ In questi termini con riferimento ai patti di collaborazione v. F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, pp. 272-276; A. NERVI, *La gestione dei beni comuni urbani. Modelli normativi*, cit., p. 40 ss; E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2, 2019, p. 357. Per tale qualificazione applicata alle convenzioni previste dagli artt. 56 e 57 del CTS v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., p. 98.

Tuttavia, il riferimento alla dimensione organizzativa, contenuto nell'art. 6, evoca una nozione più ampia, suscettibile di dare fondamento a soluzioni applicative diverse e differenziabili in relazione ai beni e/o agli interventi che ne costituiscono l'oggetto.

È verosimile ritenere, infatti, che il “modulo organizzativo” possa essere ‘composto’, a seconda dei casi, da atti formali di diversa natura giuridica: accordi di diritto pubblico se la fattispecie richiede l'esercizio di un potere discrezionale, atti - unilaterali o consensuali - di natura non autoritativa o ancora contratti di diritto privato (con comunione di scopo, cfr. *infra* § 6.2.). In ogni caso la sottoscrizione (o l'elaborazione) dei vari atti sarà preceduta da trattative e/o procedimenti svolti in applicazione delle norme che li regolano.

Non solo. La formula elastica utilizzata può dare copertura anche a strumenti atipici (come per molto tempo sono stati gli stessi patti di collaborazione), può legittimare anche modifiche dell'organizzazione interna delle amministrazioni pubbliche, in linea con le proposte ricostruttive avanzate di recente in dottrina⁷⁹.

6.2. La *ratio* dell'assenza di profili sinallagmatici: la “comunione di scopo” come tratto caratteristico del rapporto

Il secondo elemento distintivo del modello, è indicato in termini negativi: deve trattarsi di moduli «privi di rapporti sinallagmatici».

È significativo al riguardo, e merita di essere valorizzato, il fatto che l'art. 6 non menzioni la categoria della non onerosità e che (diversamente dall'art. 56 CTS) non subordini i partenariati in esame alla valutazione di maggior convenienza rispetto al ricorso al mercato; ciò dimostra la volontà di non accogliere

⁷⁹ M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Ist. del federalismo*, 3, 2022, p. 573 ss; C. TUBERTINI, *Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2019, pp. 971 ss.

le improprie interpretazione che erano state prospettata dalla giurisprudenza amministrativa⁸⁰.

L'inciso va dunque inteso facendo riferimento alla nozione civilistica di sinallagma, ossia diretto ad escludere che i rapporti consensuali eventualmente instaurati siano caratterizzati da corrispettività⁸¹ e interdipendenza delle prestazioni⁸², categorie che – nell'impostazione codicistica – rappresentano degli elementi caratteristici dei contratti di scambio.

In questa prospettiva la norma è pienamente coerente con i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale ed europea in materia.

Nella sentenza n. 131 del 2020 si afferma, infatti, che il modello di amministrazione condivisa «non si basa sulla corresponsione di prezzi e di corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla *convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private* per la programmazione e la progettazione, *in comune*, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, *secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico*»⁸³.

80 Cfr. il parere del Consiglio di Stato, Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 2052. Negli stessi termini Tar Toscana, 1 giugno 2020, n. 666; Tar Toscana, sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260; Cons. Stato, sez. V., 7 gennaio 2021, n. 208. Con un'impropria interpretazione della categoria della gratuità, si era sostenuto che potesse considerarsi non economico, dunque 'fuori dal mercato' e sottratto alla disciplina degli appalti, soltanto il servizio gestito in perdita, sul presupposto per cui «solo la sicura esclusione di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi utilizzati dall'ente e con l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale anche se finalizzato al servizio stesso, sarebbero in grado di dimostrare l'oggettiva assenza dell'economicità del rapporto». In questa prospettiva si equiparava a un corrispettivo anche il mero rimborso delle spese effettivamente sostenute e dei costi sopportati per erogare le prestazioni. Sul punto v., tra gli altri, D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, cit., pp. 186-195.

81 Per il codice civile, infatti, la corrispettività è lo scambio reciproco di beni e servizi, attraverso un unico strumento negoziale. Sul punto v. R. SACCO, C. DE NOVA, *Il contratto*, IV edizione, Vicenza, 2016, p. 1433-1437 che richiamano A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 145.

82 Nei contratti con prestazioni corrispettive tra le prestazioni «si stabilisce (...) uno speciale nesso logico, che è la corrispettività e che consiste nella interdipendenza fra esse, per cui, ciascuna parte non è tenuta alla propria prestazione, senza che sia dovuta la prestazione dell'altra» così v. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 234; ovvero l'una prestazione, come è stato detto, è «in funzione» di quella della controparte, così v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, p. 787.

83 Cfr. Corte cost. 131 del 2020 punto n. 2.1. del *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti).

Per altro verso, dalla giurisprudenza europea emerge che un rapporto può essere escluso dall'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti soltanto se non ha natura onerosa, la quale sussiste ove «ciascuna delle parti si impegna a eseguire una prestazione in cambio di un'altra» e dunque sia pattuita la corresponsione di corrispettivi quali «controprestazioni dirette della prestazione da realizzare»⁸⁴.

Da ciò deriva che affinché un rapporto consensuale non sia considerato oneroso (e quindi equiparabile all'appalto) se uno dei contraenti partecipa mediante l'erogazione di una somma di denaro, tale somma non può costituire un prezzo per gli apporti dedotti dalle altre parti, ma può soltanto andare a coprire i costi da queste effettivamente sostenuti⁸⁵. Come è evidente, dunque, anche nella prospettiva della Corte di Giustizia Europea, le categorie dell'interdipendenza delle prestazioni e dell'onerosità sono strettamente legate.

Tutto ciò non significa naturalmente che nei rapporti di amministrazione condivisa debba essere assente qualsiasi profilo di scambio – perché, al contrario, eventuali impegni reciproci tra la P.A. e il privato che condividono la gestione di un servizio, potrebbero esser utili⁸⁶. Quel che è necessario è che gli even-

⁸⁴ Cfr. Corte di giustizia, 14 luglio 2022, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio* (ASADE), C-436/20, punto n. 67. In termini analoghi si veda Corte Giust. CE 12 luglio 2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti e a.*, ove è stato osservato come «il carattere oneroso del contratto si riferisca alla controprestazione erogata dalla pubblica autorità interessata a motivo della realizzazione delle opere che costituiscono oggetto del contratto di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva e che sono destinate ad entrare nella disponibilità della detta autorità». Sulla stessa linea v. Corte Giust. CE, 18 gennaio 2007, causa C-220/05, *Auroux e a.*, ladove si afferma che «l'onerosità di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata all'imprenditore a motivo della realizzazione delle opere previste dall'amministrazione aggiudicatrice»; Corte Giust. UE, 29 novembre 2007, causa C-119/06, ove si afferma che «il carattere oneroso di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata dall'autorità pubblica interessata a motivo dell'esecuzione delle prestazioni dei servizi che costituiscono oggetto del contratto e delle quali tale autorità sarà la beneficiaria».

⁸⁵ Come abbiamo ricordato nei §§ 2.3-2.4., si tratta dei principi che la CGUE ha elaborato nelle sentenze Spezzino e CASTA che hanno portato il legislatore italiano a definire il regime dei rimborsi delle convenzioni tra P.A. e ETS ex artt. 56, 57 del CTS. In giurisprudenza v. da ultimo, Tar Lazio (Latina), sez. I, 28 marzo 2022, n. 280.

⁸⁶ La Corte costituzionale, infatti, non esclude del tutto l'esistenza di profili sinallagmatici, afferma infatti: «la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico» (corsivi aggiunti).

tuali impegni non siano configurati in termini di corrispettività e interdipendenza (*i.e.* non devono rispondere alla logica *do ut des* o *do ut facies*) e che siano assenti finalità lucrative. Conseguentemente le somme eventualmente corrisposte dalla P.A. non possono rappresentare un “prezzo” per l’impegno profuso dal privato (e costituire per questo un utile), ma devono essere ‘indipendenti’ dallo stesso o, al più, limitarsi a coprire i costi effettivamente sostenuti e documentati⁸⁷.

La *ratio* che sottende questo assetto è chiara: tutte le risorse messe a disposizione dalle parti (pubbliche e private) devono essere destinate alla realizzazione del servizio o dell’intervento, dunque devono andare a beneficio (non dei contraenti ma) dei destinatari dello stesso, ossia delle persone destinatarie dell’attività co-realizzata.

Se questo è vero, dunque, l’assenza di sinallagma si traduce (in positivo) nella necessaria natura collaborativa del rapporto, che non deve basarsi sullo scambio ma sulla “comunione di scopo”⁸⁸.

87 In questo modo la norma è coerente anche con l’art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 che condiziona il ricorso ai partenariati collaborativi alla «sussistenza delle circostanze che, nel caso concreto, determinano la natura effettivamente collaborativa del rapporto» nonché al fatto che «le risorse pubbliche da mettere a disposizione degli enti del Terzo settore [non] risultino, complessivamente considerate, superiori al rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli previsti ai fini dell’esecuzione del rapporto di partenariato».

88 Come noto, la categoria dei “contratti con comunione di scopo” è stata elaborata dalla dottrina civilistica «per contrapposizione a quella dei contratti a prestazioni corrispettive (ovvero sinallagmatici o di scambio): in questi ultimi la prestazione di una parte è scambiata con la prestazione dell’altra, sicché ciascuna prestazione trova causa e giustificazione nell’altra, con la quale si trova in rapporto di reciprocità ed interdipendenza; nei primi, invece, la prestazione di una parte non è effettuata per ottenere in cambio quella dell’altra, ma tutte le prestazioni lo sono per conseguire, attraverso lo svolgimento di una successiva attività di varia natura, uno scopo comune alle parti», v. in questi termini A. FICI, *I presupposti negoziali dell’amministrazione condivisa: profili di diritto privato*, in A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, cit., p. 79; V. ROPPO, *Il contratto*, 2a ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, e P. Zatti, Milano, 2011, p.418-419. Secondo F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2019, p. 66 nei contratti con comunione di scopo «le prestazioni di ciascuna delle parti sono dirette al conseguimento di uno scopo comune e si differenziano dai contratti di scambio nei quali le parti perseguono scopi contrapposti (lo scopo del compratore è l’acquisto della cosa, quello del venditore è il conseguimento del prezzo)». Sul tema si veda anche lo studio di R. CIPRIANI, *I contratti con comunione di scopo*, Torino, Giappichelli, 2020 relativo ai contratti con comunione di scopo non diretti a costituire un organismo collettivo.

Rimane, tuttavia, da definire come far emergere, nella fonte costitutiva dei relativi rapporti, la natura collaborativa (*i.e.* la comunione di scopo); aspetto che la disposizione in esame non contribuisce a chiarire, perché – come vedremo subito – la clausola utilizzata per definire in positivo tali modelli è imprecisa e perciò potenzialmente fuorviante.

6.3. L'equivoco richiamo alla «condivisione della funzione amministrativa»

Il riferimento alla «condivisione della funzione amministrativa» appare improprio.

In primo luogo perché se la chiamata in sussidiarietà dei privati è senz'altro possibile nello svolgimento di attività materiali e di funzioni di prestazione⁸⁹; molto più problematico è il suo riconoscimento rispetto alle funzioni di regolazione⁹⁰. Ma soprattutto perché è ampiamente consolidato, in dottrina e in giurisprudenza, nonché confermato dal diritto positivo, che nel paradigma dell'amministrazione condivisa l'oggetto della condivisione tra autorità pubblica e soggetti privati non è la funzione in sé (che rimane di esclusiva titolarità pubblica), ma le modalità di esercizio della stessa⁹¹.

Nel quadro del dibattito dottrinale, nonostante non siano mancate interpretazioni che potevano apparire divergenti⁹², può dirsi oggi pacifico che il

89 Così v. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., p. 20, secondo cui «la sussidiarietà orizzontale non si applica alle funzioni pubbliche e cioè a quelle attività che consistono nell'imporre obblighi o divieti o nell'esentare da obblighi o divieti (naturalmente si parla di obblighi o divieti imposti naturalmente da autorità pubbliche in base a Costituzione od a leggi conformi a Costituzione)»; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., p. 12: «le attività di interesse generale sono altra cosa rispetto alle funzioni amministrative di cui al primo comma dell'art. 118, anche se in parte coincidono».

90 Cfr. A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, pp. 1031-1049.

91 Cfr., tra gli altri, A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, cit., p. 638-639; F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., p. 78; M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, cit., 114; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit.; p. 7; C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, cit., pp. 22-28.

92 A. D'ATENA, *Sussidiarietà e autonomie funzionali*, in *Impresa e Stato*, 1998, nn. 44-45; F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*. Il principio di sussidiarietà nel nuovo art. 118, Comunicazione al Convegno "118: Cittadini attivi per una nuova amministrazione", Roma 7-8 febbraio 2003 pubblicato in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003.

principio di sussidiarietà orizzontale non modifica né ridimensiona il ruolo degli enti pubblici quali soggetti depositari di compiti costituzionalmente necessari, chiamati ad individuare il modo migliore per attuare in concreto gli interessi pubblici normativamente definiti.

Ciò del resto è dimostrato dalle norme positive che disciplinano strumenti di amministrazione condivisa. Si pensi ad esempio all'art. 55 del CTS, che nel disciplinare la co-programmazione e la co-progettazione, ne intesta la titolarità alla P.A. – non causalmente – definita procedente.

Nello stesso senso depone l'art. 3, comma 5, TUEL, secondo cui Comuni e Province «svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali». Come è stato osservato, «lo slittamento semantico da funzioni ad attività», operato nella disposizione, conferma che «le funzioni restano attribuite esclusivamente agli enti locali, ma le attività che le sostanziano possono essere svolte anche attraverso le iniziative dei cittadini»⁹³.

Ciò determina almeno due significative implicazioni.

La prima è che spetta al soggetto pubblico la scelta sull'*an*, sul *quid*, sul *quomodo*, in base a valutazioni di adeguatezza nei singoli casi e con possibili differenziazioni nei diversi contesti.

La seconda è che l'attività di interesse pubblico-generale che si svolge mediante partenariato collaborativo è doverosa solo per la P.A., mentre per i privati coinvolti è il frutto di una decisione libera e dunque rivedibile e modificabile nel tempo (nei limiti, ovviamente, di eventuali vincoli consensualmente assunti). Ne deriva che la parte pubblica deve comunque essere in grado di garantire gli interventi anche nell'ipotesi in cui il privato decida di 'sfilarsi'.

Tanto considerato sul quadro costituzionale e legislativo in cui si inserisce la norma in esame, il termine «funzione amministrativa» non può che essere

93 In questi termini v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., p. 78 che aggiunge: «è possibile sostenere che l'amministrazione condivisa delinea la ricerca di risorse ulteriori con la partecipazione dei cittadini per svolgere al meglio le proprie funzioni».

inteso in senso a-tecnico e gli atti che daranno attuazione ai relativi moduli organizzativi non potranno che prender atto delle diverse responsabilità di soggetti pubblici e di soggetti privati.

Ciò non toglie che sarebbe stato preferibile usare una diversa espressione, che richiamasse «la *collaborazione* all'esercizio delle attività»; scelta che peraltro sarebbe stata coerente, sul piano sistematico, con quanto affermato nella sentenza n. 131/2020 (che come ricordato fa riferimento alla «*convergenza di obiettivi e ...aggregazione di risorse pubbliche e private*»), con quanto previsto nella recente disciplina sui servizi pubblici locali (cfr. art. 18, d.lgs. n. 201/2022), e, più in generale, con il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1 l. 241/1990 che ha codificato il principio di collaborazione nel rapporto amministrativo⁹⁴.

7. Le condizioni di ammissibilità

L'ultima parte della norma, anche in questo caso richiamando quasi letteralmente la sentenza n. 131 del 2020, pone le condizioni di ammissibilità del modello.

Con la previsione per cui è necessario che i moduli in questione «contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali» si pone un criterio di adeguatezza sostanziale diretto ad orientare il soggetto pubblico nella scelta.

Ciò è conforme non solo alle definizioni giurisprudenziali e dottrinali del modello, ma anche al principio di cui è espressione. Opera, infatti, per la sussidiarietà orizzontale il medesimo criterio che vale per la sussidiarietà verticale, ossia l'adeguatezza dell'intervento in sussidiarietà allo scopo determinato⁹⁵. Spetterà, dunque, agli enti pubblici responsabili definire le finalità da perseguire

94 Cfr. l'art. 1, comma 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

95 F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit.. Sui rapporti tra principio di adeguatezza e principio di sussidiarietà verticale v. M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione* in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 283 ss.

e i parametri su cui misurare *l'idoneità alle attività da co-realizzare* tanto dei soggetti privati che degli istituti giuridici individuati, dandone specifica motivazione⁹⁶.

Al riguardo possono essere d'aiuto le tecniche elaborate dalle scienze economico-aziendali, e sempre più consolidate a livello interno e internazionale⁹⁷, sugli strumenti di misurazione dell'impatto sociale delle attività con finalità solidaristiche; strumenti che aprono ulteriori spazi di valutazione tecnica, con quel che ne deriva in termini di sindacabilità in sede giurisdizionale⁹⁸. È significativo però, e merita di essere sottolineato, che si faccia riferimento alla categoria dell'effettività – che rafforza il criterio di adeguatezza – e che non sia stata riproposta la problematica clausola (contenuta nell'art. 56 CTS) della maggior convenienza «rispetto al ricorso al mercato» che, seppur 'rialineata' al sistema in via interpretativa⁹⁹, è foriera di un'idea (dis-paritaria) dei rapporti tra esternalizzazione e partenariati collaborativi che il nuovo codice dei contratti pubblici supera del tutto.

Le altre due condizioni imposte dalla norma riguardano invece elementi procedurali.

In primo luogo si prescrive che gli Enti del Terzo Settore con cui la P.A. intende avviare il rapporto collaborativo siano scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione e trasparenza.

96 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 2018, p. 216-217, *op. cit.*, 2020, p. 22, nota n. 70.

97 V. il Dossier *Valutazione e dintorni*, in *Impresa sociale*, 1, 2022 (<https://www.rivistaimpresasociale.it/dossier/valutazione-e-dintorni>) e il report dell'OCSE, *Social Impact Measurement for the Social and Solidarity Economy*, 2021 reperibile al seguente indirizzo: <https://www.oecd.org/cfe/leed/social-economy/social-impact-measurement-for-the-sse.htm>.

98 Sul tema del potere di valutazione tecnica rimangono fondamentali per l'impostazione del problema i volumi di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Trento, 1995. Da ultimo si vedano i contributi raccolti in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021.

99 In base alla tesi secondo cui la valutazione della maggiore convenienza delle convenzioni rispetto al «ricorso al mercato», prevista dall'art. 56 del CTS, non deve tenere conto solo del parametro economico ma anche di indicatori di efficacia sociale. In questi termini cfr. A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici*, cit., p. 161; A. LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra P.A. e terzo settore nel sistema delle fonti*, in A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti fra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, cit., p. 42. Tale interpretazione è stata accolta nelle Linee Guida del Min. del Lavoro, adottate con D.M n. 72 del 2021.

La previsione è di piana interpretazione e del tutto coerente sul piano sistematico. Gli istituti disciplinati dal Codice del Terzo Settore (che l'art. 6 richiama nella seconda parte), soddisfano già le esigenze di imparzialità e trasparenza, richiedendo lo svolgimento di procedure comparative, sulla base di criteri predeterminati sottoposti a obblighi di pubblicità. Il richiamo in questa sede vale perciò a indicare che eventuali altri istituti, che siano posti in essere sulla base di questa norma generale, dovranno rispondere ai medesimi principi.

7.1. Il senso del rinvio al principio del risultato

Più problematico è, invece, il riferimento al principio del risultato sia perché quest'ultimo si riferisce espressamente alle procedure di affidamento dei contratti pubblici sia perché i modelli di amministrazione condivisa appaiono antitetici rispetto ad alcuni valori richiamati nell'art. 1 del codice, quali la regolazione pro-concorrenziale e il raggiungimento di alcuni obiettivi dell'Unione Europea (*i.e.* tutela delle libertà economiche, principio della massima apertura al mercato).

Per tali ragioni, in alcuni commenti è stato paventato il rischio di una interpretazione riduttiva di questo inciso che potrebbe portare a «ritenere che il principio del risultato imponga una sorta di comparazione fra ricorso all'amministrazione condivisa e applicazione degli istituti del codice dei contratti pubblici: vale a dire, in tanto si può applicare l'amministrazione condivisa in quanto, comunque, gli esiti siano equivalenti»¹⁰⁰.

Un tale approdo non è però sostenibile posto che, come rilevato dallo stesso commentatore citato, negherebbe la *ratio* stessa dell'amministrazione condivisa. Inoltre è apertamente smentita dalla relazione illustrativa dello schema definitivo di codice, in cui l'articolo 6 è presentato come applicazione di un modello equi-ordinato ma *alternativo* a quello dei contratti pubblici¹⁰¹. Di con-

100 Così v. L. GORI, *Come il codice dei contratti pubblici riconosce il rapporto con il Terzo settore*, 16 maggio 2023 in <https://www.cantiereterzosettore.it/>

101 Cfr. la relazione illustrativa *Relazione agli articoli e agli allegati* pp. 18-20 disponibile qui: https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019_F001.pdf&leg=XIX

sequenza non è possibile procedere ad una comparazione per i molti aspetti (tempi e modi di coinvolgimento dei partner privati, costi, durata etc..) che differenziano nettamente i moduli di amministrazione condivisa dagli istituti disciplinati dal codice dei contratti pubblici. Merita invece considerazione un'altra lettura, in base alla quale ai rapporti di amministrazione condivisa si applicherebbe soltanto il comma 4 dell'art. 1 CCP¹⁰², il cui richiamo opererebbe in termini di rafforzamento «della responsabilità dei funzionari pubblici intenzionati a ricorrere all'amministrazione condivisa, che grazie all'art. 6 potrebbero così motivare e spiegare il ricorso alla soluzione concreta di amministrazione condivisa, senza dover per forza ricercare l'appiglio specifico legislativo a cui ancorare la scelta»¹⁰³.

Questa seconda interpretazione pare condivisibile, almeno in parte. L'idea, infatti, è che l'art. 1 del codice dei contratti non possa essere considerato applicabile nella sua interezza perché i valori che esprime e gli obiettivi che pone devono essere necessariamente calati sulle caratteristiche dei partenariati collaborativi e, dunque, devono essere interpretati in modo coerente con le finalità che con questi si intende perseguire. Questa convinzione si fonda su due ordini di ragioni.

Come osservato, dalla relazione illustrativa emerge che gli istituti di amministrazione condivisa sono attuazione degli spazi di discrezionalità lasciati agli Stati membri e sottratti all'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti¹⁰⁴. Pertanto, anche in base a tale documento (che esprime l'intenzione del legislatore) si ricava che rispetto ai rapporti a cui si applica l'art. 6 non possono

102 Cfr. l'art. 1, comma 4, CCP: «Il principio del risultato è il criterio attraverso cui si stabilisce l'esercizio del potere discrezionale e l'individuazione della regola da applicare al caso concreto al fine di valutare la responsabilità del personale e l'attribuzione degli incentivi secondo la contrattazione collettiva».

103 F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.Lab-sus.org*, 17 aprile 2023.

104 La relazione illustrativa richiama espressamente: i Considerando nn. 28, 117 e 118 della direttiva 2014/24; l'art. 10, lettera h), della stessa direttiva, intitolato «Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi»; l'art. 77 della direttiva citata, intitolato «Appalti riservati per determinati servizi» e le sentenze del CGUE sui casi CASTA del 2016, *Falck* del 2019 e *Italy Emergenza Cooperativa Sociale* del 2022.

operare direttamente i principi del comma 3 dell'art. 1, riferiti espressamente al settore dei contratti pubblici.

Nello stesso senso depone il richiamo espresso nell'art. 6 ai principi di sussidiarietà orizzontale (che ha insito il valore della prossimità) e quello di solidarietà sociale (cui si lega il richiamo all'assenza di finalità utilitaristiche), così come altre espressioni inserite (o non inserite) nel testo della norma (v. §§ 6.2.) che rendono immediatamente chiaro che, rispetto a tali istituti, alcuni valori richiamati dall'art. 1 sono necessariamente recessivi.

In definitiva, anche a voler ritenere che l'art. 1 sia applicabile nella sua interezza, è possibile sostenere che le regole in esso contenute devono essere calibrate sulle caratteristiche dei moduli di amministrazione condivisa.

Pertanto, dal momento che il rispetto delle esigenze di imparzialità, trasparenza e buon andamento (richiamate nell'art. 1 CCP) è imposto già dallo stesso art. 6, il rinvio al principio del risultato serve a precisare che anche quando l'amministrazione realizza un servizio mediante un partenariato collaborativo con un Ente del Terzo Settore l'obiettivo primario che deve perseguire è la individuazione della soluzione che garantisca la migliore e più celere¹⁰⁵ soddisfazione degli interessi dei cittadini a cui quell'attività è rivolta. Eventuali altri obiettivi, che pur possono orientare l'amministrazione nella scelta (*ivi* compreso il *favor* verso il privato *non profit*), assumono carattere strumentale rispetto all'obiettivo principale di erogazione del miglior servizio a favore degli amministratori.

8. Considerazioni conclusive

In conclusione, al netto delle incoerenze e dei 'disallineamenti' sistematici su cui ci siamo soffermati – e che in alcuni casi (v. §§ 5. e 6.3) meriterebbero interventi di modifica da parte del legislatore – il nuovo codice dei contratti pub-

¹⁰⁵ Fermo restando che, per le ragioni indicate nel testo, anche la valutazione dell'esigenza di tempestività va svolta tenendo conto delle caratteristiche dei rapporti collaborativi: sulla base di valutazioni comparative tra strumenti omogenei nonché secondo un criterio di proporzionalità dei mezzi individuati rispetto alle finalità che l'ente pubblico intende realizzare.

blici rappresenta un passaggio significativo per il consolidamento normativo degli strumenti di amministrazione condivisa.

In primo luogo, perché il combinato disposto degli artt. 6 e 7, comma 1, conferma che nella realizzazione delle attività e dei servizi di cui sono responsabili le pubbliche amministrazioni sono discrezionalmente libere di scegliere fra due forme di gestione alternative ma del tutto equi-ordinate. Una modalità di gestione esternalizzata, che valorizza i principi di efficienza economica e concorrenza tra operatori economici secondo le logiche di mercato, e una modalità di gestione collaborativa, che valorizza i principi di solidarietà e di collaborazione.

In secondo luogo, perché l'art. 6 contribuisce a chiarire che i tratti caratterizzanti di questa seconda modalità sono: cooperazione e assenza di sinallagma. Ciò significa che gli atti giuridici posti in essere per la costituzione dei rapporti, quale che sia la loro natura giuridica, non rispondono alla funzione dello scambio (*do ut des - do ut facies*), ma a quello della “comunione di scopo” ovvero della condivisione (di diritti, obblighi e responsabilità) per la realizzazione in comune di un determinato intervento.

Ciò implica, dal lato del soggetto pubblico, la necessità di collaborare con il privato sia nella fase di definizione che in quella di esecuzione e realizzazione del servizio dell'intervento, continuando ad essere parte attiva e co-responsabile diretta della gestione anche nella fase di esecuzione. E in questo risiede, a mio giudizio, la principale potenzialità di questi nuovi partenariati collaborativi che – se correttamente attuati – possono davvero rappresentare una “terza via” tra la erogazione diretta dei servizi (spesso non sostenibile sul piano economico-finanziario) e la loro esternalizzazione. Una terza via che – merita evidenziare – nel settore sociale (ri)avvicina l'organizzazione dei servizi al progetto costituzionale che li prevede sotto la diretta responsabilità (anche gestionale) delle istituzioni pubbliche.

L'effettiva riuscita del modello si gioca però sulla capacità di definire in concreto, nel quadro dei singoli rapporti, gli elementi che definiscano l'assetto di interessi in termini di comunione di scopo e di co-responsabilità in tutte le fasi (dalla progettazione fino alla esecuzione), nonché di individuare i meccanismi rimediali più adeguati¹⁰⁶. Le linee guida ministeriali (d.m. 31 marzo 2021, n. 72) offrono alcune indicazioni utili in tal senso, ma la prassi applicativa dimostra che le amministrazioni non sono ancora sufficientemente consapevoli e competenti in materia¹⁰⁷. Anche per questo motivo è positivo che il codice dei contratti pubblici contribuisca a legittimare questo nuovo modello di partenariato, che si pone in linea con i più recenti sviluppi sovranazionali in materia di promozione dell'economia sociale¹⁰⁸ e a cui è auspicabile che le amministrazioni facciano ampio ricorso.

106 Si tratterà di individuare gli eventuali contenuti e i rimedi, da azionare qualora venga meno l'accordo tra le parti, che siano coerenti con la natura collaborativa del rapporto. Non si ignora che non si tratta di un'operazione semplice, posto che la categoria dei contratti con comunione di scopo riceve solo saltuaria considerazione nel codice civile (es. art. 1420 c.c.), salvo che non si tratti di contratti associativi costitutivi di una persona giuridica, caso nel quale si applicherà la disciplina propria della figura istituita. Pertanto, per i contratti che non costituiscono una autonoma figura soggettiva, per la qualificazione dell'assetto negoziale e l'individuazione della disciplina applicabile, seguendo il metodo tipologico (su cui v. R. SACCO, C. DE NOVA, *Il contratto*, IV edizione, Vicenza, 2016, p. 1401-1432) sarà necessario innanzitutto procedere in negativo, escludendo le norme incompatibili (*i.e.* quelle esplicitamente riferite o riferibili ai contratti di scambio), e poi operare un raffronto con lo schema tipo (o parti dello schema tipo) dei contratti associativi; fermo restando, naturalmente, che la qualificazione operata dalle parti è soggetta al controllo giudiziale. Si tratta di una prospettiva tutta da esplorare, su cui non è possibile impegnarsi in questa sede, ma che pare decisiva per l'effettiva realizzabilità dei partenariati collaborativi.

107 Cfr. A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, cit., p. 661; G. MAROCCHI, *Il peggior nemico dell'amministrazione condivisa*, in *forum di Impresa sociale*, 21 ottobre 2022, (<https://www.rivistaimpresasociale.it/forum/articolo/il-peggior-nemico-dell-amministrazione-condivisa>) che illustrando un caso, afferma: «il peggior nemico dell'amministrazione condivisa sono le co-progettazioni fatte male, quelle che sembrano appalti, quelle in cui si deve competere più che collaborare».

108 Cfr. la proposta di *Raccomandazione del Consiglio sullo sviluppo di condizioni quadro per l'economia sociale*, del 29 settembre 2023 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13287-2023-INIT/it/pdf>) che rappresenta un'altra importante tappa del percorso di promozione dell'Economia Sociale, iniziato con il lancio del Piano d'Azione per l'Economia Sociale da parte della Commissione nel dicembre 2021 (*Social Economy Action Plan UE* <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1537&langId=en>), e portato avanti con la risoluzione dell'OIL (v. *Resolution concerning decent work and the social and solidarity economy*) del giugno 2022, la raccomandazione della commissione sul Percorso di Transizione per l'Economia Sociale e di Prossimità (*Transition Pathway for the Proximity and Social Economy*) del novembre 2022 e la risoluzione delle Nazioni Unite (*Promoting the social and solidarity economy for sustainable development*) dell'aprile 2023.

GABRIELE SERRA
Magistrato T.A.R. - PhD
g.serra@giustizia-amministrativa.it

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO NELLA FILOSOFIA DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP IN THE PHILOSOPHY OF THE NEW PUBLIC CONTRACTS CODE

SINTESI

Il contributo si sofferma sul tema del Partenariato Pubblico-Privato, analizzando il fenomeno dall'angolo prospettico, di carattere problematico, dell'eccessiva rigidità delle procedure e scarsa discrezionalità dell'amministrazione che l'ha caratterizzato sino ad oggi, che hanno contribuito allo scarso utilizzo degli strumenti cooperativi. In tal senso, muovendo dalle ragioni, anche economiche, del fenomeno, il lavoro inquadra il PPP nella nuova filosofia, già in generale, portata dal D.lgs. n. 36/2023, proprio in tema di maggiore discrezionalità dell'amministrazione e flessibilità delle procedure. La tesi per cui tali riferimenti sono necessari per un compiuto utilizzo del PPP viene sviluppata e, si ritiene, confermata, con l'analisi della nuova disciplina specifica del Codice, con particolare riferimento alle procedure di scelta del concessionario e alla finanza di progetto, anche alla luce della giurisprudenza in materia. Il saggio si conclude confermando la necessità di non leggere la disciplina in tema di contrattualistica pubblica, in generale e in particolare per il PPP, con eccessiva rigidità, ma valorizzando la flessibilità e discrezionalità della p.a. in un'ottica di efficienza ed efficacia.

ABSTRACT

The paper dwells on the subject of the Public-Private Partnership, analyzing the phenomenon from the perspective problematic angle of the excessive rigidity of the procedures and lack of discretion of the administration that has

characterized it, which have contributed to the low use of cooperative instruments. In this sense, moving from the reasons, also economic, for the phenomenon, the work frames the PPP in the new philosophy, even in general, brought by Legislative Decree No. 36/2023, precisely on the subject of greater discretion of the administration and flexibility of procedures. The thesis that such references are necessary for the accomplished use of the PPP is developed with the analysis of the new specific regulations of the Code, with particular reference to the procedures for choosing the concessionaire and project finance, also in the light of the relevant case law. The essay concludes by confirming the need not to read the discipline on public contracting, in general and in particular for PPP, with excessive rigidity, but valuing the flexibility and discretion of the p.a. with a view to efficiency and effectiveness.

PAROLE CHIAVE: Partenariato pubblico-privato, Dlgs. n. 36/2023, finanza di progetto, concessioni, discrezionalità.

KEYWORDS: Public-private partnership, Legislative Decree No. 36/2023, project finance, concessions, discretion.

INDICE: 1. Il Partenariato Pubblico-Privato: genesi e *ratio* di un fenomeno. 2. La nuova filosofia del Dlgs. n. 36/2023: profili generali. 3. Il PPP nel Dlgs. n. 36/2023. 4. La flessibilità delle procedure di scelta del concessionario e la discrezionalità dell'amministrazione. 5. La finanza di progetto. 6. Discrezionalità dell'amministrazione e flessibilità delle procedure nel PPP: una corrispondenza necessaria.

1. Il Partenariato Pubblico-Privato: genesi e *ratio* di un fenomeno

Il fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato (PPP), da sempre di difficile definizione unitaria¹, può sinteticamente essere definito come meccanismo di cooperazione tra il settore pubblico e gli operatori privati nella realizzazione di un'attività diretta al perseguimento di interessi pubblici, potendo così l'amministrazione usufruire di maggiori risorse economiche e della competenza specifica di cui i privati dispongono².

¹ Cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. It. di dir. pubbl. com.*, 2016, per cui il PPP non rappresenta un istituto giuridico unitario, ma «un fascio di istituti giuridici caratterizzati da alcuni comuni elementi».

² Cfr. C. CONTESSA, *PPPC: Modello Generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. V, p. 208. Sul tema del PPP la bibliografia è particolarmente vasta, si v., oltre ai lavori citati nel prosieguo, tra i tanti, M. P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed*

Il fenomeno in discorso affonda le sue radici nella nuova congiuntura economica, che, a partire dagli anni Novanta, ha stimolato il generarsi di nuove forme di economie ed ha spinto i pubblici poteri ad un arretramento in campo economico e l'amministrazione ad abbandonare il tradizionale modello operativo autoritativo in favore di forme di cooperazione tra pubblico e privato, anche a lungo termine³.

Attraverso queste forme di cooperazione rientranti nel genus PPP, in sostanza, si «coinvolge il privato, altresì, in tutte le fasi dell'operazione, dalla proposizione e progettazione dell'intervento, al finanziamento e alla gestione economica»⁴.

Il PPP, come si vede, è dunque espressione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, ult. co. Cost., che, come noto, impone a tutti gli enti pubblici il rispetto dell'autonomia privata, al fine di favorire l'iniziativa dei cittadini, in forma singola o associata, per il perseguimento di obiettivi di interesse generale; sicché, l'amministrazione può “servirsi” del privato per la realizzazione degli interessi generali, invertendo, in questo modo, l'impostazione tradizionale nella quale l'emisfero pubblico ed il privato erano separati da una linea netta di demarcazione⁵.

La genesi del fenomeno è di carattere eurounitario e viene comunemente ricondotta al Libro Verde del 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, presentato dalla

al contratto di disponibilità, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2008; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, in *www.giustamm.it*, 2010; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in CAFAGNO M.- BOTTO A.- FIDONE G.- BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

3 Cfr. M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in *www.giustamm.it*, p. 4.

4 V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 22 luglio 2016, p. 2.

5 Così M. TIBERII, *op. cit.*, p. 8. *Contra* v. tuttavia D. PERROTTA, Relazione al convegno di studi *Il nuovo codice dei contratti pubblici: prime esperienze applicative*, tenutosi a Roma, Palazzo Spada, 5 marzo 2024, inedita, che ritiene che osti alla riconduzione del PPP al principio di sussidiarietà orizzontale la persistente finalità pubblica dello strumento nonché il permanente ruolo di direzione del soggetto pubblico.

Commissione Europea il 30 aprile 2004, la quale ne evidenzia la sua duplice finalità: da una lato, garantire opere e servizi pubblici, anche in situazioni di restrizione del bilancio statale; dall'altro, quella di assicurare l'utilizzo di metodologie proprie del settore privato, al fine di ottenere un miglior rapporto qualità/prezzo senza pregiudizio per l'interesse pubblico⁶.

Rispetto a quanto contenuto nel Libro Verde, due aspetti sono sostanzialmente rimasti immutati.

Il primo, attiene agli elementi che caratterizzano le operazioni di PPP, che la Commissione ha così individuato: (i) una collaborazione di medio-lunga durata tra la pubblica amministrazione ed il partner privato; (ii) una modalità di finanziamento del progetto fondata in larga misura sul capitale della parte privata; (iii) una ripartizione delle funzioni e dei ruoli da assegnare all'operatore economico, quale la responsabilità delle varie fasi di vita del progetto, ed all'amministrazione pubblica, quale la definizione degli obiettivi da raggiungere e le funzioni di verifica, controllo e vigilanza; (iv) la puntuale ripartizione dei rischi tra il partner privato ed il partner pubblico, con trasferimento di parte di essi a carico del privato, spettando all'amministrazione pubblica la funzione di vigilanza.

Il secondo riguarda, invece, la dicotomia tra PPP di tipo contrattuale e PPP di tipo istituzionale: i primi, rappresentano tutti quei rapporti fra soggetto pubblico e partner privato che si inverano in un rapporto di carattere negoziale di contenuto non organizzativo; i secondi, sono invece quei rapporti tra soggetto pubblico e parte privata nei quali le parti danno origine ad un soggetto giuridico distinto, un'entità terza, detenuta da entrambi e indirizzata al perseguimento di finalità di interesse generale⁷.

Alla luce del citato substrato socio-economico che ha generato l'emersione del fenomeno del PPP, ai nostri fini non può non rilevarsi, come è stato efficacemente notato, che la crisi finanziaria, e soprattutto la crisi pandemica, hanno

⁶ Cfr. V. BONFANTI, *op. cit.*, p. 5 e ss.; C. CONTESSA, *op. cit.*, pp. 211 e ss.

⁷ Cfr. C. CONTESSA, *op. cit.*, p. 212.

progressivamente contribuito a mettere in discussione tale paradigma, con conseguente riemersione di un maggiore protagonismo dei pubblici poteri nella definizione delle politiche industriali e nella stessa programmazione dei fini e della direzione dei processi di sviluppo⁸.

Con maggiore impegno esplicativo, si è rilevato che il nuovo rafforzamento dei pubblici poteri nella predeterminazione delle macro-finalità di sviluppo, pur ridimensionando il ruolo del privato nella proposizione di progetti innovativi, non inciderà sulla indispensabilità del ruolo privatistico, ma tale attività si iscriverà in un contesto già delineato, nuovamente, dai pubblici poteri, con la conseguenza di una maggiore predeterminazione in ordine alla compatibilità del progetto proposto con l'interesse pubblico⁹.

Su tali basi, ed alla luce altresì della circostanza per cui vi è un ritorno anche del fenomeno dei finanziamenti pubblici in controtendenza con quanto verificatosi negli anni precedenti, si è efficacemente definito come «*il partenariato pubblico-privato sembrerebbe assumere, nell'attuale contesto macro-economico, una nuova dimensione di complementarità, rafforzamento e stabilizzazione delle scelte di sviluppo assunte dai pubblici poteri su impulso dell'ordinamento europeo*», per cui il coinvolgimento del privato, anche sotto il profilo finanziario, non è volto solo al mero finanziamento dell'opera pubblica, quanto a generare un effetto moltiplicatore, attraverso il capitale privato, delle risorse pubbliche stesse che vengono immesse nel circuito economico¹⁰.

Ed infatti, il PPP è considerato anche dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che ne fa esplicito riferimento nell'ambito del sostegno alla ricerca e ai processi di innovazione e trasferimento tecnologico, delle Politiche per il lavoro, dei progetti di sviluppo urbano e di rigenerazione, al fine di attivare processi collaborativi, anche in fase di programmazione, finalizzati alla promozio-

⁸ Cfr. A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, n. 2/2022, p. 444.

⁹ Così A. MOLITERNI, *op. cit.*, p. 446.

¹⁰ Ancora A. MOLITERNI, *op. cit.*, p. 447.

ne del benessere sociale nonché in relazione a recupero del patrimonio culturale¹¹.

Proprio in relazione alla funzione di possibile moltiplicatore del PPP nell'attuale situazione economica, il PNRR precisa che, in via prudenziale, non si tiene conto esplicitamente della possibilità che i fondi del PNRR vengano utilizzati per sostenere oppure attrarre investimenti privati attraverso il mercato, anche tramite forme di partenariato pubblico privato, chiarendo, tuttavia, che *«in tal caso l'impatto sarebbe stato ben maggiore per l'effetto leva»*¹².

Così descritte sinteticamente le potenzialità del fenomeno del PPP, deve tuttavia darsi conto dello scarso utilizzo fin qui dello strumento in esame da parte del settore pubblico, che la dottrina riconduce a diversi fattori¹³, dei quali quello che interessa maggiormente nella presente trattazione è legato all'eccessivo irrigidimento delle procedure e limitazione della discrezionalità dell'amministrazione nella gestione delle procedure cooperative di PPP.

In tal senso, uno degli aspetti che hanno inciso sullo scarso utilizzo della cooperazione pubblico-privato è da rinvenire in una sorta di lettura totalizzante della procedura ad evidenza pubblica, connotata da maggiore rigidità, tipica del

11 Per una analisi dettagliata delle Missioni del PNRR con espliciti riferimenti al PPP v. A. MOLITERNI, *op. cit.*, § 3. Sul punto l'A. conclude poi più in generale: *«Ma al di là dei riferimenti espliciti contenuti nel PNRR, gli strumenti di partenariato sembrerebbero essere funzionali ad assicurare l'ottimale perseguimento di molti degli obiettivi sottesi alle singole missioni. È vero, infatti, che l'orizzonte di medio-breve periodo del 2026 entro cui i finanziamenti europei devono essere spesi presuppone una «logica di risultato» che sembrerebbe essere maggiormente compatibile con la dimensione più tradizionale della committenza pubblica, in cui l'amministrazione richiede semplicemente al privato di «fare qualcosa». Tuttavia, le sei missioni di cui si compone il PNRR si inseriscono spesso all'interno di obiettivi di lungo periodo che superano l'orizzonte del 2026, imponendo trasformazioni radicali alla struttura del sistema amministrativo, infrastrutturale, produttivo e sociale che il PNRR potrà limitarsi solo ad avviare»*. Sul rapporto tra PNRR e partenariato pubblico-privato v. D. SICLARI, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, aprile 2022.

12 Cfr. C. ADDESSO, *Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house*, in www.giustizia-amministrativa.

13 I fattori sono ben evidenziati dal più volte citato lavoro di MOLITERNI, il quale richiama i permanenti molteplici profili di incertezza in ordine alla fase di avvio dei partenariati, alla lunghezza dei tempi per l'affidamento del contratto di PPP e all'inizio della fase di realizzazione, nonché alla definizione, allocazione e gestione dei rischi e degli oneri economici che l'operatore economico è chiamato ad assumersi. Più in generale l'A. ritiene che *«l'esperienza italiana del partenariato sembra essersi caratterizzata per una certa limitatezza sul piano assiologico, che — in un contesto economico di contrazione degli investimenti pubblici e di rigidità dei vincoli alle politiche di bilancio — ha contribuito a valorizzare soprattutto la dimensione «finanziaria» della collaborazione del settore privato»*.

contratto di appalto, i cui tratti principali, soprattutto al fine di definire le regole da applicare in presenza di lacune o margini interpretativi, sono stati estesi anche a strumenti connotati invece da intrinseca flessibilità, proprio come i contratti di partenariato¹⁴.

Sotto questo profilo, è invece centrale evidenziare l'alternatività tra l'appalto "classico" e gli strumenti in qualche forma cooperativi, poiché si supera lo schema tradizionale sinallagmatico del pagamento del corrispettivo per l'opera o il servizio realizzato, muovendocisi invece sul piano tecnico-progettuale della realizzazione ed economico-finanziario della gestione dell'opera o del servizio, in una dimensione di medio e lungo periodo¹⁵.

La problematica così descritta, peraltro, pare figlia di una concezione della disciplina normativa in materia di contrattualistica pubblica come volta a presidiare la correttezza e l'imparzialità delle decisioni di spesa e delle condotte amministrative, le quali si è ritenuto di proteggere attraverso una rigida proceduralizzazione, a monte, delle procedure di gara e di scelta del contraente¹⁶; per dirla con le parole di attenta dottrina, «*un tipo di impostazione che per sua natura*

14 Cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto, Creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, p. 158, secondo la quale «*il presupposto logico su cui l'intera nuova regolamentazione dei contratti pubblici si poggia è dunque che la disciplina generale debba essere applicabile nella totalità dei casi, non ammettendo eccezioni. La logica che soggiace a tale schematismo è subito ricostruita: se si riconosce che la norma regolatoria attua i principi in materia, la previsione generale deve essere applicata in quanto in essa si traduce la condotta legittima e meglio rispondente allo scopo dell'ente pubblico*».

15 In termini C. ADDESSO, *op. cit.* Ben evidenzia V. BONFANTE, *op. cit.*, p. 2, nota 2, che «*il contratto di appalto, infatti, cristallizza gli interessi opposti delle parti, i quali rimangono distinti anche nel corso dell'esecuzione fino all'estinzione del rapporto, non esistendo alcuna volontà collaborativa di realizzare una comune iniziativa. Il rischio per il privato è solo operativo, di costruzione, ovvero il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera, mentre le stazioni appaltanti sono competenti con riguardo alla programmazione, all'attivazione delle procedure e alla loro gestione. Con l'entrata in gioco dei contratti di PPP si nota il cambio di prospettiva per gli interessi da tutelare trattandosi di una disciplina a tutela non più solo delle amministrazioni pubbliche, ma anche dell'economia, delle imprese e della concorrenza*».

16 Rileva L.R. PERFETTI, *Commento all'art. 1*, in L.R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano 2023, p. 5 che «*lo stile del prontuario, contabile, ha spesso caratterizzato la nostra legislazione in materia di opere pubbliche - che ha sempre costituito la base teorica e pratica della disciplina delle altre forme contrattuali. Si è spesso trattato di disposizioni dirette ad una minuziosa, se non maniacale, disciplina del dettaglio, diretto, primariamente, ad assicurare l'imparzialità dell'amministrazione ed il controllo della spesa; tuttavia, questi due obiettivi sono potenzialmente in contrasto tra loro*».

induce (e che di fatto ha indotto) a considerare con favore gli espedienti utili ad abbattere, per quanto possibile, il potere discrezionale»¹⁷.

Tale visione del sistema della contrattualistica pubblica tuttavia non appare convincente o, comunque, illumina una sola faccia della medaglia, pretermettendo qualsiasi analisi orientata alla verifica dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa prodromica alla stipulazione di un contratto pubblico.

A ben vedere, l'esigenza è stata avvertita già a livello eurounitario, leggendosi ad esempio al considerando 42 della direttiva 2014/24/UE che «è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione» ed è plausibile «che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri»¹⁸.

In tale direzione dunque, deve rilevarsi come il diritto europeo prenda atto della circostanza per cui, in date situazioni, le procedure “rigide” non soddisfino gli interessi della pubblica amministrazione, ammettendosi perciò che il soggetto pubblico, comportandosi da contraente vero e proprio, negozi con gli operatori economici le soluzioni maggiormente conformi all'interesse pubblico.

Così, in dottrina si è ritenuto che il riconoscimento di una maggiore discrezionalità in favore delle amministrazioni aggiudicatrici sia stata la «scelta di fondo che ha animato l'intenzione del legislatore comunitario», in controtendenza con un approccio di iper-regolamentazione che disciplinasse ogni aspetto delle procedure ad evidenza pubblica, proprio nella ritenuta, ma in assenza poi di riscon-

¹⁷ M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2020, pp. 35 e ss.

¹⁸ In generale sulle direttive 23/24/25/2014/UE v., *ex multis*, E. PROIETTI, *L'adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, in *Giustamm.it*, n. 2/2016; C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in AA.VV., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2014; S. MOROSI, *Le principali novità della nuova direttiva europea 2014/24/UE in materia di contratti pubblici nei settori ordinari*, in *www.ambientediritto.it*.

tro pratico, maggiore attitudine di tale modello normativo a prevenire fenomeni di corruzione¹⁹.

Vale sin d'ora rilevare, per completezza, come le direttive non ignorino le esigenze di tutela della *par condicio* tra i concorrenti nelle procedure flessibilizzate, ponendo il considerando 45, quale elemento di bilanciamento, quello per cui è «opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici indichino preventivamente i requisiti minimi che caratterizzano la natura dell'appalto e che non dovrebbero essere modificati nel corso delle negoziazioni. Per garantire parità di trattamento a tutti gli operatori economici, i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione devono mantenersi stabili lungo l'intera procedura e non essere oggetto di negoziazione».

Ed è allora al lume di queste considerazioni e sotto questo angolo prospettico, di carattere problematico, che può ora procedersi all'esame di alcuni profili inerenti al PPP e alla sua regolamentazione nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici adottato con il D.lgs. n. 36/2023.

2. La nuova filosofia del D.lgs. n. 36/2023: profili generali

Il profilo problematico relativo allo scarso utilizzo degli strumenti di PPP che si è qui messo a fuoco come oggetto del presente lavoro, *i.e.*, in sintesi, l'eccessiva rigidità delle logiche, tipiche della procedura ad evidenza pubblica, a strumenti *naturaliter* più duttili e negoziali, è ben chiaro anche nei lavori della

19 F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *Federalismi.it*, n. 11/2015, che prosegue che «si è ritenuto che una regolamentazione non eccessivamente puntuale creasse l'humus ideale per il proliferare di fenomeni di illegalità, corruzione o, comunque, di insana distorsione del modello legale tipico. (...) Invero, pare che l'eccessivo formalismo a cui sovente le procedure di aggiudicazione degli appalti sono state improntate dalla normativa del Codice recettivo delle direttive europee del 2004 abbia restituito ben poco in termini di semplificazione, trasparenza, tutela della concorrenza e del mercato (tutti obiettivi a cui le predette direttive erano ispirate) e, piuttosto, abbia incentivato il proliferare del contenzioso amministrativo spesso legato alla violazione o falsa applicazione di regole talmente "puntuali" da risultare pressoché inapplicabili senza un margine di errore oltretutto, di frequente, non incidenti sugli aspetti sostanziali dell'affidamento dell'appalto (...) In questa prospettiva, uno dei tratti distintivi delle nuove direttive appalti del 2014 pare proprio essere quello del maggior spazio di discrezionalità riconosciuto alle amministrazioni appaltanti che –assumendosi le relative responsabilità– saranno dotate degli strumenti necessari per indirizzare la procedura di aggiudicazione verso gli obiettivi di tutela del mercato, semplificazione amministrativa e efficienza complessiva del sistema cui devono tendere».

Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato per la redazione dello Schema del Codice.

In tal senso infatti, risulta nella Relazione di accompagnamento allo Schema definitivo del Codice (Relazione), proprio accanto ad ulteriori fattori che hanno determinato uno scarso utilizzo degli istituti di cooperazione pubblico-privato, il fattore della «*complessità e scarsa flessibilità delle procedure di aggiudicazione contrattuale*», che il Codice si pone l'obiettivo di superare «*sul piano della maggiore flessibilità e semplificazione delle procedure (anche attraverso la digitalizzazione)*»²⁰.

Ciò si iscrive nel generale criterio di cui all'art. 1, comma 2, lett. z) della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, che recita: «*forte incentivo al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, le procedure per l'affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, garantendo il rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità*».

L'impostazione in parola si iscrive pienamente nella nuova filosofia che anima il Codice dei Contratti Pubblici e che viene dichiarata, peraltro, nella stessa Relazione, ove si legge che «*attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze*», puntando a realizzare, fra gli altri, gli obiettivi di «*ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2)*» e di «*accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di ini-*

²⁰ Relazione agli articoli e agli allegati, che precede lo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici», trasmesso dal Consiglio di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri il 7 dicembre 2022, p. 204.

ziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva"²¹.

Tale impostazione generale è stata salutata da subito con favore da quella dottrina che ha rilevato come si fosse attribuito alla tutela della concorrenza una funzione eccessiva e fin troppo assorbente, «*fin quasi a considerare la concorrenza come un fine anziché come un mezzo e finendo per oscurare quell'interesse di fondo alla realizzazione dei fini amministrativi che in verità inevitabilmente doveva restare contrassegno di fondo di questa disciplina, al pari di quanto riguardava gli altri Stati membri*»²², rilevandosi anche che col nuovo Codice «*il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto comunitario della concorrenza (c.d. "concorrenza imposta" agli agenti pubblici, naturaliter refrattari alla logiche della competizione e alla pressione del mercato), ma un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale*»²³.

21 *Relazione, cit.*, p. 12. Sul tema dell'amministrazione difensiva si v. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, fasc. 1, 2019, p. 293 ss.; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, n. 3, p. 625 ss.; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, pp. 357 ss.; M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 1, 2019, pp. 61 ss.; M. SICA, *Il termine per la stipula del contratto di appalto tra poteri della a. e tutela contro il silenzio*, in *Aa.Vv. La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, M. CAFAGNO, C. LEONE, M. BARBERA, M. FAZIO (a cura di), 2019, pp. 87 ss.; con specifico riferimento all'influenza della normativa penale, A. FIORELLA, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, 2018, pp. 108 ss.

22 F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale identifica quali conseguenze negative di questo approccio la visione di una amministrazione più che come soggetto deputato a raggiungere un fine generale, un regolatore di competizioni, ove l'ordinamento fosse deputato a predisporre «*l'arena*» per queste competizioni, dando così spazio alla tutela dei più disparati interessi degli operatori economici, con incremento del contenzioso, poiché in caso di dubbio valeva la regola «*più gara e più oneri perché è così che meglio si tutela la concorrenza*». Dello stesso autore si v., sul tema in discorso, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, 2020. In argomento v. anche S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista*, 2 gennaio 2023; L.R. PERFETTI, *Commento all'art. 1, cit.*, pp. 4 ss., che rileva che «*una legislazione che - non perdendosi, come il Codice previgente, in una non utilissima smania definitoria - proceda per principi, invece, assolve ad una funzione centrale di certezza del diritto, perché è diretta ad assicurare un'applicazione prevedibile e margini seri di controllo razionale in sede giurisdizionale*» (p. 6).

23 F. CARINGELLA, *La filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici e il coraggio del cambio di paradigma*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei Contratti Pubblici*, 2024, p. 3.

Per quanto poi specificamente afferente al tema in esame, la medesima dottrina ha ritenuto di poter scorgere una agevolazione nella direzione prescelta dal nuovo Codice in quella giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha contemperato il principio di tutela della concorrenza con quello della sussidiarietà orizzontale, a proposito degli affidamenti diretti ad associazioni di volontariato dei servizi di assistenza²⁴.

Su tali basi allora, si è rilevato un passaggio dalla concorrenza *assoluta* alla concorrenza *regolata*, in quanto nel rispetto dei vincoli di legge, spettano alla discrezionalità amministrativa la graduazione e il dosaggio della competizione in modo da renderla funzionale e proporzionata alle esigenze da soddisfare; discrezionalità che viene individuata sotto tre angoli prospettici: quello della decisione sul ricorso al mercato; quello della scelta del contratto; quello della scelta e della gestione del modello di affidamento, rispetto al quale, particolarmente rilevante nella nostra analisi, si evidenzia una «*deproceduralizzazione*» che accentua la discrezionalità amministrativa²⁵.

3. Il PPP nel nuovo D.lgs. n. 36/2023

Venendo alla disciplina portata dal nuovo Codice in tema di PPP, lo stesso riprende i due aspetti essenziali del fenomeno, che si sono sopra richiamati, riconducibili al Libro Verde della Commissione Europea, poiché l'art. 174, comma 1 riporta i quattro elementi essenziali già esposti dell'«*operazione economica*»²⁶ perché la stessa rientri nel genus PPP, quali: (i) la lunga durata della rela-

24 F. CINTIOLI, *Il principio del risultato*, cit. si riferisce alla sentenza Corte Cost. n. 131/2020, richiamando altresì Corte cost. n. 218 del 2021, in relazione al bilanciamento tra la tutela della concorrenza e la tutela l'iniziativa economica privata del concessionario, a proposito dei vincoli che l'articolo 177 del Codice del 2016 gli imponeva ai fini della c.d. esternalizzazione delle proprie componenti aziendali.

25 F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 6-9. Esprime qualche dubbio in ordine all'effettiva idoneità del Codice a valorizzare la discrezionalità dell'amministrazione M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine* (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36), 2023, c. 3 ove l'A. rileva come «*la svolta pro-discrezionalità che il nuovo codice promette rischi di essere "boicottata" da norme riconducibili al sempre più complesso "arcipelago regolatorio" dedicato agli obiettivi di contrasto alla corruzione (nell'accezione ultra-penalistica ormai nota) e alla logica preventiva che anima la disciplina in questione*».

26 L'utilizzo dell'espressione «*operazione economica*» è criticata da A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni.*, in www.giustizia-amministra-

zione contrattuale necessaria al raggiungimento del risultato di interesse pubblico; (ii) la copertura dei costi dell'intervento prevalentemente a carico del partner privato; (iii) la divisione dei compiti tra le parti, nel senso che spetta al privato la realizzazione e la gestione del progetto, mentre alla parte pubblica rimangono la definizione degli obiettivi e la verifica dell'attuazione; (iv) il rischio operativo posto a carico del privato.

Il successivo comma 4 riprende poi la distinzione tra PPP di tipo contrattuale e di tipo istituzionale, al ritenuto fine di fare chiarezza anche in merito alla disciplina applicabile: in tal senso, il Libro IV del Codice *Del Partenariato Pubblico Privato e delle Concessioni* si applica al solo PPP di tipo contrattuale, nel cui *genus* sono espressamente ricomprese le figure della concessione (che del PPP costituisce l'archetipo²⁷), della locazione finanziaria (c.d. *leasing in costruendo*) e del contratto di disponibilità, «*nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela*»; al PPP di tipo istituzionale invece si applica il D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 - Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica²⁸.

È chiaro che, nella presente indagine, interessa il PPP di tipo contrattuale, rispetto al quale il nuovo Codice ha positivamente operato un'inversione sistemica rispetto al precedente D.lgs. n. 50/2016, in quanto le disposizioni generali in materia di PPP precedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche e la clausola generale sopra riportata in ordine all'ammissibilità di forme contrattuali di partenariato atipiche²⁹.

tiva.it, che rileva che si tratta di «*espressione dal contenuto giuridico pressoché nullo e che si spiega solo perché il legislatore ha voluto dettare una qualificazione non generale, ma generalissima della figura, alla stessa appunto avendo voluto ricondurre anche il PPP di tipo istituzionale*».

27 Cfr. R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

28 La scelta di richiamare tale distinzione è ritenuta «*non proprio felice*» e in fondo inutile da A. GIOVANNINI, *op. cit.*

29 Già nella vigenza del Codice del 2016 d'altronde si era rilevato che l'individuazione da parte del legislatore di figure contrattuali tipiche non privasse le amministrazioni della possibilità di stipulare contratti atipici (Cfr. C. CONTESSA, *op. cit.*, p. 209). Rileva peraltro A. GIOVANNINI, *op. cit.*, che «*al di là della superfluità del riferimento agli "interessi meritevoli di tutela", che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., devono comunque sorreggere la causa di qualsiasi contratto atipico (...) ha il merito*

Sul punto poi, il Codice ha il merito di chiarire definitivamente i rapporti tra concessione e finanza di progetto: non si tratta di due tipi contrattuali diversi, come nella struttura dell'art. 180 del D.lgs. n. 50/2016, bensì è il medesimo contratto di concessione che può essere finanziato sia in *corporate financing*, sia in *project financing*. In ragione delle peculiarità di tale ultima operazione economica (in cui la società di progetto isola il progetto e consente di schermarlo dai rischi operativi), sono state comunque riservate alla finanza di progetto norme specifiche in tema di aggiudicazione ed esecuzione del contratto (la finanza di progetto è così diventata un segmento interno alla disciplina della concessione, il titolo IV della Parte II)³⁰.

L'altro aspetto di carattere generale rilevante ai nostri fini è senz'altro quello per cui il Codice, con l'impostazione sistematica ora descritta, ha chiarito l'alternatività tra strumenti di PPP - in particolare, la concessione - e l'appalto, poiché, come chiarito dall'art. 175, comma 2, la valutazione di convenienza e fattibilità del progetto in PPP comprende anche, da parte dell'amministrazione, il confronto tra «*la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente*».

Ora, rispetto a tale approdo, stante il dichiarato fine della ricerca che si sta compiendo, importa meno porre l'accento sul profilo discrezionale, peraltro di assoluta importanza, tra l'appalto e la concessione, che si è oggi chiarito essere riconducibile alla sussistenza o meno di un «*rischio operativo*» in capo all'operato-

di ribadire il principio di autonomia contrattuale, che oggi è stato positivizzato nell'art. 8 del codice».

30 In termini la Relazione, cit., p. 203. Già accorta dottrina aveva in realtà messo in evidenza che «dalla lettura completa del testo di legge si evince, pertanto, che il *project financing* rappresenta una forma di affidamento di una concessione, alternativa a quella "generale" disciplinata dagli artt. 164 ss. del codice degli appalti. Non si tratta, dunque, d'intendere l'alternatività come se il partenariato pubblico privato fosse espressione di un modello radicalmente diverso dallo strumento delle concessioni, ma di interpretare il rapporto come quello tra genere e specie. In altri termini, appare evidente che anche le nuove forme della finanza di progetto sono riconducibili al genus delle concessioni amministrative, ma ne costituiscono una specie diversa, la quale non è disciplinata dalla parte III del codice, applicandosi in questo caso innanzi tutto la disciplina di cui agli artt. 180-183 e ss.» (M. TIBERII, *op. cit.*, pp. 17-18).

re economico, risultando invece non decisiva la natura bilaterale o trilaterale del rapporto³¹.

Di maggiore interesse, ai nostri fini, è invece la conseguenza di sistema che deriva da una chiara distinzione tra strumenti di PPP e appalto, cioè la non applicabilità ai primi delle logiche rigide tipiche del secondo - poiché alternativo rispetto al modello in esame - ma logiche proprie, contenute nel Libro VI del Codice e, segnatamente, ai sensi di quanto disposto dall'art. 174, comma 3 del Codice, «*L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II*».

Ciò appare confermato dall'esame delle disposizioni in tema di concessione, tanto quelle relative alla procedura per la scelta del concessionario nelle concessioni finanziate dall'amministrazione, quanto quelle specifiche relative alle concessioni finanziate *in project*, che si vanno ora ad esaminare.

4. La flessibilità delle procedure di scelta del concessionario e la discrezionalità dell'amministrazione

In ragione dell'affermazione del principio generale della libertà di organizzazione dell'amministrazione delle procedure per la scelta del concessionario

31 In tema si v., in relazione al nuovo Codice, S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine* (d.lg. 31 marzo 2023 n. 36), 2023, c. 224-225. In sintesi, gli Autori evidenziano che «*il rischio operativo è effettivo tutte le volte in cui il concessionario non abbia la garanzia, ovvero la certezza, (non solo di ricavare un utile d'impresa, dalla gestione dell'opera o del servizio, ma prima ancora) di recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti, restando esposto alle fluttuazioni del mercato nel quale opera*» e tale rischio si atteggia diversamente a seconda della tipologia di concessioni: per le c.d. opere calde, «*che sono quelle destinate all'utilizzo da parte della collettività e dotate di una intrinseca attitudine a produrre reddito attraverso il pagamento di tariffe da parte degli utenti (paradigmatici gli esempi delle tratte autostradali e delle tariffe pagate dagli automobilisti, come anche dei parcheggi), il rischio è legato alla domanda del servizio o del bene*» e la sola forma di remunerazione per il concessionario è data proprio dalla tariffa; per le c.d. opere tiepide, «*idonee a produrre reddito ma in misura minore, perché ad esempio l'opera ha una spiccata destinazione sociale che impone di applicare una tariffa calmierata (e il caso del trasporto pubblico locale)*», è ammesso un intervento pubblico di sostegno, finalizzato a garantire l'equilibrio economico-finanziario e che, se solleva l'operatore da perdite garantendogli un minimo di ricavo, ne importa la riqualificazione in termini di appalto; infine, le c.d. opere fredde, «*che non sono idonee a generare reddito attraverso la loro fruizione da parte di terzi e che il concessionario realizza e fornisce direttamente alla pubblica amministrazione (la relazione di accompagnamento menziona ospedali, carceri e scuole)*», e dove il privato è remunerato dall'amministrazione, riconoscendo come in tali casi il confine tra concessione (di lavori) e appalto (misto di lavori e servizi) sia «*davvero labile*».

rio, di cui già all'art. 30 della direttiva 2014/23/UE, pur nel rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, si è giustamente evidenziata la forte apertura verso atipicità e flessibilità che il principio comporta e che si traduce nell'assenza di indicazioni specifiche nel Codice circa le procedure da seguire per la scelta del concessionario, a differenza che negli appalti³².

Ed infatti, si è altresì rilevato che la libertà riconosciuta agli enti concedenti potrebbe, almeno in teoria, indurli a privilegiare in tale ambito sempre la procedura negoziata (con bando) o il dialogo competitivo in luogo, ad esempio, della procedura ordinaria o di quella ristretta³³.

Di rilievo sotto il profilo della discrezionalità e della flessibilità delle procedure in tema di aggiudicazione delle concessioni è l'art. 183, comma 7 del Codice dei Contratti, il quale riconosce all'amministrazione la possibilità di condurre liberamente negoziazioni con i candidati³⁴, di norma attraverso il ricorso al dialogo competitivo, pur nell'affermata immutabilità dell'oggetto della concessione, dei criteri di aggiudicazione e dei requisiti minimi.

Proprio in relazione a questi ultimi due elementi, non mancano, ad avviso di chi scrive, indici di conferma del riconoscimento legislativo della discrezionalità dell'amministrazione, seppure ovviamente nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

In merito infatti ai requisiti di partecipazione, il Codice attribuisce all'ente concedente il potere discrezionale di determinare i requisiti di ordine speciale legati alle capacità tecniche, professionali, finanziarie ed economiche, limitando

32 Cfr. S. FANTINI, H. SIMONETTI, *op. cit.*, c. 225.

33 Così S. FANTINI, H. SIMONETTI, *op. cit.*, c. 226. Gli A. specificano come la scelta invece della procedura negoziata senza bando per le concessioni sopra soglia sia ipotesi eccezionale, ammissibile solo in presenza dei presupposti di cui all'art. 182, comma 7, mentre risulti regolarmente praticabile per le concessioni sotto soglia, per cui l'art. 187 comunque richiede la consultazione di almeno 10 operatori economici e salvo il principio di rotazione.

34 È anche vero che già l'art. 171, comma 7 del D.lgs. n. 50/2016 prevedeva tale possibilità di negoziazione, la quale era parsa come uno degli aspetti potenzialmente più significativi della disciplina (cfr. I. GOBBATO, *Commento all'art. 172*, in L.R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano 2017, pp. 1403 ss.). Sul nuovo art. 183 del D.lgs. N. 36/2023 v. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Commento all'art. 183*, in L.R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano 2023, pp. 1478 ss.

la discrezionalità nel senso che tali requisiti debbano però essere proporzionati all'oggetto dell'appalto e non discriminatori.

Quanto ai criteri di aggiudicazione, se è pur vero che la scelta discrezionale dell'amministrazione, per la natura del contratto da aggiudicare, si ritiene pressoché obbligata in favore del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa³⁵, non è meno vero che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sottende un maggiore margine di discrezionalità dell'amministrazione rispetto a quello automatico e vincolato del prezzo più basso³⁶.

Tornando però al profilo della libera negoziazione con i candidati da parte dell'ente concedente nella forma del dialogo competitivo, si è giustamente rilevato come esso si atteggi quale sub-procedimento nel quale l'amministrazione esercita la sua discrezionalità, pur con i limiti sopra enunciati relativi agli elementi essenziali, che ben potrebbe riguardare la definizione di taluni elementi del progetto, o del piano economico finanziario, o nel caso investa la fase suc-

³⁵ Lo ritengono S. FANTINI, H. SIMONETTI, *op. cit.*, c. 227.

³⁶ In tema v., diffusamente, A. GORGOGLIONE, *Criteri di aggiudicazione degli appalti. Riflessioni a margine dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 21 maggio 2019, n. 8*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2020. La citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8/2019 aveva infatti negato cittadinanza a quell'orientamento giurisprudenziale che riteneva, in ragione di esigenze di accelerazione della procedura, che gli appalti di servizi, quand'anche ad alta intensità di manodopera, dovessero essere aggiudicati col criterio del minor prezzo se aventi caratteristiche standardizzate ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del Codice, affermando, al contrario, che, in presenza di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera, sorge un obbligo speciale di utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il quale trova applicazione in forza della generale preferenza espressa del Codice per esso. Sempre in tema di preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello del minor prezzo si era già espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Seconda Sezione, 7 ottobre 2004, procedimento C-247/02, in *Foro amm. TAR*, fasc. 9, 2004, p. 2425 e ss. con nota di G.M. LIETO, *Criteri di aggiudicazione dei lavori pubblici: riflessioni dalla sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004*, che aveva censurato l'art. 21 dell'allora vigente legge Merloni che, a fronte di una normativa comunitaria che, regolando le modalità di valutazione delle offerte, rimetteva alle stazioni appaltanti il compito di scegliere tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, decise di privilegiare a priori il primo metodo, in quanto per sua natura adatto a minimizzare la discrezionalità amministrativa: «la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta» (par. 40).

cessiva all'apertura delle offerte, può andare a riguardare elementi di dettaglio delle stesse, o un loro miglioramento dal punto di vista finanziario³⁷.

Tale lettura è senz'altro coerente con lo strumento indicato dal legislatore, in quanto il dialogo competitivo, richiamato a modello per le negoziazioni, è un istituto massimamente espressivo dell'esigenza di flessibilizzazione³⁸.

In merito, il già citato considerando 42 della direttiva 2014/24/UE, ben chiarisce che «è opportuno ricordare che il ricorso al dialogo competitivo ha registrato un incremento significativo in termini di valore contrattuale negli anni passati. Si è rivelato utile nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche»³⁹.

E, a livello ancor più generale, quanto evidenziato in ordine alla possibilità di scelta discrezionale dell'amministrazione per una procedura di scelta del concessionario che dovrebbe condurre l'ente a prediligere la procedura negoziata con bando o il dialogo competitivo stesso – o financo la procedura negoziata senza bando, per le concessioni sotto soglia - non può che confermare gli assunti qui proposti.

Ed infatti, anche la procedura negoziata con bando (o competitiva con negoziazione), disciplinata oggi dall'art. 73 del nuovo Codice, si caratterizza per rilevante flessibilità.

Invero, la stazione appaltante adotta un avviso di indizione della gara, rispetto al quale ciascun operatore può presentare una domanda di partecipazio-

37 Cfr. E. ZIMEI, *Le concessioni e le altre forme di partenariato pubblico-privato*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei Contratti Pubblici*, 2024, pp. 691-692.

38 Per una analisi dell'evoluzione dell'istituto v. R. INVERNIZZI, *Dialogo competitivo*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, p. 93-101. In tema, proprio rispetto alle questioni qui in esame, v. anche M. RICCHI, *Negoaction discrezionalità e dialogo competitivo (una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

39 Per un esame delle fonti eurounitarie che hanno riconosciuto l'importanza delle procedure di gara in un'ottica di innovazione v. M. BARBERIO, *Appalti Innovativi – Parte 1: la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo*, in *L'Amministrativista.it*, Focus, 17 giugno 2020, p. 1-4.

ne, il quale contiene informazioni sulla natura e l'oggetto dell'appalto, indicando altresì i criteri per l'aggiudicazione e i requisiti minimi.

A seguito della presentazione delle domande, solo gli operatori invitati possono presentare un'offerta iniziale, nonché offerte successive che possono essere negoziate per migliorarne il contenuto, con il limite dell'immodificabilità dell'offerta finale e comunque fatti salvi i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione; con questi limiti dunque, le stazioni appaltanti possono procedere con ampia libertà nelle negoziazioni, consentendo di intervenire liberamente sui più svariati aspetti delle offerte.

All'evidenza dunque, questa procedura si caratterizza per una interlocuzione tra l'amministrazione e i soggetti partecipanti alla selezione; vi è sì un avviso di indizione della selezione, che detta alcuni elementi di regolamentazione, ma essi vengono implementati in corso di svolgimento della procedura, attraverso una negoziazione che consenta alla stazione appaltante di soddisfare al meglio le proprie esigenze.

Nonostante questi elementi specializzanti e peculiari, che ad avviso di chi scrive differenziano la procedura in esame da quella ordinaria ristretta, si deve comunque rilevare, in una logica di bilanciamento, come in dottrina si sia sottolineato che, nella procedura competitiva con negoziazione, la discrezionalità dell'amministrazione sia limitata e procedimentalizzata, alla luce delle disposizioni normative in merito alla pubblicità della gara, alla obbligatorietà della pre-selezione e alla predeterminazione dei criteri e delle candidature⁴⁰.

Ad ogni modo, è senz'altro vero che una procedimentalizzazione della procedura in esame è riscontrabile e che essa è volta a garantire la *par condicio* tra tutti i partecipanti, essendo stabilito che *«nel corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. A tal fine,*

40 In tal senso R. DE NICTOLIS, *Procedure negoziate con e senza bando*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, p. 56, che, in senso apparentemente difforme da quanto qui sostenuto, afferma che *«in definitiva, attraverso la previa pubblicazione del bando di gara la procedura negoziata viene circondata da garanzie procedimentali pressoché identiche a quelle della procedura ristretta, di talché viene assicurata una concorrenza effettiva»*.

non forniscono informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri» (art. 73, comma 9, primo alinea), senza tuttavia che questo possa condurre a negare la maggiore flessibilità che caratterizza l'istituto in esame⁴¹.

5. La finanza di progetto

Ancor più rilevante ai nostri fini è l'istituto della finanza di progetto, rispetto al quale il nuovo Codice non pare in effetti prevedere norme specifiche innovative rispetto al passato, bensì ha operato al fine di cercare di rendere maggiormente utilizzabile lo strumento.

Nella valutazione della tesi qui proposta, *i.e.* la necessità del riconoscimento di maggiore discrezionalità e flessibilità nella gestione delle procedure in capo all'amministrazione per garantire un maggiore utilizzo degli strumenti di partenariato, è in realtà utile esaminare l'*ubi consistam* della finanza di progetto, riproposta peraltro dal nuovo D.lgs. n. 36/2023.

Sul piano descrittivo, come noto, si ha che un soggetto privato, il quale assume la qualità di promotore, presenta una proposta relativa alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, avendone come corrispettivo unicamente il diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o un tale diritto accompagnato da un prezzo⁴².

Il nuovo Codice, all'art. 193, conferma che l'affidamento mediante finanza di progetto avviene attraverso due fasi procedurali: una prima fase, nella quale il partner privato, promotore, sottopone all'amministrazione proposte relative alla realizzazione in concessione di un progetto che, se ritenuto fattibile dall'ente e approvato, viene posto a base di una gara (seconda fase), nella quale si individua l'offerta economicamente più vantaggiosa e rispetto alla quale il promotore, qualora detta offerta non fosse quella da lui presentata, può esercitare il diritto di prelazione⁴³, che, in realtà, consiste in una dichiarazione di im-

41 In questo senso cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 giugno 2020, n. 6248.

42 Cfr. S. FANTINI, H. SIMONETTI, *op. cit.*, c. 232.

43 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298.

pegno «*ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario*»⁴⁴.

Ora, prima di esaminare i profili di novità nel nuovo Codice che dovrebbero stimolare un maggiore utilizzo delle procedure di *project financing*, è opportuno ricostruire gli approdi ermeneutici cui si è giunti rispetto a tale procedura, poiché ben si inscrivono nel presente discorso in ordine alla necessità di una maggiore discrezionalità e flessibilità dell'amministrazione nella gestione delle procedure di PPP.

Ed invero, la giurisprudenza, nel rilevare che le due serie procedimentali sopra descritte sono strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, ha ormai chiarito, rispetto alla prima fase preliminare di individuazione del promotore, che ancorché procedimentalizzata, essa «*è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore*»⁴⁵.

Come anche recentemente ribadito dal Consiglio di Stato, «*la scelta del promotore di una procedura di finanza di progetto non è un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto uno strumento tramite il quale l'amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da realizzare*»⁴⁶, da cui discende che l'Amministrazione - una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato - non è comunque tenuta a dare corso alla procedura di gara, essendo libera di scegliere, attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo e non sindacabili in sede giurisdizionale, se, per la tutela dell'interesse pubblico,

⁴⁴ La stessa *Relazione, cit.*, p. 231, chiarisce che più che un diritto di prelazione, quello del promotore è un diritto di opzione.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005; nella giurisprudenza più recente Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 11 agosto 2023, n. 1034.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. V, ord. 7 giugno 2023, n. 5615

sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione ovvero non procedere affatto⁴⁷.

Ciò tuttavia non esclude che l'amministrazione possa incorrere in responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del procedimento di *project financing*, che ricorre allorquando «*l'Amministrazione prima pronunci (senza adeguata verifica delle effettive e concrete condizioni di attuabilità) la dichiarazione di pubblico interesse - approvando, senza riserve, il progetto proveniente dal promotore - e, successivamente, ne disponga il (pur legittimo) annullamento in autotutela, laddove si avveda di insuperabili ragioni ostative che avrebbero potuto (e dovuto) essere immediatamente rilevate, ovvero si risolva, comunque, ad una diversa valutazione della praticabilità (o della convenienza) dell'intervento o del ricorso allo strumento della finanza di progetto*», ancorché ciò, in ragione della già richiamata libertà dell'amministrazione di non affidare il progetto, possa predicarsi soltanto quando l'amministrazione abbia, sulla base del progetto assentito, attivato la procedura di gara e l'avesse conclusa con l'aggiudicazione: «*l'aggiudicazione, invero, trasforma, di suo, l'aspettativa di mero fatto, fino a quel punto vantata dal promotore, in aspettativa giuridicamente tutelata alla consequenziale stipula del contratto aggiudicato, il cui rifiuto - quand'anche, in concreto, giustificato dal (postumo e tardivo, ma pur sempre legittimo) accertamento della carenza delle condizioni iniziali della messa a gara - concreta ragione di responsabilità per violazione del canone di correttezza e di lealtà (cfr. art. 1337 Cod. civ. e, oggi, l'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990)*»⁴⁸.

Inoltre, vale rilevare che, pur libera di non affidare il progetto all'esito della prima fase, sussiste comunque un obbligo dell'amministrazione di provvedere, giustiziabile mediante il rimedio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., essendo comunque l'amministrazione tenuta a concludere il procedimento con un provvedimento espresso e motivato in ordine alla valutazione di fattibilità del pro-

47 Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820; Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2017, n. 207; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719; Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365.

48 Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368.

getto e alla sua dichiarazione di pubblico interesse⁴⁹; sul punto peraltro il nuovo art. 193, comma 2, ult. periodo, recepisce tali indicazioni, prevedendo l'obbligatorietà dell'adozione di un provvedimento espresso conclusivo, pubblicato sul sito istituzionale e comunicato ai soggetti interessati⁵⁰.

Ora, il nuovo Codice, pur nel solco della precedente disciplina, detta le seguenti regole atte a garantire una maggiore ampiezza applicativa e flessibilità nell'ambito della fase di individuazione del promotore, che è senz'altro la fase maggiormente delicata e allo stesso tempo quella che più incide sull'attrattività dello strumento.

In primo luogo, il nuovo Codice, nel ritenere in realtà meritoria la modifica operata all'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016, dall'articolo 8, comma 5, lettera *d*), del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, nella l. 11 settembre 2020, n. 120, per cui le proposte di finanza di progetto sono ammissibili anche in relazione a opere e progetti già inclusi negli strumenti di programmazione pubblica, pur eliminando la relativa previsione, ha disposto, in termini generali, che «*le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato*» (art. 175, comma 1), anche su iniziativa del privato-promotore, accompagnando tale previsione con l'eliminazione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica, poiché tale strumento è stato ritenuto, nei fatti, una duplicazione della scelta di indire una gara pubblica per l'affidamento di una concessione⁵¹.

Da ciò discende la possibilità che la proposta del privato attenga sia a progetti ricompresi nel programma triennale, eventualmente anche proponendo modalità diverse di realizzazione, sia ad iniziative non presenti negli strumenti di programmazione.

49 *Ex multis* T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 28 ottobre 2022, n. 703.

50 Cfr. G. BRUNO, *Commento all'art. 193*, in L.R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano 2023, p. 1535.

51 Cfr. G. BRUNO, *op. cit.*, p. 1532.

Quanto invece alla disciplina della prima fase, il nuovo Codice, all'art. 193, conferma che l'amministrazione è chiamata a valutare la fattibilità della proposta, invitando il proponente ad apportare al progetto le modifiche necessarie per la sua approvazione, con la precisazione che, se il proponente non le apporta, la proposta viene respinta.

Rispetto a tale previsione, in senso maggiormente conforme alla logica negoziale dello strumento e della prima fase in particolare, il Codice prevede che le modifiche richieste possano essere *«eventualmente rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dallo stesso promotore per recepire le indicazioni dell'ente concedente»*⁵².

Nonostante poi nello Schema di Codice predisposto dalla Commissione fosse stato sostituito il previgente termine perentorio di tre mesi per la valutazione della proposta da parte dell'amministrazione con un più flessibile avverbio *«tempestivamente»*, il legislatore ha poi ritenuto di reintrodurre il riferimento a *«novanta giorni»*, ancorché non più qualificati come perentori.

Rispetto a tale questione peraltro, il Consiglio di Stato ha escluso che *«il mancato rispetto del termine (perentorio) di tre mesi per la valutazione della fattibilità della proposta determini come effetto quello di una maggiore "strutturazione" del procedimento, ad instar di un procedimento di gara, anche perché una siffatta "conversione" non ha attinenza con la dichiarata perentorietà del termine»*⁵³.

Relativamente alla prima fase così descritta, mette conto di rilevare che la stessa decisione ha, da un lato, ritenuto che *«che alla fase di scelta del proponente male si attaglia la predeterminazione dei criteri di valutazione, presupponente quanto meno la esatta definizione dell'oggetto del procedimento e dunque della proposta»*; dall'altro, su tali basi e quantomeno per l'ipotesi di superamento del termine di tre mesi, che

⁵² Già in dottrina risalente si era ritenuto opportuno di consentire all'amministrazione di dialogare con gli operatori al fine di disporre dell'offerta che soddisfi nel modo migliore gli obiettivi dell'amministrazione aggiudicatrice, richiamandosi all'istituto, al tempo innovativo, proprio del dialogo competitivo (cfr. G. PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 10/2006, p. 1115).

⁵³ Cons. Stato, ord. n. 5615/2023 *cit.*

era qualificato come perentorio, ha ritenuto di dover rimettere alla Corte di Giustizia UE la seguente questione interpretativa: «se l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo»⁵⁴, la quale è stata tuttavia dichiarata manifestamente irricevibile dalla Corte di Giustizia⁵⁵.

In merito, vale rilevare che non sembra condivisibile la posizione di chi ha ritenuto che la questione abbia comunque ormai del tutto perduto d'attualità alla luce del venir meno dell'espressa indicazione di perentorietà del termine di novanta giorni⁵⁶, in quanto il profilo asseritamente critico permarrebbe in relazione alla circostanza per cui nella prima fase della procedura non vi è predefinita la comunicazione dei criteri di valutazione né comunicazione degli eventuali stessi a tutti i concorrenti, che sarebbe solo aggravata dalla presenza del termine perentorio.

La questione appare più propriamente infondata, come peraltro ritiene lo stesso Consiglio di Stato remittente e appare trasparire da quanto affermato dalla decisione della Corte di Giustizia che ha dichiarato la questione manifestamente irricevibile, la quale ha evidenziato, in merito all'insufficiente spiegazione della rilevanza dei principi di diritto dell'Unione nel caso sottoposto, che, a fronte di una allegazione della ricorrente per cui «la procedura di finanza di progetto rientrerebbe nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione dal momento che ha natura «comparativa e attributiv(a) di un vantaggio economico»», non si chiarisce «in che modo tale diritto sarebbe applicabile a «tutte le procedure comparative», ed anzi «al contrario, come risulta dal punto 11 della presente ordinanza, il giudice del rinvio rileva espressa-

⁵⁴ Ancora Cons. Stato, ord. n. 5615/2023 cit.

⁵⁵ Cfr. Corte giustizia UE sez. VIII, 12 dicembre 2023, n. 407.

⁵⁶ Lo ritiene A. GIOVANNINI, *op. cit.*

mente che, a suo avviso, la scelta effettuata dall'amministrazione nell'ambito della prima fase di una procedura di finanza di progetto, (...) non è «un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica»⁵⁷.

Il così delineato sistema dunque fa emergere una ampia discrezionalità dell'amministrazione nella prima fase di valutazione della proposta formulata dal privato ed un vero e proprio dialogo, una negoziazione, al fine di rendere il progetto pienamente aderente alle esigenze dell'amministrazione; ecco perché si ritiene ammissibile in modo ampio e privo di limitazioni l'istituto del soccorso istruttorio⁵⁸, nonché si è evidenziata, in dottrina, l'inapplicabilità dell'art. 10-bis l. n. 241/1990, pur ritenendosi applicabili i principi generali della l. n. 241/1990 in merito all'obbligo di concludere il procedimento e di motivare la determinazione conclusiva, tanto in punto di interesse pubblico al progetto, quanto, in presenza di più proposte, delle ragioni di preferenza per il progetto prescelto⁵⁹.

Collegandoci proprio a tale ultimo profilo, stante la riscontrata presenza di una ampia discrezionalità dell'ente, la giurisprudenza ha, nel corso del tempo, costruito una sorta di “rete di protezione” atta a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, che si sostanzia nei seguenti profili:

⁵⁷ Corte di Giustizia UE, n. 407/2023 cit. § 22-23. Aggiunge peraltro la Corte che «il giudice del rinvio non stabilisce alcun collegamento tra i principi del diritto dell'Unione cui fa riferimento e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui è investito. Più in particolare, esso non spiega in che modo la finalità perseguita dal termine perentorio di tre mesi di cui dispone l'amministrazione per valutare le proposte ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del decreto legislativo n. 50/2016, possa incidere sulla valutazione di tale disposizione alla luce di detto diritto».

⁵⁸ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 13 gennaio 2017, n. 110: «il meccanismo disciplinato dal comma 15° in questione non prevede alcuna gara nella sua fase iniziale, ma l'inoltro di una proposta di un privato ad una amministrazione aggiudicatrice. E nel caso in cui l'amministrazione ritenga che la proposta pervenuta sia carente di un allegato indefettibilmente previsto per legge (quale ad esempio una garanzia od un impegno ad una garanzia), attraverso un atto formale, o un contatto informale, potrà chiedere al proponente di integrare la proposta, avvertendolo che in mancanza non potrà essere presa in considerazione, ma non ne disporrà l'esclusione (esclusione da cosa?); come è confermato dal fatto che la mancata allegazione degli atti che devono essere allegati all'offerta, non è prevista a pena di esclusione, conseguenza che invero mal si sposa con un procedimento ad impulso dello stesso proponente».

⁵⁹ Cfr. C. MALINCONICO, *Finanza di Progetto*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. V.

- le valutazioni dell'amministrazione procedente sono caratterizzate sia da una discrezionalità di ordine tecnico, per gli apprezzamenti degli aspetti economico-finanziari, progettuali e ambientali delle proposte, sia da una discrezionalità di tipo amministrativo c.d. puro, in relazione al più adeguato perseguimento dell'interesse pubblico e alla scelta fra le diverse opzioni a tal fine percorribili, ivi compresa la c.d. opzione zero⁶⁰;

- la presenza di discrezionalità amministrativa (pura e tecnica) non elide la necessità di rispettare le essenziali regole di trasparenza e ragionevolezza, tanto più rilevanti quando il vaglio delle proposte si svolga in un contesto comparativo e sulla base di limiti imposti dallo stesso ente pubblico: onde anche la valutazione dell'amministrazione in ordine all'interesse pubblico delle proposte presentate è sindacabile dal giudice amministrativo entro i confini del controllo di legittimità⁶¹;

- inoltre, una verifica quanto meno preliminare va svolta nei confronti di tutte le proposte, nell'interesse non solo degli operatori economici privati, ma anche della stessa amministrazione, atteso che l'individuazione e la miglior specificazione del pubblico interesse non può che conseguire alla comparazione di esse⁶²;

- il potere dell'amministrazione di disporre modifiche e integrazioni istruttorie può essere esercitato con riguardo ad un progetto contenutisticamente definito, presupponendo che la documentazione prodotta sia tale da consentire di deliberare, sebbene *prima facie*, la fattibilità della proposta e la sua sostenibilità economica, insieme alla rispondenza al pubblico interesse; per contro, il potere di integrazione non può risolversi nel completamento di una proposta carente dei presupposti minimi, perché altrimenti si risolverebbe, non nel perfezionamento documentale di un progetto già completo nei suoi elementi essenziali, ma nella presentazione di una proposta *ex novo*, con illegittima

60 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 2019, n. 7833.

61 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1.

62 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2018, n. 4777; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 17 settembre 2020, n. 310.

sovrapposizione tra i ruoli spettanti all'amministrazione ed al proponente il *project financing*⁶³.

Proprio rispetto a tale ultimo profilo, recente giurisprudenza ha ritenuto illegittimo l'operato dell'amministrazione che, dopo avere definito i requisiti di fattibilità al fine di assicurare una base di omogeneità alla valutazione, ha accordato a un solo operatore la *chance* di mutare aspetti essenziali della sua proposta, pur a fronte delle gravi carenze concernenti elementi fondamentali, espressamente enunciati nell'atto di avvio della procedura, né, quindi, avrebbe potuto essere ammessa in via esclusiva al «*dialogo plasmante*» con l'Amministrazione, per sanare le lacune di fattibilità del progetto modificandone in via sostanziale i contenuti economico-finanziari attraverso l'introduzione di contenuti profondamente diversi da quelli iniziali, in violazione delle regole di *par condicio* ed imparzialità⁶⁴.

Nell'ambito di quella che abbiamo definito “rete di protezione” per gli operatori economici che partecipano alla prima fase, resta da menzionare la possibilità, riconosciuta dalla giurisprudenza, di esercitare il diritto d'accesso ai documenti, tanto amministrativi, quanto progettuali sotto il profilo tecnico-economico, da parte dell'operatore economico non prescelto, alla conclusione della prima fase, riconoscendosi l'immediata impugnabilità dell'atto conclusivo di tale fase⁶⁵, restando escluso invece, secondo l'opinione maggioritaria, che

63 Cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6042; sostanzialmente nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2019, n. 7833, secondo cui la collaborazione tra soggetto pubblico e operatore privato non può «*essere utilizzata per correggere lacune o insufficienze del progetto in generale, e del piano economico-finanziario in particolare*». Rispetto a tale orientamento, rileva G. BRUNO, *op. cit.*, p. 1535, che esso appare applicabile anche alla nuova disciplina nonostante la generale apertura dei profili di sanabilità mediante il soccorso istruttorio portata dal Codice del 2023.

64 Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. I, 3 gennaio 2023, n. 8.

65 Per tutte cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 8 settembre 2023, n. 8236, che ha ben chiarito che «*è intrinseco alla ratio sottesa alla sollecitazione, da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice, di manifestazioni di interesse da parte di privati in funzione di una futura gara di finanza di progetto che l'operatore che ha partecipato a detta fase preliminare ed il cui progetto, per qualunque motivo, è stato dichiarato non rispondente al pubblico interesse abbia una posizione differenziata e, appunto, qualificata ad impugnare subito il giudizio conclusivo dell'Amministrazione, con cui questa si pronuncia sfavorevolmente sul proprio progetto e, contestualmente, esprime la propria preferenza per il progetto presentato da altro concorrente (...) l'operatore non prescelto ha un interesse strumentale, giuridicamente tutelato, a conoscere immediatamente ed integralmente i documenti*

l'esercizio del diritto d'accesso e l'immediata impugnabilità possa essere anticipata anche in relazione ad atti con cui l'amministrazione ritenga il progetto di un operatore «di maggior interesse» e avvii con lui un dialogo più specifico anche al fine di apportare le modifiche prodromiche ad una eventuale dichiarazione di fattibilità e di pubblico interesse del progetto⁶⁶.

Un ultimo profilo merita poi di essere richiamato, poiché sul punto il Codice non pare aver sfruttato appieno la possibilità di rimodulare la disciplina della finanza di progetto, come invece era stato proposto dalla Commissione in sede di redazione dello schema.

Ci si riferisce alla scelta del legislatore di prevedere, quale vantaggio competitivo per il promotore, ancora unicamente il citato diritto di prelazione, il quale ha avuto l'effetto di scoraggiare molti operatori economici alla partecipazione alla seconda fase, quella realmente competitiva.

La Commissione nello Schema aveva introdotto la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, in alternativa al diritto di prelazione, il riconosci-

*presentati od elaborati nel corso della procedura e, in particolare, il progetto preferito dall'Amministrazione, ivi inclusi i relativi profili tecnico-economici. (...) se è immediatamente impugnabile l'atto conclusivo della fase progettuale di individuazione del progetto da porre a gara (consolidata la giurisprudenza sul punto), evidentemente deve ritenersi subito accessibile, da parte dell'operatore che ha preso parte, con esito sfavorevole, a siffatta procedura, la diversa offerta prescelta, anche negli aspetti tecnici ed economici, pena: - la sostanziale frustrazione del diritto di difesa di tale soggetto, il cui interesse legittimo allo scrutinio giurisdizionale della scelta amministrativa viene de facto sterilizzato; - la parallela creazione, in via pretoria, di una "bolla" di insindacabilità delle decisioni amministrative. Tale conclusione trova fondamento nei cennati, significativi vantaggi concorrenziali che la legge (art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016) delinea a favore del promotore nella successiva gara». L'immediata impugnabilità dell'atto che chiude la prima fase era stata già affermata da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1/2012 cit. Sul tema v. M. PIGNATTI, *La legittimazione e l'interesse al ricorso in materia di finanza di progetto*, *Foro amm. Cds*, fasc. 4, 2012, p. 830.*

66 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, ord. 5 aprile 2024, n. 3150, che conferma quanto affermato da T.A.R. Sardegna, Sez. II, 19 dicembre 2023, n. 987, che ha negato l'accessibilità dei documenti allorquando la prima fase non si sia conclusa sul rilievo che «la riservatezza commerciale del proponente deve essere tutelata sino a che (e solo sino a che) il proprio progetto non sia prescelto dall'amministrazione e dunque, una volta posto in posizione di vantaggio, deve allora sostenere il peso della completa disclosure dei propri atti e documenti inerenti al progetto stesso, sì da consentire agli altri proponenti di contestare la valutazione compiuta, chiudendo la prima fase, dal Comune, che ha dichiarato la fattibilità e la conformità all'interesse pubblico del progetto». *Contra* cfr. T.A.R. Liguria n. 8/2023 cit., per cui «può essere impugnato immediatamente anche l'atto con il quale, nella prima fase del project financing, l'Amministrazione dichiara preferibile il progetto di un'altra impresa, in quanto strettamente prodromico e direttamente finalizzato alla successiva dichiarazione di pubblico interesse, salvo, ovviamente, l'onere di gravare, a pena di improcedibilità, il successivo provvedimento che conclude la fase, individuando il soggetto promotore e dichiarando il suo progetto di interesse pubblico».

mento in favore del promotore di un punteggio premiale, c.d. sistema alla cile-
na, come i sistemi tipo “bonus point” in gara (10% - 20% *score*), recependo me-
ritoriamente i suggerimenti degli economisti⁶⁷, che avrebbe consentito anche di
superare i profili di perplessità che la Commissione Europea ha manifestato ri-
spetto al diritto di prelazione, il quale potrebbe rappresentare una violazione
del principio della parità di trattamento, data la diversa posizione attribuita al
promotore, che scoraggia la partecipazione di operatori di altri paesi europei
che non hanno familiarità con questo meccanismo, incidendo negativamente
sui loro investimenti in Italia⁶⁸.

6. Discrezionalità dell'amministrazione e flessibilità delle procedure nel PPP: una corrispondenza necessaria

L'analisi sin qui condotta induce a valutare, nel complesso, positivamente
l'attuale disciplina portata dal nuovo Codice dei Contratti, che pare in linea con
le condivisibili considerazioni che la dottrina più recente aveva sviluppato al
fine di rinvigorire, in termini di maggiore utilizzo, gli istituti di partenariato
pubblico privato.

67 Sul punto la *Relazione* è ampiamente motivata e merita riportare alcuni passaggi, per di-
mostrare l'ampiezza di istruttoria che aveva condotto alla scelta della Commissione e l'apparen-
te miopia del legislatore: «secondo gli economisti, questo sistema rischia di generare incentivi perversi secondo
cui i concorrenti scelgono di partecipare alla gara e offrire sconti economici con la finalità di comprimere il mar-
gine di profitto del promotore. I concorrenti, sapendo che il promotore pareggerà la loro offerta per vincere
l'appalto, scelgono di offrire condizioni molto scontate per danneggiare i profitti del promotore, con la finalità di
indebolirlo. Il risultato di questi sconti potrebbe essere un prezzo inizialmente più vantaggioso per l'amministra-
zione pubblica, ma con grandi rischi per la qualità della performance nelle fasi successive del progetto. (...) Ne-
gli studi messi a disposizione dagli economisti si evidenzia che il trattamento favorevole nei confronti del propo-
nente originario è particolarmente significativo anche nei sistemi con bonus points, soprattutto quando il credito
d'offerta è elevato. I Paesi che utilizzano sistemi di punteggio premiale fissano i punti bonus a valori general-
mente tra il 5 e il 20 per cento dei punti totali che possono essere guadagnati nella valutazione. (...) Come
hanno evidenziato gli economisti, l'effetto di incentivazione del trattamento favorevole, tuttavia, non è privo di
costi. Dato che un concorrente della gara riceve un vantaggio concorrenziale, la concorrenza nella fase di gara è
distorta e, come sottolinea la teoria delle aste, è probabile che aumenti il costo di attuazione del progetto per
l'autorità pubblica, rispetto a una situazione di parità di trattamento di tutti gli offerenti. Pertanto, concedere a
un proponente un trattamento favorevole nella gara successiva per l'attuazione del progetto comporta un compro-
messo: incentiva la presentazione di progetti innovativi e potenzialmente di valore sociale, ma aumenta il costo
della loro attuazione. Nel complesso, la letteratura economica ha sostenuto che i vantaggi supereranno gli svan-
taggi quando vengono utilizzati sistemi ben progettati» (pp. 231-232).

68 In tema v. M. TIBERII, *op. cit.*, pp. 10 e ss.

Ed infatti, in linea con la lettura che si è qui proposta, la dottrina ha evidenziato che la fase procedimentale che precede la decisione sulla fattibilità della proposta privata non dovrebbe trasformarsi in una procedura ad evidenza pubblica anticipata, anche (e soprattutto) in un contesto in cui sarà sempre più frequente la presentazione di una pluralità di progetti per il perseguimento degli obiettivi già individuati dal PNRR⁶⁹; ma, allo stesso tempo, gli assunti giurisprudenziali che si sono sopra esaminati in merito alla qui definita “rete di protezione”, paiono idonei a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e divieto di discriminazione, pur senza trasformare il confronto competitivo in una procedura ad evidenza pubblica.

A ben vedere e volgendo lo sguardo a più ampio spettro, deve ritenersi che già nell'evoluzione normativa del precedente Codice dei Contratti avevano trovato ingresso numerose procedure di scelta del contraente che, lungi dal limitare la scelta discrezionale dell'amministrazione, la esaltano, al fine di favorire una azione più efficiente ed efficace, senza peraltro che ciò cagioni pregiudizio alla tutela della concorrenza, su cui maggiormente è fondato l'impianto eurounitario in materia e che abbiamo recepito⁷⁰.

Questo è oggi, come visto, plasticamente affermato dal nuovo Codice, che più che innovativo (ma non è un *minus*) pare chiarificatore sul punto, superando precedenti suggestioni assai poco convincenti in merito alla funzione della stessa disciplina dei contratti pubblici.

Dunque, con valore assolutamente determinante in relazione al PPP, le procedure di gara “meccaniche”, in cui vi è una integrale predeterminazione di

69 Cfr. ancora A. MOLITERNI, *op cit.*, p. 463 e ss., il quale conclude che «*in definitiva, occorre evitare di leggere il fenomeno del partenariato con i medesimi occhiali con cui si osservano gli appalti pubblici, rifuggendo dalla tentazione di trasferire acriticamente la rigidità (e la logica di sospetto) che spesso hanno caratterizzato l'approccio domestico al tema dei contratti pubblici, nell'ambito di rapporti complessi in cui occorre favorire lo sviluppo di una logica «cooperativa» che faciliti, attraverso i giusti incentivi, l'assunzione di maggiori responsabilità sia da parte degli operatori pubblici, sia da parte degli operatori privati.*

70 In questo senso, M. CAFAGNO, *Risorse decisionali, cit.*, pp. 35 e ss., evidenzia che «*l'inefficienza delle procedure (e, conseguentemente, delle transazioni che esse preparano) può minacciare lo sviluppo della concorrenza non meno del favoritismo o dell'opacità delle stagioni appaltanti. L'inefficienza abbatte infatti il surplus che le parti possono sperare di dividersi, mediante il processo negoziale, e perciò compromette l'interesse agli scambi.*

tutti gli elementi rilevanti per la gara (oggetto, requisiti, parametri di valutazione), non appaiono idonee ad affrontare la complessità di numerosi rapporti negoziali, soprattutto di durata, incidendo negativamente sull'efficienza, non prevedendosi "momenti intermedi" di acquisizione di informazioni e approntamento di correttivi, che rappresentano, al contrario, efficaci strumenti per una migliore realizzazione dell'interesse pubblico⁷¹.

In questo senso infatti, è stato rilevato che i procedimenti in qualche forma negoziati risultano particolarmente efficaci nei casi di aggiudicazione di contratti più complessi (dove occorre una certa interazione con le controparti) o nei settori d'innovazione tecnologica (soggetti a rapidi cambiamenti e ad obsolescenza), assicurando la possibilità di ottenere il miglior risultato finale⁷².

D'altronde, aveva già colto Mario Nigro come l'irrigidimento delle forme e del procedimento non consenta una piena attuazione di tutti i principi costituzionali rilevanti nell'attività amministrativa, cogliendo un nesso inscindibile tra la flessibilità dell'azione amministrativa e il principio di efficienza della stessa e dunque del valore costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione⁷³.

Tanto è vero che l'art. 1 della bozza della legge generale sul procedimento amministrativo, elaborata dalla Commissione Nigro, prevedeva che *«l'attività amministrativa deve svolgersi in modo sollecito, semplice ed economico. Essa si ispira al principio di libertà delle forme. Quando sono prescritte forme procedurali, il procedimento è vincolato, oltre che al rispetto delle norme della presente legge, esclusivamente a quello delle di-*

71 Ancora M. CAFAGNO, *op. ult. cit., loc. cit.*, che conclude dunque che *«il contenimento della discrezionalità, per finalità di controllo, va coniugato col bisogno di variabilità, in funzione dell'efficienza»*.

72 Così M. CERUTI, *La motivazione relativa alla procedura negoziata: obbligo o facoltà?*, in *www.appaltiecontratti.it*, il quale ha altresì evidenziato *«una atavica renitenza ad usare l'istituto de quo per le concessioni di lavori e per gli affidamenti più complessi, quindi proprio dove sarebbe ragionevole aspettarsi una certa interazione fra le parti, per il timore di abusi nella discrezionalità amministrativa e pratiche di malaffare»*.

73 Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1966. Su questi profili v. M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 493 ss.

sposizioni che lo riguardano. Le pubbliche amministrazioni non possono aggravare il procedimento se non per gravi e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria»⁷⁴.

Ma, richiamandoci ancora alla dottrina che più ampiamente ha analizzato questi temi, possono utilizzarsi argomentazioni proprie anche degli economisti, come ha provato a fare anche la Commissione di redazione dello schema del Codice, non sempre poi seguita dal legislatore (v. *supra* la questione del diritto di prelazione nella finanza di progetto): essi mettono in luce che non è solo l'efficienza dell'attività amministrativa a essere pregiudicata dalle procedure eccessivamente rigide, ma anche la sua efficacia, in particolare con riferimento ai contratti di lunga durata, nei quali le criticità esecutive minacciano di vanificare gli eventuali benefici dell'originaria competizione per il mercato⁷⁵.

Certamente, come acutamente osservato, l'esercizio del potere di scelta discrezionale in merito alla scelta delle procedure «*richiede competenza e qualificazione, e implica responsabilità*»⁷⁶.

Si deve dunque ritenere oggi che, anche sul piano del diritto positivo, sia ormai acquisita una lettura che valorizzi una visione delle gare pubbliche non come rigido sistema procedurale, bensì quali procedimenti maggiormente fluidi o che, comunque, consentano una piena esplicazione della discrezionalità dell'amministrazione, al fine di garantire una efficiente allocazione delle risorse, nell'ambito della quale quindi trovano fertile terreno tutti gli strumenti di PPP,

⁷⁴ Sui lavori della commissione v. R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in RTDP, 2010, p. 667 e ss.

⁷⁵ Sempre M. CAFAGNO, *Risorse decisionali*, cit., che, nel riprendere il lavoro di O. E. WILLIAMSON, *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, in *Le istituzioni economiche del capitalismo* (trad. it), 1986, pp. 485 ss., afferma dunque che «in corso d'esecuzione riemerge la distribuzione asimmetrica delle informazioni e le parti, sotto il velo dell'incertezza, hanno buon gioco nel lamentare imprevisti e quindi nel premere, sinceramente o pretestuosamente, per la ritrattazione degli impegni originari. Per questa via si giunge inesorabilmente a constatare che la rigidità procedimentale, lungi dall'esorcizzare il potere discrezionale, finisce più semplicemente col procrastinarne l'esercizio al momento dell'esecuzione, spingendolo per paradosso in un cono d'ombra anche più temibile, sul piano delle esigenze di prevenzione della corruzione».

⁷⁶ R. De NICTOLIS, *Le procedure di scelta del contraente*, cit., che ciò afferma proprio nella ritenuta convinzione che, già con il Codice del 2016, «alle stazioni appaltanti viene fornito un ampio menu tra cui scegliere la procedura di gara più adeguata ai propri obiettivi. Viene restituito alle stazioni appaltanti un "potere di scelta discrezionale", che la passata legislazione sui lavori pubblici ha sempre cercato di limitare».

rispetto ai quali il quadro normativo ed ermeneutico applicabile pare maturo per un loro crescente utilizzo.

E tuttavia, mai fu più appropriato concludere che, se ciò sia vero, *lo scopriremo solo vivendo*.

FRANCESCO DIMICHINA

Dottorando in scienze giuridiche, curriculum “amministrazione, mercato e giustizia penale”
presso l'Università di Pisa
francesco.dimichina@phd.unipi.it

ALCUNE RIFLESSIONI SULLA TUTELA DELLA CONCORRENZA NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOME REMARKS ON THE PROTECTION OF COMPETITION IN THE NEW PUBLIC CONTRACTS CODE

«Bisogna che lo confessi: credo poco alle leggi. Se troppo dure, si trasgrediscono, e con ragione. Se troppo complicate, l'ingegnosità umana riesce facilmente a insinuarsi entro le maglie di questa massa fragile, che striscia sul fondo. [...] E tuttavia, da questo cumulo di innovazioni pericolose e di consuetudini antiquate emerge qua e là, come in medicina, qualche formula utile. I filosofi greci ci hanno insegnato a conoscere un po' meglio la natura umana; i nostri migliori giuristi da qualche generazione rivolgono le loro cure nella direzione del senso comune. Ho posto in atto anch'io talune di quelle riforme parziali che sono le sole durevoli. [...] Mi proposi d'eliminare cautamente le leggi superflue e di promulgare con fermezza un piccolo numero, di saggi decreti. Sembrava giunta l'ora di riesaminare, nell'interesse dell'umanità, tutte le prescrizioni antiche».

MARGUERITE YOURCENAR, *Memorie di Adriano*, trad. it. a cura di L. Storoni Mazzolani, Torino, 2013, 107.

SINTESI

A livello europeo è tuttora dibattuta l'esistenza di un vero e proprio principio di concorrenza, sia con riguardo al diritto primario in genere sia, nello specifico, con riferimento alle direttive in materia di contratti pubblici. Nonostante ciò, il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 36, richiama espressamente il principio di con-

correnza all'art. 1. Scopo dello scritto è dunque quello di verificare la concreta portata del "principio" in parola nel nuovo Codice, in particolare al cospetto del preminente principio del risultato.

ABSTRACT

At the European level, the existence of a genuine principle of competition is still debated, both at the level of primary law in general and at the level of public procurement Directives in particular. Nevertheless, the new Italian Procurement Code, the legislative decree No. 36 of 10 March 2023, expressly refers to the principle of competition in Article 1. The purpose of this paper is therefore to verify the concrete impact of the "principle" of competition in the new Italian Procurement Code, particularly in the light of the leading principle of the outcome.

PAROLE CHIAVE: contratti pubblici – concorrenza – principi – regole – risultato – rotazione

KEYWORDS: public procurement – competition – principle – rules – outcome – alternation

INDICE: 1. Premessa – 2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici – 3. La concorrenza nella disciplina europea dei contratti pubblici – 4. (segue...) e nel nuovo Codice italiano: da principio a valore strumentale? – 5. Il principio di rotazione in materia di appalti sotto-soglia quale caso paradigmatico – 6. Conclusioni

1. Premessa

Si ritiene che costituisca un aspetto precipuo dei sistemi tradizionalmente definiti di *common law* quello per cui le decisioni giudiziarie sono basate oltre che sui precedenti, anche sul modo in cui i giudici leggono i mutamenti sociali, legati come sono ad una determinata società in cui vivono, così da poter decidere quando è opportuno invertire la rotta a cospetto di quella che si reputava essere una data norma vigente. Anzi, questa possibilità di continuo assestamento costituirebbe la «*bellezza caratteristica del common law*»¹. Viceversa, negli ordina-

1 F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, I ed., trad. it. a cura di Giovanni Battista Ratti, Roma, Carrocci, p. 165. Non è questa la sede per addentrarsi nel dibattito riportato da Schauer circa la giustificazione dei mutamenti giurisprudenziali nel *common law*. Come riconosce l'Autore, casi clamorosi di mutamento giurisprudenziale, negli Stati Uniti, sono stati letti da Dworkin come decisioni basate su principi più ampi e preesistenti rispetto alle norme giuridiche richiamate nei precedenti sovvertiti (ivi, 163). Chi scrive non intende sostenere che nei sistemi cd. di *common law* non

menti cd. di *civil law* si avverte da sempre l'insofferenza per la crescente congerie normativa frutto di angherie e ingiustizie, considerato che «in ogni tempo l'abbondanza di leggi non assicura affatto né un equilibrato sistema di diritto, né l'integrità delle istituzioni politiche, né un buon antidoto alle ingiustizie»². Pertanto oggi, che il numero delle leggi è sempre più vasto³, in quest'ultimo tipo di sistemi assumono ancora più importanza i principi che consentono di introdurre uniformità lì dove c'è difformità, sotto il profilo tanto esegetico quanto applicativo e di *law making*⁴.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, tuttavia, almeno sino all'emanazione del saggio di Dworkin intitolato *The Model of Rules*⁵, dichiaratamente

viga il principio dello *stare decisis*, come dimostra il fatto che la sentenza che inverte un precedente debba vagliarlo nel dettaglio, a partire dalla considerazione che tale decisione è “*egregiously wrong*” (come nel caso della dibattuta decisione *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), *Opinion of the Court*, p. 6). In aperto contrasto con l'idea di precedente propugnata da Schauer si v., tra gli altri, J. WALDRON, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, 111 *Mich. L. Rev.* 1 (2012), <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1>. Sulla visione di Waldron, nella dottrina italiana, v. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 158. D'altronde, che la norma posta dal legislatore sia di per sé esposta a “*dinamiche evolutive*” lo afferma anche la nostra Cassazione (Cass. civ., SS. UU., 11 luglio 2011, n. 15144, cit. da E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in dir. proc. amm.*, 4, 2012, p. 1245 ss., cui si rinvia circa le considerazioni sull'esistenza di un vincolo del precedente similare in Italia e in Inghilterra).

2 M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2019, p. 34. Del resto, “*Quante più norme ci sono, tanto più incerta è la scelta del comportamento da tenere*”, così G. CORSO, *Incertezza giuridica ed eccesso di legislazione*, in AA.VV., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, Giappichelli, 2021, I, p. 36, ma v. altresì p. 46.

3 In questo senso, già nel 2005, S. CASSESE, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, 96 ss; nonché, più di recente, ID., *Labirinto di leggi con vie di uscita*, in *Il Sole 24ore*, 9 ottobre 2022.

4 M. D'ALBERTI, *loc. ult. cit.*

5 R. M. DWORKIN, *The Models of Rules*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, n. 1, 1967, p. 17 ss. e 22 ss., consultabile all'url <https://www.jstor.org/stable/1598947>. Come chiarisce l'Autore, la scelta di Hart quale punto di riferimento del positivismo non è tanto dovuta “*of its clarity and elegance, but because here, as almost everywhere else in legal philosophy, constructive thought must start with a consideration of his views*” (ivi, p. 17). D'altro canto, la critica al positivismo giuridico è legata al fatto che, nella visione dell'illustre Autore, “*when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, [...] is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules*” (ivi, 22).

contrapposto al modello positivista propugnato da Hart⁶, è stato per anni svalutato il ricorso ai principi generali, a causa dell'emanazione della legge 30 gennaio 1941, n. 14, che attribuiva alla Carta del Lavoro, di matrice fascista, il carattere di «*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*»; nonché, alla connessa idea che il richiamo ai principi generali s'identificasse col ricorso ai principi ispiratori di un dato regime politico⁷.

Da un po' di tempo viceversa la tendenza, almeno nel diritto amministrativo italiano⁸, sembra inversa se solo si consideri come: già la legge sul procedimento amministrativo, del 1990⁹, si apra con una disposizione dedicata ai principi, di recente modificata¹⁰ per ricomprendervi anche quelli di collaborazione e buona fede; inoltre, anche il successivo Codice del processo amministrativo, del 2010¹¹, enuclea alcuni generalissimi principi generali già nei suoi primi 3 articoli, richiamando¹² altresì i principi della Costituzione e del diritto europeo; infine, da ultimo, anche il nuovo Codice dei contratti pubblici¹³ si fonda su alcune

⁶ *The concept of law*, Oxford at the Clarendon Press, 1961, I ed., specialmente p. 89-96, trad. ita. a cura di M. A. Cattaneo, Torino, 2002.

⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da) - L. Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1980, Milano, Giuffrè, p. 385-386.

⁸ Si tratta, in realtà, di una tendenza più generale che riguarda lo Stato costituzionale moderno, come evidenzia V. FANTI, (*Il diritto amministrativo per principi*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2014, p. 432), richiamando il pensiero di G. Zagrebelsky; in questo senso anche M. P. CHITI, *Principi*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, I, 288.

⁹ L. 7 agosto 1990, n. 24, recante *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*. Come ricorda M. RAMAJOLI (*A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2016, p. 359), “*La legge 241/1990 [...] si poneva come testo strategico, inteso a far penetrare, attraverso l'uso giurisprudenziale dei principi dalla medesima adottati, anche il punto di vista dei cittadini nella disciplina dell'azione amministrativa, senza avere l'ambizione di dettare una disciplina conclusa e autosufficiente*”.

¹⁰ Dall'art. 12, co. I, lett. 0a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con mod., dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, che ha innestato nel tessuto dell'art. 1 il co. 2bis.

¹¹ D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, All. 1.

¹² Già all'art. 1.

¹³ Il nuovo Codice dei contratti pubblici, emanato in sostituzione del precedente d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e che costituiva “*per opinione generale un testo largamente insoddisfacente*” (così, V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative e i contratti pubblici*, in R. Cavallo Perin – M. Lipari – G. M. Racca, *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, Jovene, 2022, p. 45; nonché, tra gli altri, S. AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 33 e G. MONTEDORO, *Contratti pubblici ed economia*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato*, cit., 45 ss.), è stato approvato con D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Go-

disposizioni dedicate ai principi¹⁴. In particolare, la principale peculiarità che caratterizza quest'ultimo tentativo codificatorio sembra costituita dall'essere corredato da una decina di principi, topograficamente anteposti a tutte le restanti norme, tre dei quali anzi costituiscono espressamente un *prius*, da un punto di vista ermeneutico, rispetto a tutte le successive disposizioni: il «*principio del risultato*»¹⁵ (art. 1); quello ad esso complementare «*della fiducia*» (art. 2)¹⁶; nonché, il

verno in materia di contratti pubblici». Sul nuovo Codice, *ex multis*, A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 16 gennaio 2023; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 1, 2023, p. 5; M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, p. 69 ss. Sulla legge delega si v. V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative*, cit., p. 45, specialmente 56-63 e B. G. MATTARELLA, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Gda*, 2022, 5, p. 589.

14 In realtà, anche i precedenti codici dei contratti, di cui al d.lgs. 50/2016 ed al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, contenevano enunciazioni di “principi”, mancava eppure una ricognizione puntuale come quella compiuta con il nuovo Codice (cfr. D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in federalismi.it, 14/2023, p. 48 ss.; nonché, R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 8-9, 2023, p. 1955 ss.). Va segnalato, tuttavia, che il codice del 2006, di recepimento delle direttive n. 17 e 18 del 2004, segna un cambio di rotta radicale nella concezione della concorrenza. Invero, a partire dall'800, e sino a quel punto, la “messa in concorrenza” tra le imprese aveva finalità meramente pubblicistiche: *in primis* quelle finanziarie, ovvero di risparmio, oltre alla necessità di rispettare il principio di legalità. Addirittura, inizialmente, l'inosservanza delle regole concorrenziali non poteva neppure essere fatta valere dai privati. Viceversa, l'evoluzione più recente è nel senso di garantire “la libera circolazione dei beni e dei servizi e il gioco concorrenziale in ambito europeo. In definitiva, la garanzia del mercato libero”, assicurando altresì il contenimento dei prezzi, la preservazione della qualità delle prestazioni, oltre che la tutela degli aspiranti, così M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, p. 297 ss.; sul punto, tra gli altri, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2012, 19 ss., nonché 540; M. CLARICH, *Introduzione*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, XXXIV ss. Sulla differenza tra codificazione di una materia e codificazione dei principi si v. A. CIOFFI, voce “Codificazione” e principi generali (*dir. amm.*) in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, IV, Torino, Utet giuridica, 2010, p. 37 ss.; sulla tendenza recente ad una codificazione per settori, si v. M. A. SANDULLI, *Introduzione al tema*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè, Milano, 2005 p. 7; nonché, N. IRTI, “Codici di settore”: compimento della “decodificazione”, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codificazione*, cit., p. 18 ss.

15 Nel nuovo Codice dei contratti il principio del risultato costituisce il *prius* da un punto di vista sia topografico, essendo collocato all'art. 1, che assiologico (cfr. art. 4, del d.lgs. 36/2023). Sul principio del risultato, nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici, si rinvia a L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice*, cit., p. 9 ss., il quale sinteticamente evidenzia, con riferimento alla codificazione del principio del risultato, che espressamente il Codice enuclea quale “*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*” (art. 1, co. IV), che: “*Il sistema che deriva dall'art. 1 dello schema di Codice dei contratti in corso di approvazione [...] radica la gerarchia dei principi nell'attuazione della struttura costituzionale, delle sue regole specifiche e negli obiettivi dell'Unione; individua con chiarezza il profilo prioritario dell'interesse pubblico e vi funzionalizza i re-*

«principio dell'accesso al mercato» (art. 3). Di fatti, secondo l'art. 4 del Codice¹⁷, le disposizioni dello stesso «si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3»¹⁸.

Tuttavia, pur non dedicando loro espressamente una disposizione, il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 richiama già al primo articolo anche i principi di legalità, trasparenza e concorrenza. In particolare, quest'ultimo è stato sinora ritenuto centrale in questa materia, ragion per cui obiettivo del presente scritto è

stanti; fissa in modo inequivoco il criterio per le valutazioni discrezionali del soggetto procedente, sicché rende suscettibile di sindacato giurisdizionale la decisione, ripristinando - dopo molte deviazioni - la struttura dello Stato-di-diritto e, quindi, proponendo una versione seria della legalità sostanziale» (p. 12); ma v. anche ID. p. 4 ss. Secondo H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium*, p. 6: «Frammenti o prodromi del principio del risultato potevano già cogliersi, del resto, nel richiamo al “rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale”, all'art 121 c.p.a., come limite alla pronuncia sull'inefficacia del contratto persino nei casi di violazioni più gravi, come limite quindi alla forma più forte di tutela in forma specifica; come anche nella previsione dell'art. 120, che con riferimento alla tutela cautelare richiama, come freno, “un interesse generale all'esecuzione del contratto”». Tra gli istituti previgenti, il soccorso istruttorio è stato considerato orientato ad una “logica di risultato” da E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 3, 2018, p. 623, specialmente da 656. Peraltro, la codificazione del principio del risultato, nel nostro ordinamento, prende le mosse dalla evidente incapacità della disciplina previgente a consentire il raggiungimento di risultati efficienti sia in termini di realizzazione delle opere che di fornitura dei servizi, ovvero di *output* fruibili dalla collettività, come rivelano lo stallo e i ritardi nella ultimazione delle opere pubbliche, la durata eccessiva dei procedimenti di aggiudicazione e la frammentazione tra migliaia di stazioni appaltanti della funzione in parola. Così V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative*, p. 48.

16 Con questo principio, il Codice sembra recepire la concezione di chi sostiene che “*un sistema nel quale scorre la fiducia renda gli ordinamenti più efficienti, e soprattutto la vita più semplice a tutti*”, così T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021, p. 161. Invero, “il diritto ci chiede di fidarci l'uno dell'altro, e lo fa nel momento in cui stabilisce quali sono i diritti e i doveri reciproci all'interno di una qualsiasi relazione da esso regolata. Certo, esso ci dice anche (e non può non dirici) che quando la fiducia verrà tradita interverranno rimedi pronti a sostenerci. Ma, in prima istanza, esso ci dice di fidarci e ci chiede di avere comportamenti conseguenti, che possano adeguatamente soddisfare le aspettative di coloro con i quali instauriamo le nostre relazioni”, Ivi, IX. Sul principio della fiducia nel nuovo Codice, si v. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 17, 2023, p. 271 ss. Probabilmente con questo principio il legislatore vuole invertire la rotta se è vero che, come rilevava L. TORCHIA (*La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 340 – 341), all'indomani dell'emanazione delle direttive del 2014 e prima dell'emanazione del Codice del 2016, mentre “*Nella disciplina europea prevale la fiducia, tanto nei confronti delle amministrazioni, quanto nei confronti delle imprese [...] Nell'ordinamento italiano, al contrario, prevale la sfiducia tanto verso le amministrazioni come verso gli operatori*”.

17 Rubricato “*Criterio interpretativo e applicativo*”.

18 Enfasi aggiunta. Ho tentato di esemplificare la novità costituita, dal punto di vista interpretativo, dal nuovo principio del risultato e da quello della fiducia, con precipuo riferimento alla causa di esclusione relativa alle “*violazioni non definitivamente accertate*” in materia fiscale e contributiva, in F. DIMICHINA, *Le violazioni in materia fiscale nel nuovo Codice dei contratti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2023, p. 167 ss.

quello di verificare, a partire da un recente contributo della dottrina straniera, il ruolo della concorrenza nell'ambito della normativa europea sui contratti pubblici e, quindi, la concreta valenza di tale «*valore funzionale*»¹⁹ nell'ambito del nuovo Codice dei contratti italiano.

2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici

Mutatis mutandis, si potrebbero probabilmente prendere a prestito, con riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, le considerazioni espresse da un compianto maestro all'indomani dell'emanazione del Codice della giustizia amministrativa, in merito al quale questi aveva modo di rilevare che il «*rinvio a principii e a concetti giuridici indeterminati, che devono servire da orientamento e guida per un effettivo raggiungimento dei fini del "Codice", ha solo un risultato: il rilevante ruolo dell'interprete e, in particolare, il protagonismo del giudice amministrativo (indipendentemente dal problema dei suoi rapporti con l'amministrazione)*. E ritorna in piena evidenza quello che mi appare essere un tratto peculiare della stagione che stiamo vivendo. Un tratto, un segno, che abbiamo il dovere di rispettare e comprendere, desistendo dal venerare arcaiche reliquie o dall'imbalsamare creature morte; il che significa rispettare e comprendere il diritto nella sua storicità, ordinamento efficace (e, pertanto, salvataggio) di questo nostro difficile e fertile tempo di transizione»²⁰.

19 Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma, 7 dicembre 2022, p. 13, consultabile all'url www.giustizia-amministrativa.it, che si auto-qualifica come <<un "materiale della legge" (Gesetzmaterial) che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle "linee guida non vincolanti">>, ivi, p. 9.

20 P. GROSSI, Sulla odierna "incertezza" del diritto, in *Giust. civ.*, 4, 2014, p. 954-955. In questo senso H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia*, cit., 5. Peraltro, secondo una recente sentenza del Consiglio di Stato: "7.1. [...] non può ritenersi esistente un potere del giudice di decidere una controversia a lui sottoposta facendo diretta applicazione di un principio costituzionale (c.d. unmittelbare drittwirkung), anche quando non si sia in presenza di una lacuna (e cioè quando esista una normativa di legge applicabile al caso, a meno che questa normativa non sia formulata attraverso il ricorso ad un principio o a una clausola generale). Il che trova spiegazione nella circostanza per cui, diversamente opinando, il "bilanciamento" (del principio) effettuato dal giudice ("pesando" il principio stesso con altri "principi" che con esso appaiono interferenti) finirebbe inevitabilmente per sovrapporsi a quello contenuto nella disposizione di legge (e operato dal legislatore). Ciò vale anche nel caso in cui il giudice ravvisi nella norma di legge ordinaria un contrasto con un principio costituzionale. [...] I principi certamente operano come ratio interpretativa delle norme di rango inferiore: l'interpretazione costituzionalmente conforme (o adeguatrice) dev'essere sempre preferita, fino a quando non entri in conflitto insuperabile con il testo normativo; quando questo conflitto si verifichi, il giudice

Un'altra nota caratteristica del più recente Codice è costituita dal fatto che, se ancora con riferimento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in dottrina si aveva modo di affermare, non senza autorevoli voci di dissenso²¹, che la concorrenza si poneva quale «*principio guida su cui si basa l'intera disciplina degli appalti pubblici*»²²; oggi, sembrerebbe che il legislatore abbia ritenuto che la concorrenza, nell'ambito di questo settore, non possa più costituire il criterio ispiratore

*ha l'onere (ove ravvisi la persistenza del contrasto) di sollevare la questione di legittimità costituzionale. In altre parole, fintanto che il giudice riesca ad argomentare che il "bilanciamento" di interessi da lui ritenuto "conforme a Costituzione" è realizzabile attraverso una o più regole che la disposizione di legge ordinaria consente di ricavare in via interpretativa, nulla quaestio. Ma se, invece, questo non sia oggettivamente possibile, e dunque la norma ordinaria (secondo il significato che le si può attribuire all'esito del ricorso a tutti i criteri di interpretazione: letterale, storico, logico, teleologico, sistematico) rimanga contrastante con il principio costituzionale (come interpretato dal giudice), il giudice stesso, (che percepisca tale contrasto) non ha altra strada che quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Il rischio, altrimenti ragionando, è quello di trasformare un ordinamento "di diritto scritto", quale formalmente continua ad essere il nostro, in qualcosa di diverso, affiancando, senza che ciò trovi supporto in una modificazione formale del sistema delle fonti, al diritto "scritto" (basato sulla legge) un diritto di fonte "giurisprudenziale" (fondato sull'equità), considerato idoneo a derogare al primo ogni qualvolta le caratteristiche del caso concreto segnalino come "ingiusto" l'esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito» (Cons. Stato, IV sez., 2 ottobre 2023, n. 8610)". In questo senso anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni (diretto da) – P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 3, specialmente p. 190 – 195. In senso diverso, e maggiormente condivisibile, pare orientata la dottrina che ha evidenziato, con precipuo riferimento ai principi di imparzialità e trasparenza, come "alcuni principi generali, di derivazione costituzionale [...] si applicano in via generale, pur se non espressamente richiamati da specifiche disposizioni normative", così V. FANTI, op. cit., p. 431, sulla base di quanto sancito da Cons. di Stato, Ad. Plen., sent. 7 maggio 2013, n. 13. Ciò comporta che "con riferimento a principi contenenti previsioni tra loro antitetiche [...] la soluzione prospettata non è quella della prevalenza, bensì quella del bilanciamento tra i valori [...] che può condurre nella fattispecie concreta alla recessione, totale o parziale, di uno dei due" (ivi, 442-443, con riferimento alla ricostruzione di R. Alexy). Il ragionamento può essere esteso, quindi, ai diritti fondamentali, se si condivide l'impostazione di chi ritiene che "le pronunce delle Corti dimostrano che i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona", in questo senso G. ALPA, voce *Autonomia contrattuale*, in *Enc. Dir., Contratto, I tematici*, I, 2021, p. 28. E tra questi diritti fondamentali, considerato il tema oggetto della trattazione, viene innanzitutto in rilievo l'autonomia privata che è stata definita, al contempo, come "il potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale" ma, altresì, quale "diritto di libertà (quindi un diritto fondamentale della persona), attraverso il quale il soggetto decide la scelta migliore per tutelare i propri interessi nella maniera più efficace", R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, in questa *Rivista*, I, 2017, p. 343. Sul ruolo del principio dell'autonomia contrattuale nel nuovo Codice, si v., tra gli altri, G. CLEMENTE DI SAN LUCA – L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 21, 2023, p. 15 ss.*

²¹ Tra gli altri, M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 74; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, 8 giugno 2023, in www.giustiziansieme.it.

²² L. GENINATTI SATÈ, *sub art. 4*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, II ed., Milano, 2017, p. 293, il quale richiama sul punto quanto affermato da Cons. di Stato

dell'azione dell'amministrazione²³. Effettivamente, seppur richiamato già nel primo comma dell'art. 1²⁴, assieme ai principi di legalità e trasparenza, il “principio” della concorrenza appare confinato, dal secondo comma dello stesso articolo, ad essere «funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti»²⁵. Detto in altri termini, il legislatore del nuovo Codice sembrerebbe averlo codificato non tanto quale vero e proprio “principio”, bensì quale

A. P. 13 nov 2015, n. 10, con riguardo al d.lgs. 163 del 2006; nello stesso senso, tra gli altri, S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 12, 2020, p. 257-258. Secondo L. TORCHIA (*La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2016, p.78), anzi, “nel caso dei contratti pubblici la tutela della concorrenza è compito di ogni singola stazione appaltante”. Peraltro, come rileva L. R. PERFETTI (*Introduzione*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2023, p. XI) “nonostante che i criteri di fondo delle diverse discipline fossero tra loro così diversi, la letteratura giuridica e la giurisprudenza hanno finito con il reiterare principi e interpretazioni delle norme formati nella vigenza di un sistema anche in quello successivo”. Resta il fatto che, come da altri osservato, la consacrazione del principio della concorrenza quale principio centrale della materia aveva comportato “Una sorta di stravolgimento dell'originaria impostazione, dalla centralità della tutela dell'interesse della pubblica amministrazione a ottenere i migliori risultati contrattuali, alla centralità dell'interesse del mercato”. Ciononostante, “Questa impostazione ha dato luogo ad una disciplina nel suo insieme piuttosto intesa allo scopo di assicurare la più corretta competizione tra gli operatori economici, con minuziose norme procedurali intese a ridurre al minimo la libertà di scelta delle pubbliche amministrazioni, piuttosto che ad assicurare che vengano aggiudicati i contratti più idonei dal punto di vista degli interessi delle stesse amministrazioni, anche con riferimento alle modalità e ai tempi delle prestazioni previste dai contratti e quindi ai risultati da produrre nell'interesse della collettività”, così V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative e i contratti pubblici*, cit., p. 47.

23 In realtà, com'è stato rilevato: “non è un interesse proprio dell'ente pubblico quello alla tutela della concorrenza, essendo i soggetti portatori di codesto interesse le imprese che operano nel mercato”, così L. R. PERFETTI, *Introduzione*, cit., p. X, nonché ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in AA. VV., *L'amministrazione nell'assetto*, cit., p. 891 ss. Tuttavia, come si evince da alcuni casi affrontati dalla giurisprudenza, non mancano esempi nei quali l'amministrazione impronta o, meglio, giustifica le proprie decisioni principalmente con riferimento al perseguimento della concorrenza, sul punto si v., a titolo di esempio, il caso oggetto della sentenza citata alla nt. 69. Viceversa, per esempio nel campo dei servizi pubblici locali, il principio della concorrenza rimane centrale, come dimostra il richiamo contenuto nell'art. 3, co. 2 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, recante il “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, su cui, *ex multis*, A. MOLITERNI, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2023, specificamente p. 478 - 479.

24 “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”.

25 Il lemma “concorrenza” ricorre 53 volte nel decreto, delle quali in 6 occasioni compare negli allegati. Quanto ai principi, oltre le due ricorrenze nel testo dell'art. 1 (co. I e II), viene poi richiamato all'art. 3 insieme agli altri principi nel rispetto dei quali le stazioni appaltanti devono favorire l'accesso al mercato (Sul punto si rinvia alle osservazioni di B. GILIBERTI, sub art. 3, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice*, cit., 24 ss). A titolo di esempio, il vocabolo compare all'art.

valore per così dire «funzionalizzato»²⁶. In questo senso, la relazione allo schema del nuovo Codice espressamente lo definisce come «*valore funzionale*»²⁷, giacché nel nuovo impianto normativo la concorrenza sarebbe tutelata «*non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato*»²⁸, che oggi invece costituisce il principio cardine della materia²⁹. A tale riguardo, sembra assolutamente curioso che, senza alcun riferimento al nuovo Codice, proprio nel mentre della sua emanazione, la *Public Procurement Law Review* pub-

25 (“Piattaforme di approvvigionamento digitale”), co. II, II al., per puntualizzare che “Le piattaforme di approvvigionamento digitale non possono alterare la parità di accesso degli operatori, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura di gara degli stessi ovvero distorcere la concorrenza”; all’art. 50 (“Procedure per l’affidamento”), co. V, ove si stabilisce che: “Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all’articolo 14, rientranti nell’ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull’Unione europea a tutela della concorrenza”; all’art. 58 (“Suddivisione in lotti”), co. II, ove si statuisce che: “Nel bando o nell’avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese”; all’art. 59 (“Accordi quadro”), co. I, dove si afferma che: “In ogni caso la stazione appaltante non può ricorrere agli accordi quadro in modo da eludere l’applicazione del codice o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza”; all’art. 70 (“Procedure di scelta e relativi presupposti”), co. VI, ove si afferma: “Nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l’innovazione le stazioni appaltanti, applicando i criteri o le regole obiettive e non discriminatorie indicate nel bando di gara o nell’invito a confermare l’interesse, possono limitare il numero di candidati, che soddisfano i criteri di selezione, da invitare a presentare un’offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo, nel rispetto del principio di concorrenza e del numero minimo di candidati da invitare indicato nel bando di gara o nell’invito a confermare l’interesse”; e così via. Queste disposizioni sembrano confermare la tesi di chi sostiene che la concorrenza nel nuovo Codice costituisca una sorta di mero “limite”, in questo senso M. RENNA, *I principi* in Fantini - Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Principi e regole in cerca di ordine* (d.leg. 31 marzo 2023, n. 36), *Il Foro it., Gli speciali*, 1, 2023, Piacenza, La Tribuna, p. 11.

26 L. R. PERFETTI, *Introduzione*, p. XIV. In questo senso anche R. CARANTA, *I principi*, cit., p. 1955; nonché F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, 19 giugno 2023 e G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, 1 giugno 2023, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it.

27 *Relazione*, cit., p. 13, consultabile all’url www.giustizia-amministrativa.it.

28 Ivi. Che la concorrenza debba garantire il mercato come libero incontro tra domanda e offerta non quale finalità a sé stante, bensì quale mezzo per consentire ai consumatori di beneficiare di un adeguato rapporto tra qualità e prezzo, stimolando di conseguenza l’innovazione tecnologica e lo sviluppo delle capacità professionali delle forze lavoro era stato da tempo evidenziato in dottrina (cfr. R. CAVALLO PERIN – G. M. RACCA, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, p. 325).

29 Com’è stato rilevato da autorevole dottrina, due principi differenzierebbero l’assetto delle organizzazioni pubbliche rispetto all’attività contrattuale delle organizzazioni di diritto comune. Innanzitutto, quello “che possiamo definire della economicità e convenienza” in virtù del quale “il negozio stipulato dalle organizzazioni pubbliche deve configurarsi come conforme agli interessi dell’ente, e come quello idoneo ad assicurare un risultato positivo in termini di costi e benefici”. “Il secondo principio generale [...] è quello che si potrebbe definire della parità di accesso di tutti i possibili interessati alle utilitates

blicasse un articolo enfaticamente intitolato «*The General Principle of Competition is Dead*»³⁰, quasi a richiamare le «creature morte» di cui parlava il compianto maestro, sebbene possa apparire sicuramente eccessivo decretare la morte di un bene giuridicamente tutelato³¹ nel diritto europeo³² e che, comunque lo si voglia intendere, è richiamato già dall'art. 1 del nuovo Codice.

conferite dalle organizzazioni pubbliche attraverso rapporti negoziali” che “si traduce negli istituti dell'evidenza pubblica” (V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, Laterza, 2021, p. 149-151, enfasi aggiunta).

30 T. G. HARLEM LOSNEDAH, *The General Principle of Competition is Dead*, in *Public Procurement Law Review*, 2, 2023, p. 85 ss.

31 Con riferimento alla disciplina costituzionale, concepisce la concorrenza come “bene da tutelare” G. CORSO (*La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2002, p. 985), secondo il quale l'indicazione della “tutela della concorrenza” tra le materie di competenza esclusiva statale, di cui all'art. 117, co. II, lett. e), Cost., comporta che “la concorrenza opererà come limite non solo della competenza legislativa regionale [...] ma anche della potestà legislativa statale: il Parlamento dovrà trattare la concorrenza non come un fatto da regolare (magari in modo restrittivo della sua portata), ma come un valore o un bene o un fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza”. In senso contrario G. ALPA, voce *Autonomia contrattuale*, cit., 33. Sulla distinzione tra tutela della concorrenza e promozione della stessa B. SPAMPINATO, *Contributo allo studio del principio di 'promozione' della concorrenza e la regolazione amministrativa delle attività economiche*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim* e specialmente p. 9.

32 Del resto, a partire dal 1° dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'indicazione della “concorrenza non falsata” non costituisce più obiettivo fondamentale dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE.), sebbene assuma tuttora un ruolo centrale nell'ambito del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). In questo M. LIBERTINI (voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, 193), il quale ricorda che l'espunzione della concorrenza dagli obiettivi del TUE fu richiesta dalla Francia e motivata con la considerazione “per cui la concorrenza non può essere considerata un valore in sé, ma dev'essere tutelata solo se e in quanto costituisca uno strumento utile per ottenere risultati socialmente utili”. Peraltro, il richiamo ai “principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza” è presente nel par. 1, dell'art. 120 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE). “Sul mercato interno e sulla concorrenza” è poi intitolato il Protocollo n. 27, allegato ai Trattati. Ne conclude l'illustre Autore che, quindi, “sono pur rimaste nei trattati disposizioni di principio espresse, che pongono la tutela della concorrenza come principio generale del diritto dell'Unione europea” (ivi). In senso diverso pare porsi altra autorevole Studiosa, la quale evidenzia però che nell'ambito dell'art. 120 citato, “la parola “principi” non assume [...] il significato di norma giuridica e designa piuttosto i caratteri dell'economia di mercato. È possibile allora intendere come segue il senso che la parola “principi” assume nel contesto dell'art. 120: gli Stati sono tenuti ad adottare politiche economiche che rispettino per l'essenziale (quanto ai” principi”) i caratteri dell'economia di mercato”. Ne consegue, dunque, che “Così interpretato il precetto ha un contenuto indefinito”, F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 37. Altri, poi, evidenziano come sebbene “l'Unione è ispirata al principio liberistico, per cui le «regole di concorrenza» costituiscono una parte essenziale del mercato. Questo principio, che ha caratterizzato il processo di integrazione europea per un cinquantennio, trova, ora, un temperamento nell'art. 3.3 del trattato sull'Unione europea, introdotto dal trattato di Lisbona, in base al quale lo sviluppo sostenibile dell'Europa ri-

3. La concorrenza nella disciplina europea dei contratti pubblici

L'intento del contributo summenzionato, più che di decretare la morte di un valore fondamentale dell'*acquis communautaire*, come farebbe pensare l'enfatica intitolazione, è quello di ri-qualificarlo, nell'ambito dei contratti pubblici, quale regola, più che come principio vero e proprio³³. A tale risultato interpretativo, l'autore giunge essenzialmente sulla base dell'analisi delle direttive del 2014³⁴, nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia.

Punto di partenza è costituito, innanzitutto, dall'analisi dell'art. 18, par. 1, II co., della Direttiva 2014/24/UE che, nonostante la rubrica intitolata «*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*», si limita, a tal riguardo, a sancire che «*La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere [...l'operatore...] dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori*

chiede «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», così I. BORRELLO - E. CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, VI ed., 2021, 84.

33 Secondo DWORKIN (*op. cit.*, p. 25), «*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision*». D'altro canto però «*Principles have a dimension that rules do not-the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is. [...] If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule*» (ivi, p. 27). Ancora di recente, eppure, si è affermato che il concetto di principio rimane decisamente controverso (così R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 5, specialmente 174), ad ogni modo, mentre «*si può convenire che una regola sia un enunciato condizionale che connette una qualunque conseguenza giuridica ad una classe di fatti: "Se F, allora G" (ibidem)*; si ritiene che «*l'unica peculiarità dei principi, in quanto norme distinte dalle regole, resta la loro posizione nell'ordinamento: il loro carattere fondamentale, la loro capacità di giustificare altre norme (che a loro volta possono essere regole, ma anche principi, per così dire, di rango inferiore*» (ivi, p. 180).

34 Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

economico». Da ciò emergerebbe, dunque, secondo l'autore citato, che a stretto rigore tale disposizione sancisca una regola più che un principio³⁵. Invero, secondo i lavori preparatori, tale secondo comma mira semplicemente a vietare i cd. «bandi-fotocopia» o «su misura»³⁶.

La dottrina straniera, del resto, non è concorde circa l'esistenza o meno di un generale principio di concorrenza nelle direttive in materia di contratti pubblici. Infatti, a fronte di chi reputa che il riferimento alla concorrenza non consista in niente di più che in una mera estrinsecazione del principio di pari trattamento; altri evidenzia come, quand'anche si possa ritenere che non si tratti di un principio vero e proprio, al pari di quelli di eguale trattamento o non di discriminazione, ad ogni modo la concorrenza sarebbe lo scopo delle regole in materia di contratti pubblici³⁷.

35 T. G. HARLEM LOSNEDAHN, *op. cit.*, p. 98. A tale riguardo anche M. CLARICH parla di “funzione meramente evocativa” di tale richiamo alla concorrenza (*Considerazioni sui rapporti*, cit., p. 86). Ivi, infatti, la concorrenza più che nei termini di un principio guida, costituisce il precipitato logico dei principi di imparzialità e parità di trattamento (ivi, p. 87). Sull'evoluzione di questa disposizione e dell'omologo art. 36, par. I, della D. 2014/25/UE, nonché dell'art. 3, par. I, della D. 2014/23/UE, solo in parte analogo, si v. A. MASSERA, *Principi procedurali*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato*, cit., I, 334.

36 C. RISVIG HAMER – M. ANDOV, *Sub Art. 18. Public procurement principles*, in Caranta R. & Sanchez - Graells, A. (edited by), *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 197.

37 Il riferimento è alle posizioni rispettivamente di S. ARROWSMITH (a partire da *The Law of Public and Utilities Procurement*, II ed., London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 1 ss., più di recente espresse in ID., *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in C. Barnard, M. Gehring, I. Solanke (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2011-2012, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2012, p. 1 ss.) e di A. SANCHEZ-GRAELLES, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 104 ss. Una posizione di compromesso, ma più vicina a quella della Arrowsmith, è espressa, invece, da P. KUNZLIK, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in C. Barnard – A. Albers-Llorens – M. W. Gehring with R. Schütze (edited by), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012-2013, 15, Oxford and Portland, Hart Publishing, p. 283 ss. Secondo quest'Autore, le direttive sui contratti pubblici (allora in vigore) avrebbero l'obiettivo di perseguire la competizione indipendente, a ogni buon conto in un senso differente da quello sostenuto da Sanchez-Graells. Invero, tale obiettivo non s'identificherebbe tanto con quello di perseguire l'efficienza, bensì di conseguire una “struttura competitiva”, al fine di proteggere la struttura del mercato e consentire eguali opportunità di competere agli offerenti, nell'interesse dei clienti, dei partecipanti alle gare, nonché dei consumatori. Ciò implica, nel contesto dei contratti pubblici, che la legge debba limitarsi ad assicurare eguali opportunità di competere in favore dei potenziali offerenti ed una struttura competitiva per i contratti pubblici che garantisca sufficienti opportunità di competizione in tutta l'Unione, al contempo assicurando l'integrità del mercato interno (ivi, 335). Peraltro, secondo A. LUDLOW (*The Public Procurement Rules in Action: An Empirical*

Quanto poi agli articoli 42, par. 2³⁸ e 67, par. 4³⁹, della direttiva richiamata, si è evidenziato che essi, pur facendo entrambi riferimento alla necessità di preservare la concorrenza, sono stati interpretati dalla Corte di giustizia dell'UE (CGUE) come meri riflessi del principio di pari trattamento⁴⁰. Né, d'altro canto, da altre pronunce della CGUE sembrerebbero emergere decisioni imperniate su tale preteso principio, nella materia dei contratti pubblici, al di là

Exploration of Social Impact and Ideology, in A. Albors-Llorens, K. Armstrong, M. Gehring (edited by), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, 2013-2014, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, p. 21) “a dimension that is missing from all three accounts” è costituita dal riferimento alla “*empirical experience of the public procurement rules*”. Con riferimento alle direttive del 2014, rileva M. CLARICH (*La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 3, 2016, 740), che “La ratio della nuova disciplina è quella della libertà di circolazione e di apertura del mercato europeo [...] la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi del Trattato in materia di concorrenza (art. 101 e s. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea), bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi”. In senso contrario L. TORCHIA, *op. cit.*, 2, 2015, p. 292. Peraltro, secondo M. P. CHITI (*op. cit.*, p. 312) “una delle maggiori svolte delle ultime direttive” è costituita proprio dal fatto che “la concorrenza diviene uno degli interessi che le amministrazioni aggiudicatrici devono difendere, non l'unico e neanche quello in posizione di primazia rispetto agli altri”. Inoltre, secondo A. MALTONI, *Considerazioni introduttive*, in ID. (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 7), “il principio di concorrenza, pur rimanendo centrale nel nuovo pacchetto di direttive del 2014, può essere variamente declinato dai legislatori nazionali, contemperando il principio di economicità con altri interessi non economici o valori sociali”.

38 “Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non comportano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza” (enfasi aggiunta).

39 “I criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. In caso di dubbio le amministrazioni aggiudicatrici verificano efficacemente l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti” (enfasi aggiunta).

40 T. G. HARLEM LOSNEDAHN, *op. cit.*, 91 ss. Così, per esempio, la sentenza 25 ottobre 2018, *Roche Lietuva*, causa C-413/17, ove si afferma che: “In particolare, all'articolo 42, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 è previsto che le specifiche tecniche devono consentire agli operatori economici una parità di accesso alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, e non possono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. 33 Tale obbligo concretizza, nell'ambito della formulazione delle specifiche tecniche, il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 18, paragrafo 1, primo comma, della suddetta direttiva. In virtù di tale disposizione, le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata” (§32 - 33). Nonché nella sentenza 20 settembre 2018, *Montte SL contro Musikene*, Causa C-546/16, ove si statuisce che: “A sua volta, l'articolo 67, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 enuncia che le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'articolo 67, paragrafo 2, di detta direttiva prevede che l'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri quali gli aspetti qualitativi, come la qualità, che comprende il pregio tecnico. 31 Si deve aggiungere che, come emerge dal conside-

di alcuni richiami che ad esso vi si trovano⁴¹. Anche secondo la relazione allo schema di Codice poi adottato con d.lgs. 36/2023, del resto, «La CGUE, sempre attenta agli aspetti sostanziali del singolo caso, non ha mai dato seguito ad approcci meramente formalistici, ispirati al solo rispetto della legalità o a una tutela fideistica della concorrenza»⁴². Ne deriva che, già a livello europeo, nella materia dei contratti pubblici la concorrenza sarebbe tutt'al più una modalità procedurale, senza avere quindi la valenza interpretativa di un principio generale. In questo senso, dunque, secondo l'autore citato si tratterebbe di un principio «morto»⁴³.

Effettivamente, che la concorrenza, nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, sia più un valore strumentale che un principio base, emerge già

rando 90 della suddetta direttiva e dal suo l'articolo 67, paragrafo 4, tali criteri devono 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" (§ 30 e 31).

41 T. G. HARLEM LOSNEDAHN, *op. cit.*, p. 92-98. Così ad esempio, la prima sentenza della CGUE che richiama espressamente il "principio di concorrenza effettiva", in quest'ambito, lo fa solo per segnalare che la facoltà, di modifica dei contratti e degli accordi quadro senza una nuova procedura d'appalto, "è limitat[a] all'ipotesi in cui il successore dell'aggiudicatario originale prosegua l'esecuzione di un appalto pubblico che è stato oggetto di una procedura di aggiudicazione iniziale conforme ai requisiti imposti dalla direttiva 2014/24, tra i quali figura il rispetto dei principi di non discriminazione, di parità e di concorrenza effettiva tra gli operatori economici" (§41, enfasi aggiunta). Sembra significativo che nel commentare tale decisione si sia affermato, con lo sguardo rivolto all'emanazione del nuovo Codice, che "Ora in nome del "risultato" e dell'urgenza di fare presto, ora in nome di una maggiore discrezionalità (e fiducia) da riconoscere alle stazioni appaltanti, ora giustificando il nuovo approccio sulla base dell'assunto che comunque "così fan tutti" (si intende: negli altri ordinamenti europei), le voci in favore della concorrenza sono divenute sempre più deboli tra i politici come tra i tecnici. [...] Quando proprio il risultato e la fiducia, che inaugurano ed orientano lo schema del nuovo codice dei contratti, come anche la discrezionalità necessaria al loro raggiungimento, più che giustificare, anche nel discorso pubblico, un lento e progressivo arretramento della concorrenza, potrebbero invece giovare della sua funzione di garanzia e di promozione", così H. SIMONETTI, *Successione di un nuovo operatore economico nell'esecuzione di un appalto affidato in house*, in *Giur. it.*, 2, 2023, p. 399.

42 Relazione, cit., p. 13.

43 G. HARLEM LOSNEDAHN, *loc. ult. cit.* In questo senso, del resto, autorevole dottrina ha evidenziato come "Con il carattere generico e pervasivo del concetto di concorrenza-obiettivo entrato nel nostro orizzonte giuridico contrasta la precisione di significato che la parola concorrenza assume nel diritto europeo. Il diritto europeo conosce regole di concorrenza (quelle degli artt. 101-109 del Trattato), e queste, per la specificità del loro contenuto, non offrono materia dalla quale inferire principi operanti per l'organizzazione economica degli Stati", così F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza"*, cit., p. 48, secondo la quale, peraltro, "Il quadro normativo europeo non esprime [...] un "principio" di concorrenza economica, quale parametro per valutare la legittimità delle misure del diritto nazionale incidenti sui mercati", citando a sostegno CGUE, sent. 11 marzo 2010, Causa C-384/08, Attanasio Group srl v. Comune di Carbognano. Del resto, "all'interno del c.d. principio di concorrenza si suole riunire due diversi tipi di norme: quelle che riguardano i comportamenti vietati perché distorsivi del confronto competitivo tra le imprese, e quelle che riguardano la conformazione dei mercati. I due ordini di norme devono essere tenuti distinti, perché il fondamento costituzionale ed europeo delle prime è indiscusso, mentre non si può dire lo stesso delle norme del secondo tipo", *ivi*, 26.

dal primo considerando della Direttiva 2014/24/UE⁴⁴, laddove si afferma che «L'aggiudicazione degli appalti pubblici [...] deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, [solo] per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire [...] che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza»⁴⁵.

4. (segue...) e nel nuovo Codice italiano: da principio a valore strumentale?

Nonostante che il d.lgs. 36/2023 sia stato, anch'esso, emanato sulla base delle direttive 23, 24 e 25 del 2014⁴⁶, che non sembrano implicare un principio generale di concorrenza in materia di contratti pubblici, non è mancato chi, proprio sulla base del nuovo Codice italiano, ha sostenuto che in tale impianto

44 Del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. Rileva M. CLARICH (*Considerazioni sui rapporti*, cit., p. 72 - 73), che le direttive del 2014 paiono porre in risalto altri obiettivi più che quello della concorrenza, come si ricava dal considerando n. 2 della Direttiva 2014/24/UE in materia di forniture e servizi, diversamente da quanto emerge dai primi due considerando della Direttiva 2014/25/UE che però riguarda i cd. settori speciali. La base giuridica di tali direttive sarebbe, dunque, individuabile più nei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi. In questo senso del resto Corte Cost., sent. 23 – 28 novembre 2007, n. 401, § 6.7. Tale sentenza ha ricevuto plurimi commenti, tra i quali si v. G. CORSO G. – G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1799 e R. DE NICTOLIS, *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401/2007*, in *federalismi.it*, 23, 5 dicembre 2007.

45 In questo senso M. A. SANDULLI, *Presentazione*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato*, cit., XI; viceversa, vi è chi legge la disposizione citata a testimonianza del fatto che “l'ordinamento europeo, da svariati decenni, ha individuato nella tutela della concorrenza il fine fondamentale della disciplina degli appalti pubblici, elevandola ad obiettivo principale dell'intero sistema”, così S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini*, cit., p. 256, nel testo e nt. 19.

46 Richiamate nel preambolo del decreto. Sulle direttive del 2014, *ex multis*, C. E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*, e L. TORCHIA, *op. cit.* 291 ss. Il fatto che la regolazione della Comunità europea, prima, e poi dell'Unione si sia estesa alla materia dei contratti pubblici è legato alla persistente rilevanza, in termini quantitativi, di tale fenomeno economico, sul punto A. MASSERA, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1561; nonché, tra gli altri, M. Clarich, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. XL.

normativo «*la concorrenza assume, anche essa, la veste di principio, benché ad essa non sia stato riservato un autonomo articolo*». Per di più, secondo tale impostazione, la sua configurazione come principio sarebbe «*innegabile*», in quanto se nell'art. 1, I co., vi è un richiamo espresso; il II co. ne specificherebbe altresì connotati e funzioni. Ciò con la conseguenza che, nel nuovo Codice, la concorrenza avrebbe «*una specifica valenza prescrittiva e non [...] un ruolo meramente evocativo di norme presenti in altri articolati normativi*». Anzi, si assume che il principio della concorrenza, in tale contesto, possiederebbe «*una valenza prescrittiva rinforzata*», in quanto da un lato figura «*con la veste di principio giuridico e, in secondo luogo, perché ai sensi dell'art. 4 costituisce anche esso un criterio interpretativo e applicativo di tutte le altre disposizioni del codice*»⁴⁷. Nondimeno, altra parte della dottrina non ha mancato di osservare che, sebbene non sia revocabile in dubbio che «*la concorrenza venga protetta nei fatti anche predisponendo un confronto competitivo tra gli operatori che aspirano all'aggiudicazione di un appalto*» e che ciò risulti testimoniato proprio dall'art. 1 del Codice, oltre che dall'art. 3 relativo all'accesso al mercato, ad ogni modo, si tratterebbe di nulla più che di un mezzo e non di un fine; giacché, del resto, «*la tutela della concorrenza non è affatto detto che venga meglio realizzata imponendo procedimenti di gara più complessi preferendoli a modelli di confronto competitivo semplificato, né la tutela della concorrenza suggerisce una riduzione della discrezionalità amministrativa e della stessa logica del risultato lì dove l'una e l'altro possono ben trovare attuazione*»⁴⁸. Altri ha invece espresso stupore circa il fatto che il Codice non presenti, quali obiettivi, quello

47 S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, 2 gennaio 2023, in *lamministrativista.it*, consultabile anche all'url <https://spec.unibo.it/spisa/it/risorse-online/relazioni-book-contributi/perongini-sergio-il-principio-del-risultato-e-il-principio-di-concorrenza-nello-schema-definitivo-di-codice-dei-contratti-pubblici-pdf.pdf>, p. 11. Condivide questa impostazione H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia*, cit., 4, secondo il quale, peraltro, “è soprattutto il secondo comma che, a mio avviso, contraddice la lettura sin qui prevalsa. Dove si legge che “La concorrenza tra gli operatori è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti”, parrebbe evidente come si sia voluto ribadire che solo la concorrenza può assicurare il risultato migliore e che senza di essa ci si dovrà accontentare di un risultato minore, per non dire di un risultato qualsiasi (si direbbe, parafrasando il titolo di un'opera famosa, di “un risultato senza qualità”). Se la concorrenza è servente al risultato, come si continua a ripetere, è non meno vero che il risultato, per essere buono, per essere appunto di qualità, ha bisogno a sua volta della concorrenza, e non può farne a meno. La concorrenza è certamente un mezzo ma non è solo un mezzo; è anche, prima di tutto, un metodo, oltre che un limite. In questo modo risultato e concorrenza simul stabunt e simul cadent”.

48 F. CINTIOLI, 6-7.

della legalità, della trasparenza e della concorrenza; avendo essi il mero ruolo “residuale” di bilanciare il perseguimento del risultato a tutti i costi⁴⁹. Da ciò deriverebbe, ad esempio, che al di sotto delle soglie di rilevanza europea il ricorso all'affidamento diretto diviene obbligatorio, con l'effetto di subordinare la concorrenza alla tempestività. Con la conseguenza, quindi, che la concorrenza non sarebbe più né un fine, né un mezzo, bensì un mero “limite”, essendo il sistema tutto proteso verso il risultato⁵⁰. Questa lettura, però, si pone in contrasto con le affermazioni⁵¹ della relazione di accompagnamento che qualificano espressamente la concorrenza come un «*valore funzionale*», ovvero quale «*mezzo in vista del raggiungimento del risultato*»⁵². Anche se, la considerazione delle disposizioni successive a quelle di principio sembra confermare tale ultima impostazione, giacché vi è un continuo richiamo alla concorrenza quasi a considerarla un mero argine⁵³.

49 M. RENNA, *I principi*, cit., 10.

50 Ivi, p. 11.

51 Pur non vincolanti, cfr. G. TARELLO, *op. cit.*, p. 364.

52 *Relazione*, cit., 13. Un punto di vista di compromesso, rispetto a quelli citati nel testo, è stato sostenuto da chi ha ritenuto che la relazione abbia posto “*in evidenza un nesso forte tra risultato e concorrenza: il primo rappresenta l'obiettivo; la seconda costituisce il metodo. Sicché, secondo questa impostazione rileva il risultato 'virtuoso', ovvero quello realizzato con l'osservanza delle regole della concorrenza. Diversamente, dovrebbe ritenersi che l'obiettivo della Stazione appaltante sia la gara in sé, a prescindere cioè dall'esito concretamente realizzato. Da quanto emerge dalla Relazione, invece, il contesto economico-sociale in cui le Amministrazioni operano esige che sia attivata una leva economica che favorisca – tramite il rispetto delle regole della concorrenza – lo sviluppo di quel contesto (anche) tramite le commesse pubbliche*” così F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione*, in *Dir. econ.*, 1, 2023, p. 55. Secondo G. NAPOLITANO (*Committenza pubblica e principio del risultato*, in www.astrid-online.it, 5), in virtù dell'art. 3 che codifica il principio dell'accesso al mercato, “*riprendono pieno e autonomo vigore i valori della concorrenza e delle libertà di circolazione*”. In tal senso altresì la *Relazione*, cit., p. 16, ove si afferma che il principio dell'accesso al mercato “*risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici*”. Com'è stato evidenziato in dottrina: “*sebbene l'art. 1, c. 2, d.lgs. 36/2023 e la relazione del Consiglio di Stato allo schema del codice configurino la concorrenza come mezzo rispetto al fine, altre previsioni del codice dei contratti pubblici potrebbero porre in dubbio questa natura, per così dire, servente. Si fa riferimento all'art. 3, d.lgs. 36/2023, laddove stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti « favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici »; e si fa altresì riferimento all'art. 10, c. 3, d.lgs. 36/2023, che qualifica come « interesse pubblico » l'esigenza di aprire la procedura di gara « al più ampio numero di potenziali concorrenti »*”, E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, p. 855, nt. 76, che richiama il pensiero di A. De Siano.

53 Cfr. nt. 25.

Per di più, la relazione si preoccupa di ricordare che proprio la Corte Costituzionale, nella decisione n. 131/2020⁵⁴, relativa ai rapporti tra tutela della concorrenza e sussidiarietà orizzontale, ha evidenziato che la prima costituisce uno strumento, più che un fine, che può essere recessivo rispetto ad altri interessi superiori⁵⁵. Per di più, la «*demitizzazione*» della concorrenza come fine da perseguire ad ogni costo⁵⁶ ha costituito il presupposto della successiva sentenza n. 218/2021⁵⁷ con cui è stato dichiarato incostituzionale l'art. 177 del d.lgs. 50/2016 e l'art. 1, co.I, lett. iii) della l. n. 11 del 2016⁵⁸, all'esito della verifica in-

54 Corte Cost. 20 maggio – 26 giugno 2020, con nota di G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 3, p. 1449 ss.; F. CIARLARIELLO, *Un conflitto di competenza sul terreno della sussidiarietà: quale rapporto tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore?*, in www.dirittiregionali.it, 2022, p. 1; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in www.federalismi.it, 2020, p. 32; L. LEO, *Verso la rinascita del volontariato (in nome della solidarietà)*, in www.ambienteditutto.it, 2021, num. 3; E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2020, num. 3, p. 1184.

55 Si legge in particolare nella sentenza citata: “*Del resto, lo stesso diritto dell'Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscono, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)*” (§ 2.1).

56 Relazione, cit., p. 13. Come rileva G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, cit., 1, il primato logico “*della funzione di committenza pubblica a un certo punto si era smarrito nell'ordinamento italiano. L'errore è stato forse inconsapevolmente commesso nel momento in cui si è recepito con il massimo di ambizione riformatrice il corpo normativo sempre più pervasivo e analitico proveniente dal diritto europeo con l'obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato e di tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione*”.

57 Ove si afferma espressamente che “*Se, [...] legittimamente in base a quanto previsto all'art. 41 Cost., il legislatore può intervenire a limitare e conformare la libertà d'impresa in funzione di tutela della concorrenza, nello specifico ponendo rimedio ex post al vulnus conseguente a passati affidamenti diretti avvenuti al di fuori delle regole del mercato, il perseguimento di tale finalità incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti. La libertà d'impresa non può subire infatti, nemmeno in ragione del doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi della concorrenza, interventi che ne determinino un radicale svuotamento, come avverrebbe nel caso di un completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte organizzative che costituiscono tipico oggetto della stessa attività d'impresa*”.

58 Tale disposizione prevedeva l'obbligo, a carico dei titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice di cui al d.lgs. 50/2016, non assegnate con procedure ad

fruttuosa circa le possibilità di bilanciamento tra libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost., e tutela della concorrenza che, *«in quanto funzionale al libero esplicarsi dell'attività di impresa, trova nella medesima previsione il suo fondamento costituzionale»*⁵⁹.

Effettivamente, com'è stato sottolineato, essendo lo scopo per cui la pubblica amministrazione programma, stipula ed esegue un contratto di appalto quello di provvedere alla sua organizzazione, seppur in funzione del servizio alla persona ed ai suoi diritti, ne consegue che, rispetto a tale fine ultimo, *«i restanti profili di pubblico interesse (trasparenza, imparzialità, legalità, convenienza, efficacia, tutela della concorrenza, etc.), peraltro solo raramente specifici dell'attività negoziale dell'ente pubblico, sono da ritenersi subordinati a questo profilo dominante del pubblico interesse»*. Sarebbe questa, del resto, l'ossatura del nuovo Codice laddove è stato codificato il principio del risultato, così esplicitando l'interesse pubblico primario dello stesso quale *«finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività, fornendo [...] un criterio decisivo [...] per la costruzione del sistema»*⁶⁰.

D'altro canto, è stato recentemente ribadito come la tutela della concorrenza si presti ad estrinsecarsi in varie direzioni. Invero, tutelare la concorrenza può significare sia mantenere la struttura pro-concorrenziale del mercato sia assicurare pari condizioni alle imprese; d'altronde, può esprimere anche l'esigenza

evidenza pubblica, ovvero con la formula della finanza di progetto, di affidare *in toto* all'esterno l'attività oggetto di concessione. In particolare mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società *in house*, o comunque controllate o collegate, del restante 20 per cento.

⁵⁹ § 8.4, della decisione.

⁶⁰ L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice*, cit., p. 11, nonché sulla base del d.lgs. 50/2016 ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile*, cit., p. 907 – 908. Non è mancato, tuttavia, chi in dottrina ha evidenziato come l'esplicitazione del principio del risultato potrebbe portare ad un *“esplosione del contenzioso”* collegato al dibattuto confine tra merito e discrezionalità, M. RENNA, *op. cit.*, p. 18. Evidenzia la centralità del controllo giudiziale, seppure al fine di garantire la direzione ed evoluzione delle norme europee in materia di concorrenza, P. IBÁÑEZ COLOMO, *Law, Policy, Expertise: Hallmarks of Effective Judicial Review in EU Competition Law*, in E. Leinarte – O. Odudu (eds), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 24, 2022, Cambridge, Cambridge University Press, p. 143 ss., il quale peraltro sottolinea come la Corte di Giustizia dell'UE non riconosca alcuna *deference*, in termini di intensità del sindacato, alle pubbliche amministrazioni in tale ambito.

di garantire il benessere dei consumatori, stimolare innovazione e ricerca e assicurare la sopravvivenza a piccole e medie imprese e lavoratori; da un altro punto di vista, poi, la tutela della concorrenza può essere intesa nell'accezione di perseguimento della giustizia sociale, riduzione delle diseguaglianze e delle iniquità⁶¹. Oggi, inoltre, si ritiene che la tutela della concorrenza possa avere anche il significato di perseguimento della sostenibilità⁶².

La connotazione polifunzionale della tutela della concorrenza fa del resto da *pendant* alla molteplice valenza delle disposizioni in materia di contratti pubblici che, se in alcuni casi possono mirare a limitare i costi, in altri hanno il precipuo fine di prevenire la corruzione, ovvero ancora di promuovere i traffici commerciali o assicurare il rispetto dell'ambiente o, in altri ancora, hanno più propriamente finalità sociali e così via. Nondimeno, in concreto quali siano i valori preponderanti, in questa materia, è oggetto di dibattito, in quanto in essi si riflette il valore che l'interprete assegna al diritto⁶³.

61 M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir., I tematici*, 2022, p. 294, la quale richiama sul punto il pensiero dell'Hovenkamp; circa l'ambiguità degli effetti del principio di concorrenza, v. R. CARANTA, *I contratti*, cit., 24. Del resto, già nella sentenza n. 401 del 2007, la Corte Costituzionale, con riferimento al Codice allora vigente, aveva riconosciuto come “*La nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in occasione dell'esame delle censure riferite al Codice degli appalti e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., va definita come concorrenza "per" il mercato e impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali, quali in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Ciò non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese*”.

62 E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in questa Rivista, vol. 10, n. 1, 2022, p. 302. Come evidenziano A. MASSERA e F. MERLONI (*L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 590), nell'ambito della nuova impostazione europea del diritto dei contratti pubblici “*la sostenibilità non appare più una deroga all'economicità ma ne rappresenta piuttosto un elemento, l'orientamento alla concorrenza tradizionalmente proprio del diritto UE non costituendo più una «camicia di forza» one-size-fits-all che non lascia spazio agli Stati membri per operare sul mercato per perseguire peculiari interessi nazionali*”.

63 D. MCKEE, *Paradigms of public procurement law*, in *Public Procurement Law Review*, 2, 2023, p. 67. In questo senso anche F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2-3, 2022, p. 258; nonché, L. R. PERFETTI, *Introduzione*, cit., p. XII – IV, il quale però individua “*l'interesse pubblico specifico della disciplina dei contratti pubblici nell'interesse realizzativo*”, sottolineando come soltanto tale identificazione consenta, quindi, di “*graduare i restanti profili di pubblico interesse*” (ivi, p. XIV).

Inoltre, come riconosce la stessa relazione, la Corte Costituzionale, in materia di servizi sociali erogati da enti del Terzo settore, ha riconosciuto la validità di un modello organizzativo che si basa sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale, in quanto tale alternativo a quello fondato sulla concorrenza⁶⁴. Il fondamento di questo modello organizzativo «alternativo» sarebbe in effetti costituito dall'art. 118, co. IV, Cost. che riconosce il principio di sussidiarietà orizzontale, oltre che dall'art. 2, Cost., che sancisce il più generale dovere di solidarietà sociale; con la conseguenza che la tutela della concorrenza andrebbe bilanciata con altri valori di rilievo costituzionale⁶⁵. Su tali basi, quindi, il Codice ha sancito all'art. 6 la possibilità per le amministrazioni pubbliche di «*apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati*», pur nel rispetto dei principi di pari trattamento, trasparenza e del risultato⁶⁶.

64 Corte Cost., sent. 26 giugno 2020 - 1 luglio 2020, n. 131, (Pres. Cartabia, Red. Antonini), § 2.1, variamente annotata. Si v., tra gli altri, G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 3, p. 1449; F. CIARLARIELLO, *Un conflitto di competenza sul terreno della sussidiarietà: quale rapporto tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore?*, in *www.dirittiregionali.it*, 1, 2022; A. MOLITERNI, S. PELLIZZARI, *La riserva di attività economiche alle comunità di lavoratori o di utenti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2021, num. 1, pag. 243. Sul rapporto tra sussidiarietà e concorrenza si v., da ultimo, G. MULAZZANI, *L'attualità del principio di sussidiarietà da mero principio statico a modello dinamico alla luce della legislazione e della giurisprudenza*, 28, 2023, p. 143 ss.; nonché, ID, *La sussidiarietà orizzontale da principio a criterio per le politiche pubbliche. Da principio a modello efficace per lo sviluppo*, Bari, 2020, in particolare p. 187 ss.

65 *Relazione*, cit., p. 18. La necessità del bilanciamento è avvertita, altresì, nel campo dei diritti fondamentali: «*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*», così Corte Cost., sent. 9 aprile - 15 maggio 2013, n. 85 (Pres. Gallo, Red. Silvestri), § 9. La decisione è stata variamente annotata, *ex multis*, si v. R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *www.rivistaaic.it*, 2013, num. 3; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, num. 3, pag. 1498. L'affermazione è poi confermata dalla successiva sent. 182/2017 (Pres. Grossi, Red. Cartabia).

66 Come evidenziano B. GILIBERTI e L. R. PERFETTI (sub art. 6, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice*, cit., p. 47), pur non essendo ignota alla disciplina sui contratti pubblici l'attenzione al

5. Il principio di rotazione in materia di appalti sotto-soglia quale caso paradigmatico

Un campo di prova, rispetto al ruolo assegnato alla concorrenza dal legislatore del nuovo Codice, si ritiene possa essere costituito dalla conformazione del principio di rotazione, caratteristico degli affidamenti sotto soglia, disciplinato nell'art. 49 del nuovo Codice, ma già richiamato nell'art. 36 del precedente e dettagliatamente disciplinato dalle Linee guida ANAC n. 4⁶⁷. Si tratta, in realtà, di un principio espressione di un *unicum* del sistema italiano e che, secondo la Relazione, costituirebbe diretta attuazione del «*principio di concorrenza*»⁶⁸.

In base al principio di rotazione, che non ha matrice europea⁶⁹, «è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due conse-

cd. terzo settore, tale sensibilità “non è mai assunta a principio, tanto meno organizzativo – vale a dire, con rilievo rispetto alla stessa struttura dell'amministrazione per fini pubblici”. Ciò comporta l'emergere di un “nuovo modello di amministrazione”, non più unica depositaria dell'interesse generale, ivi, p. 51

67 Rispetto alla versione precedente, il nuovo Codice ha incrementato da 1 a 5 mila la soglia entro la quale è ad esso consentito derogare, confinando inoltre la valenza di tale principio nei confronti dell'affidatario uscente, mentre in passato non poteva essere invitato nuovamente neanche l'operatore che, seppur invitato, non era stato scelto come affidatario.

68 Relazione, cit, p. 73. Più che essere preordinato a perseguire la concorrenza, il principio di rotazione pare preordinato a evitare il ricorso a “tecniche di fidelizzazione del fornitore”, cui fa riferimento M. CLARICH (*Considerazioni sui rapporti*, cit., p. 82). In questo senso, contraddittoriamente, la stessa Relazione, nell'evidenziare che tra le novità sul punto vi è l'esclusione dell'applicazione del principio in parola nei confronti dei meri invitati, sembra implicare che il principio in questione comporti la “contrazione del principio concorrenziale” (Relazione, cit., p. 73). Il principio di rotazione non sembra rispondere all'esigenza di un'effettiva implementazione della concorrenza se per essa intendiamo quella di una gara, nella quale “i partecipanti corrono insieme” ma “vince chi taglia per primo il traguardo” (così A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili sostanziali*², Milano, 2018, p. 11-12; in questo senso anche R. CAVALLO PERIN – G. M. RACCA, *La concorrenza nell'evoluzione*, 327; nonché, A. CIOFFI, *Prima lettura*, cit.). È chiaro che il prezzo non è l'unico strumento di cui può avvalersi l'impresa in concorrenza con le altre, eppure il principio di rotazione non ridonda a favore neanche di altri elementi come la qualità del prodotto ovvero la differenziazione (cfr. ivi, A. PAPPALARDO, *op. cit.*, p. 12). Chi è già stato affidatario, anche se offre il bene o servizio di maggior qualità al miglior prezzo, è comunque pretermesso. Il principio di rotazione non sembra rispondere né al concetto di concorrenza nel mercato, né tanto meno a quello di concorrenza per il mercato, su cui *ex multis*, B. SPAMPINATO, *Contributo*, cit., p. 4. In questo senso si potrebbe ritenere codificato in violazione del divieto di “gold plating”, su cui da ultimo M. RENNA, *op. cit.*, 6.

69 In questo senso Tar Calabria, sent. n. 355 del 31 luglio 2023, avente ad oggetto un caso in cui il principio di rotazione era stato applicato per escludere il precedente affidatario da una procedura “ristretta”, sebbene questa fosse caratterizzata dalla pubblicazione di un bando al quale tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, tra cui il gestore uscente, potevano partecipare. Come si evince dai precedenti ivi citati, tra l'altro, non è la prima volta che una stazione appaltante ha compiuto un errore simile.

cutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi». Come accennato, si tratta di un principio confinato alla disciplina dei contratti cd. sotto soglia⁷⁰, cui è espressamente consentito derogare per gli affidamenti diretti di importo inferiore ad € 5.000,00⁷¹, oltre che *«In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto»*⁷². Orbene, come segnalato, secondo la relazione al nuovo Codice, si tratterebbe di un principio che costituisce attuazione proprio del principio di concorrenza, in quanto avrebbe la finalità di *«evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente»*⁷³.

A tal riguardo appare, dunque, significativo come il principio della rotazione sia stato ridimensionato dal nuovo Codice, mentre tuttora emergono decisioni che evidenziano come, in questa materia, una fraintesa concezione della concorrenza abbia portato spesso le stazioni appaltanti ad applicare le regole del Codice precedente in chiave enfaticamente pro-concorrenziale, finendo per snaturarle⁷⁴.

Anche il Codice di cui al d.lgs. 50/2016 prevedeva, all'art. 36, co. I, che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alle soglie previste dall'art. 35, dovesse avvenire nel rispetto, tra l'altro, proprio del principio di rotazione *«degli inviti e degli affidamenti»*. Le linee guida ANAC n. 4 stabilivano in particolare che *«il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvido al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente»*. Si prevedeva, quindi, una motivazione rafforzata in tal caso per la stazione appaltante, che era tenuta a giu-

⁷⁰ Sancisce invero l'art. 49, co. I, che *«Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione»*.

⁷¹ Art. 49, co. VI.

⁷² Art. 49, co. IV.

⁷³ *Relazione*, cit., 73, ma v. già Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2022 n.7794; 15 dicembre 2020, n. 8030; nonché, sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654 e TAR Lazio, sez. I, 31 marzo 2023 n. 5555.

⁷⁴ Cfr. nt. 69.

stificare «tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale [...] e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento»⁷⁵.

Il Consiglio di Stato, del resto, a più riprese aveva sottolineato la cogenza di tale principio⁷⁶, prevedendo altresì che la mancata applicazione della rotazione rendesse direttamente impugnabile «già [...] il provvedimento di ammissione del gestore uscente» in quanto idoneo a concretare a danno del ricorrente «in via immediata e diretta, la paralisi di quell'ampliamento delle possibilità concrete di aggiudicazione che il principio di rotazione mira ad assicurare»⁷⁷.

Ciò posto, pare assolutamente di rilievo la circostanza che, intanto, la necessità di operare la rotazione appaia confermata dal nuovo Codice, il che, trattandosi di una regola ritenuta⁷⁸ attuazione del principio generale della concorrenza, costituisce un indice del fatto che, in questa materia, tale valore rimanga comunque, nell'intenzione del legislatore, un ideale da perseguire. Detto altrimenti, anche alla luce della conformazione del principio di rotazione, con rife-

⁷⁵ § 3.7.

⁷⁶ Rileva G. FONDERICO (*Contratti sotto soglia*, in Clarich (a cura di), *Commentario*, cit., p. 878) che «La rotazione – per l'appunto in quanto «principio» e non divieto assoluto di nuovo affidamento – andrebbe bilanciata con le normali esigenze di buon andamento dell'attività amministrativa», tuttavia «La soluzione prevalente, per come accolta dalle Linee guida e diffusa in giurisprudenza, è tuttavia maggiormente restrittiva».

⁷⁷ Cons. di Stato, sez. V, sent. 17 gennaio 2019, n. 435, ove si afferma che: «2.1 [...] Negli affidamenti "sotto soglia" il principio, per espressa disposizione di legge, opera quindi già in occasione degli inviti. In tema, questo Consiglio di Stato ha affermato che "Il principio di rotazione - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte - trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento", con la conseguenza che "La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore - amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione" (Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125)».

⁷⁸ Cfr. nt. 68.

rimento al Codice dei contratti italiano non si può parlare che enfaticamente di morte del principio di concorrenza, potendosi tutt'al più ritenere che tale intervento codificatorio abbia cercato, più esattamente, di dare una migliore collocazione a tale valore.

Eppure, una conferma del ridimensionamento⁷⁹ della necessità di perseguire la concorrenza a ogni costo, può risultare proprio dalla rimodulazione, nel nuovo Codice, del principio di rotazione che, come si è accennato, è espressamente ritenuto dalla Relazione estrinsecazione di quello di concorrenza. Invero, il d.lgs. 36/2023 ne ha ridotto l'ambito di operatività, stabilendo intanto che valga solo nei riguardi del precedente aggiudicatario e non anche più nei confronti del precedente invitato non aggiudicatario (cd. mero invitato)⁸⁰. Inoltre, mentre il limite massimo oltre il quale tale principio non si applica rimane tuttora quello delle cd. soglie di rilevanza europea; il limite minimo, al di sotto del quale il principio può essere derogato, è passato da 1.000 a 5.000 euro⁸¹.

Ciò pare costituire, dunque, un indice della nuova collocazione che il valore della concorrenza riveste oggi nella disciplina italiana dei contratti pubblici; nell'ambito della quale, seppur espressamente richiamato già all'art. 1 del nuovo Codice, va ora bilanciato con gli altri principi rilevanti in materia, *in primis* con quello del risultato⁸².

6. Conclusioni

Dal quadro succintamente ricostruito è, dunque, emerso che a livello europeo è tuttora dibattuta l'esistenza di un vero e proprio principio di tutela del-

⁷⁹ Così F. SAITTA, *loc. ult. cit.*

⁸⁰ Aveva prospettato la possibilità di interpretare la regola “*solo in positivo, come estensione degli inviti a operatori non precedentemente invitati, senza che ciò richieda di non invitare il fornitore uscente*”, G. FONDERICO, *Contratti sotto soglia*, cit., p. 879.

⁸¹ Secondo la Relazione, cit., 73-74: “*In tal modo tale limite viene allineato a quello previsto dall'art. 1, comma 450 della l. n. 296 del 2006 per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sottosoglia di beni e servizi*”.

⁸² Di “deciso ridimensionamento” parla anche F. SAITTA, *loc. ult. cit.* Interpreta in questo senso il ruolo della concorrenza, nell'impianto delle direttive del 2014, M. P. CHITI, *op. cit.*, p. 312.

la concorrenza, sia a livello di diritto primario in genere⁸³, che a livello di direttive sui contratti pubblici in particolare⁸⁴. Quanto al nostro ordinamento, tuttavia, è innegabile che le prime direttive comunitarie in materia di appalti, emanate negli anni '70 dello scorso secolo, abbiano segnato il tratto ascendente della parabola concorrenziale, nel senso di improntare sempre più la legislazione nazionale al fine di assicurare la costruzione di un mercato degli appalti caratterizzato in senso concorrenziale⁸⁵. Tale impronta ha contraddistinto, poi, l'impostazione del codice del 2006 e, in parte⁸⁶, del codice del 2016.

Sembrerebbe, ciononostante, che il recente Codice del 2023, pur non segnando di per sé un arretramento nella tutela della concorrenza nel mercato degli appalti, che anzi è espressamente richiamata già dall'art. 1, co. II, attesti di fatto l'arrivo ad un punto di flesso⁸⁷. *C'est à dire* ad un momento in cui, essendo emerse anche alcune aporie⁸⁸ di un'impostazione eccessivamente proiettata nel senso di favorire la concorrenza, il legislatore è apparso maggiormente consapevole dell'esigenza di garantire altre finalità rilevanti, tra le quali anzi primeggia la necessità di perseguire, in modo virtuoso⁸⁹, il risultato concreto che la pubblica amministrazione ha necessità di conseguire⁹⁰. Un indice di ciò è costituito, ad esempio, dal ridimensionamento della regola della rotazione, espressamente individuata nella Relazione al Codice come attuativa del valore della concorrenza⁹¹.

83 Cfr. nt. 32.

84 Cfr. nt. 37.

85 M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 297 ss. Sul punto anche E. CARUSO, *op. cit.*, p. 301 ss. e M. P. CHITI, *op. cit.*, p. 313.

86 Cfr. nt. 21.

87 Sul punto si rinvia altresì, quanto al diritto dell'Unione, alle considerazioni di I. Borrello e E. Chiti riportate nella nota n. 32.

88 Si pensi, tra l'altro, a ciò che disponeva l'art. 177 del d.lgs. 50/2016 (cfr. nt. 58), a ragione dichiarato incostituzionale.

89 Così la *Relazione*, cit., p. 13, per esprimere il legame tra concorrenza e risultato.

90 G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2023, p. 286; nonché, L. R. PERFETTI, *Introduzione*, cit., p. XII.

91 Ma sul punto si v. la nt. 68. Un altro esempio può essere costituito dal ridimensionamento della disciplina sulle offerte anormalmente basse di cui all'art. 110 del nuovo Codice relativamente alle quali, come si legge nella Relazione, cit., p. 160, “*a seguito di un esame comparatistico e di analisi economica, con riferimento al sopra-soglia – in cui l'accertamento dell'anomalia avviene sempre e comunque in contraddittorio con l'operatore – è emersa l'opzione di rimettere alla discrezionalità della stazione appal-*

A non dissimili risultati giunge chi ha individuato nello schema del nuovo Codice, sostanzialmente, tre tipi di norme rispetto alla logica concorrenziale: quelle in cui trova compiuta attuazione, come gli artt. 58⁹², 70⁹³, 71⁹⁴; quelle ad essa antitetiche, in quanto limitative della concorrenza, tra cui si richiamano gli artt. 72⁹⁵, 73⁹⁶, 74⁹⁷ e 76⁹⁸, nonché 94, I co.; infine, altre in cui la tutela della concorrenza è contemperata con altri valori contrapposti, tra le quali si annoverano i casi di esclusione cd. automatica ai sensi dell'art. 94⁹⁹.

D'altronde, l'emersione del principio del risultato accanto, seppure in posizione preminente, rispetto al valore della concorrenza, si può ritenere la conseguenza della «dialettica tra i due fondamentali principi di imparzialità e di buon andamento» che, secondo autorevole dottrina, appare caratterizzata dal fatto che: mentre l'imparzialità impone la considerazione, nelle procedure di evidenza pubblica, dell'interesse di tutte le parti, anche al fine di garantire la concorrenza; il principio del buon andamento richiede, a sua volta, l'implementazione di regole efficienti al fine di realizzare il risultato divisato nelle modalità migliori e nelle tempistiche opportune¹⁰⁰. Ciò senza dimenticare che, laddove si ponga un problema di bilanciamento del principio di concorrenza con altri principi, il primo è caratterizzato in senso procedurale e, quindi, in questo sen-

tante (alla luce dei risultati di gara, del mercato di riferimento e di ogni altro elemento che possa essere ritenuto utile) l'individuazione delle offerte che prima facie appaiono anomale e che quindi andranno sottoposte a verifica, con un conclusivo epilogo dotato di motivazione adeguata», pur essendo stata correttamente mantenuta l'ipotesi prevista dall'ultimo comma della norma in commento, con riferimento all'esclusione dell'offerente che proponga un'offerta anomala «giustificata» dall'aver ricevuto un aiuto di Stato non giustificabile come compatibile con il mercato interno dell'Unione (v. *Relazione*, cit., 163).

92 Rubricato «Suddivisione in lotti».

93 Rubricato «Procedure di scelta e relativi presupposti».

94 Rubricato «Procedura aperta».

95 Rubricato «Procedura ristretta».

96 Rubricato «Procedura competitiva con negoziazione».

97 Rubricato «Dialogo competitivo», ove però si richiama esplicitamente, ai co. V e VII l'esigenza di non «falsare la concorrenza».

98 Rubricato «Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando».

99 S. PERONGINI, *op. cit.*, p. 13 ss.

100 V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative*, cit., p. 47, il quale richiama sul punto il pensiero del Merusi (l'enfasi nel virgolettato è di Cerulli Irelli). Sul legame tra principio del risultato e del buon andamento, si v. A. CIOFFI, *Prima lettura*, loc. ult. cit.

so, riguardando più i mezzi utilizzati che le finalità divise, è di fatti «*strumentale rispetto agli scopi che di volta in volta sono perseguiti dai poteri pubblici*»¹⁰¹ che sono costituiti, in questa materia, *in primis* dall'approvvigionamento di beni e servizi necessari al corretto funzionamento delle pubbliche amministrazioni¹⁰².

Un campo di prova del rapporto tra concorrenza e risultato delineato dal Codice sarà costituito, forse, dall'evolversi del sindacato nel giudizio contabile¹⁰³. In questo campo, probabilmente l'affermarsi della logica del risultato¹⁰⁴ porterà definitivamente a superare l'indirizzo giurisprudenziale minoritario che configura un danno *in re ipsa* da violazione della concorrenza¹⁰⁵, giungendo potenzialmente a dischiudere «*scenari inediti, tra cui quello relativo alle potenzialità applicative, proprio nei giudizi di responsabilità per danno alla concorrenza, del principio della compensatio lucri cum damno*»¹⁰⁶.

101 F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2021, p. 3, secondo la quale, peraltro, «Questo particolare rapporto – che si ricava sul piano logico, anche in assenza di espressi enunciati normativi – è esplicitato dal Trattato dell'Unione europea che, pur impegnando gli Stati a realizzare un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, ammette che le regole che ne derivano non si applichino quando esse ostacolano la realizzazione di scopi di interesse generale (art. 106 TFUE)».

102 Cfr. L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice*, cit., p. 11; nonché, più in particolare, ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile*, cit., 896 e ID., *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. Maltoni (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile*, cit. 161 ss.

103 Non bisogna dimenticare invero che, com'è stato autorevolmente rilevato, oggi la discrezionalità amministrativa non concerne più appena la «ponderazione di un interesse essenziale con quelli che hanno carattere secondario» secondo l'insegnamento del Giannini; bensì «consiste nel muoversi tra regole, condizionamenti e controllori. Non è più lo spazio libero da leggi, ma lo spazio occupato da tante regole e da molti controllori. Richiede un bilanciamento diverso [...] perché include anche il sistema dei controlli», così S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 6, p. 725-727.

104 Secondo l'art. 1, co. IV, del Codice, invero «Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti».

105 Viceversa, «La giurisprudenza in materia è pressoché costante nell'affermare che «il danno alla concorrenza», non può ritenersi sussistente «in re ipsa», dovendosi provare, da parte dell'attore, che la deviazione dai parametri di una corretta azione amministrativa abbia comportato un effettivo danno patrimoniale all'Ente pubblico [...] «provato attraverso la quantificazione della somma che l'Amministrazione avrebbe potuto risparmiare ove fosse stata regolarmente espletata la prevista procedura di gara»», così Corte dei Conti. III, Sez. giurisd. cent. App., n. 22 marzo 2019, n. 56, in www.cortedeiconti.it.

106 E. GUARNERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, cit., 859.

MANFREDI MATASSA

Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università di Palermo
manfredi.matassa@unipa.it

TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI E 'INTERESSI' DELLE NUOVE GENERAZIONI

PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS AND 'INTERESTS' OF THE FUTURE GENERATIONS

SINTESI

Negli ultimi anni, il dibattito sulla tutela dei diritti sociali ha assunto una rinnovata centralità nel dibattito giuridico nazionale, europeo e internazionale. Sfide globali di grande portata e impatto, come il cambiamento climatico, la rapida evoluzione tecnologica, le significative transizioni demografiche e le crescenti disuguaglianze, hanno catalizzato un'analisi più approfondita del ruolo e della portata dei diritti sociali. Il presente articolo non solo si propone di descrivere le implicazioni di questa ridefinizione, proponendo un esame critico dell'attuale regime di tutela dei diritti sociali in Italia e valutando le prospettive di un loro rafforzamento nel contesto europeo e internazionale, ma intende anche sottolineare l'importanza di un approccio multilivello che possa valorizzare gli interessi intergenerazionali. In particolare, dopo aver definito alcune questioni di tipo terminologico e ripercorso in chiave critica i principali ostacoli che hanno impedito l'affermarsi nel corso dell'ultimo ventennio di un 'diritto delle nuove generazioni' in senso stretto, lo studio analizza il tema della responsabilità intergenerazionale alla luce delle recenti modifiche all'art. 9 Cost.

ABSTRACT

In recent years, the debate on the protection of social rights has taken on renewed centrality in national, European and international legal debate. Global challenges of great scope and impact, such as climate change, rapid technological evolution, significant demographic transitions, and growing inequalities, have catalyzed a deeper analysis of the role and scope of social rights. This ar-

ticle not only sets out to describe the implications of this redefinition, proposing a critical examination of the current regime of protection of social rights in Italy and assessing the prospects for their strengthening in the European and international context, but also aims to underscore the importance of a multilevel approach that can valorize intergenerational interests. Specifically, after defining some terminological issues and critically retracing the main obstacles that have prevented the emergence over the last two decades of a 'right of the new generations' in the strict sense, the study analyzes the issue of intergenerational responsibility considering the recent amendments to Article 9 of the Italian Constitution.

PAROLE CHIAVE: diritti sociali, diritti finanziariamente condizionati, equità intergenerazionale, diritti delle nuove generazioni, responsabilità intergenerazionale

KEYWORDS: Social rights, financially conditioned rights, intergenerational equity, generational rights, intergenerational responsibility.

INDICE: 1. Inquadramento generale del tema – 2. La tutela dei diritti sociali nell'ordinamento multilivello e il suo bilanciamento con il governo dell'economia – 3. La tutela dei diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale – 4. La tutela degli 'interessi' intergenerazionali tra questioni antiche e nuove aperture. – 5. La dottrina dei diritti delle nuove generazioni alla luce del nuovo art. 9 Cost.

1. Inquadramento generale del tema

Il tema della tutela dei diritti sociali¹ ha trovato ampio spazio nella letteratura giuridica italiana già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana². Nonostante i riflessi sul versante politico, economico e giuridico

1 Per una ricognizione generale e sintetica delle diverse elaborazioni dottrinali sulla natura dei diritti sociali v. anzitutto L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, pp. 64-65 e la letteratura ivi citata (con particolare riferimento a M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 4, 1980, pp. 769-811, C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova, 1996 e L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 4, 2002, pp. 713-740). Per un'analisi più puntuale si vedano i diversi inquadramenti costituzionalistici dei diritti sociali messi a fuoco nelle successive pagine: come funzione del precetto sull'uguaglianza (73-77), come interesse legittimo (77), come pretesa nei confronti del legislatore (78-79), come posizioni soggettive con pluralità di regimi (79-81), come diritti fondamentali (82-89). Per un lavoro monografico sulla natura dei diritti sociali si veda invece A. ROVAGNATI, *Sulla natura giuridica dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2009.

2 Tra i primi contributi monografici è possibile ricordare il lavoro di F. PERGOLESÌ, *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 1953; S. LENER, *Lo stato sociale contemporaneo*, Roma, Edizioni La Civiltà Cattolica, 1966 e G. CICALÈ, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, Jovene, 1967 mentre per una ricostruzione storica volta ad approfondire anche il dibattito sul tema nel periodo prerepubblicano si veda M. BENVENUTI, *Diritti*

dell'argomento³ abbiano condotto non pochi grandi maestri delle scienze giuridiche ed economiche dell'ultimo secolo a occuparsi del tema, la categoria dei diritti sociali risulta oggi ancora controversa a partire dalle sue stesse fondamenta teoriche.

Il presente lavoro non ha di certo l'ambizione di mettere ordine in tale settore dell'ordinamento multilivello, ma mira a evidenziare le cause che hanno contribuito a determinare le principali incertezze dogmatiche che caratterizzano allo stato dell'arte la materia.

I problemi più evidenti ricollegati al tema dei diritti sociali possono ricercarsi anzitutto sul versante concettuale o definitorio, rivolgendo particolare attenzione a quella tradizionale categorizzazione che vede i diritti sociali come gruppo distinto – se non proprio contrapposto – rispetto a quello dei diritti civili e politici (o diritti 'di libertà')⁴.

sociali, Milano, UTET, 2013. Si precisa che la Costituzione italiana non ha accolto, al contrario di come fatto ad esempio dalla Legge Fondamentale tedesca (v. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1981, 755), una clausola generale sullo 'stato sociale', ma ha preferito offrire una tutela individuale a singoli diritti. Tra questi è possibile ricordare, senza pretese di esaustività: il diritto al lavoro (art. 4), allo sviluppo sostenibile e alla tutela ambientale (art. 9), alla salute (art. 32), all'istruzione (art. 34), ad un'equa retribuzione (art. 36), alla parità di trattamento (art. 37), alla previdenza (art. 38) nonché alla libertà sindacale e di sciopero (artt. 39-40).

3 V. G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion Pratica*, 2, 2016, 495-496, il quale individua una individua diversi «livelli di discorso della materia» con riferimento alla stratificazione politica, economica e giuridica dei diritti sociali.

4 N. BOBBIO, *Diritti dell'uomo*, in *Teoria generale della politica*, M. BOVARO (a cura di), Torino, Einaudi, 1996, p. 464: «[c]iò che caratterizza un diritto sociale, a differenza di un diritto di libertà, è che esso è riconosciuto e protetto non solo nell'interesse primario dell'individuo, ma anche nell'interesse generale della società di cui l'individuo fa parte. [...] Naturalmente, questa non è la sola differenza. La differenza fondamentale, quale già risulta dalla loro definizione di diritti di prestazione, sta nel fatto che i diritti di libertà obbligano lo Stato a un comportamento meramente negativo, cioè a non impedire spazi personali di libertà, come praticare la religione di cui si è convinti o non praticarne nessuna, o esprimere la propria opinione politica; i diritti sociali obbligano lo Stato, come rappresentante dell'intera collettività, a intervenire positivamente nel creare istituti atti a rendere di fatto possibile l'accesso all'istruzione, l'esercizio di un lavoro, la cura della propria salute». P. GROSSI, *I diritti di libertà a uso di lezioni*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 274: «nei diritti di libertà ... l'individuo chiede allo Stato essenzialmente di astenersi e con l'astensione dello Stato (e ovviamente anche dei terzi, singoli e gruppi) la libertà risulta tutelata, poiché il titolare di essa può scegliere liberamente come utilizzare lo spazio che viene lasciato libero (a suo favore dal diritto); ... [il diritto sociale importa invece che] il cittadino chieda allo Stato di garantire una prestazione, ovvero di fornire un servizio che può essere l'assistenza sanitaria, l'istruzione, la messa a disposizione di una abitazione, etc.».

Complice anche la visione 'generazionale' con cui nell'ultimo trentennio si è affrontato il tema dei diritti⁵, la relazione dicotomica⁶ fra tali categorie è stata storicamente interpretata in modo da attribuire soltanto ai diritti 'di libertà' la qualità di 'diritti fondamentali dell'uomo'⁷ pienamente tutelati. Per contro, i diritti sociali sono stati a lungo intesi dalla letteratura prevalente come dei diritti 'di carta'⁸ o 'imperfetti'⁹ a causa della loro natura 'finanziariamente condizionata'¹⁰, mentre altra parte della dottrina ha ritenuto che l'espressione in esame

5 Per un approfondimento sulla suddivisione elaborata alla fine degli anni Settanta tra diritti di prima generazione (diritti civili e politici), di seconda generazione (diritti sociali) e di terza generazione (categoria residuale che comprende i cd. diritti verdi) si rimanda a K. VASAK, *A 30 years struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, in *The UNESCO Courier*, 1977, 29-32. In termini marcatamente critici sulle ricostruzioni volte a rappresentare i diritti attraverso una prospettiva generazionale cfr. G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, cit., 498 (il quale descrive tale rappresentazione come una 'favoletta').

6 Sulla presunta dicotomia tra diritti sociali e diritti di libertà si rimanda a *Idem*, 501-511.

7 Va chiarito, tuttavia, come la nozione di 'diritto fondamentale' risulti a oggi ancora controversa. Nella letteratura italiana tra gli studi più riusciti sull'argomento si veda L. FERRAJOLI 2001, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 5, secondo cui «[i diritti fondamentali possono essere identificati come] quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o fi cittadini o di persone capaci di agire; inteso per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta a un soggetto da una norma giuridica, e per 'status' la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio». Sulla base di tali presupposti, la più attenta dottrina ha ricavato quattro tesi: «(a) i diritti fondamentali sono diversi da quelli patrimoniali – che non sono universali –, con il che diritti fondamentali e diritti soggettivi sono necessariamente differenti tra loro (b) i diritti fondamentali, corrispondendo d'interessi ed aspettative di tutti, sono il fondamento dell'uguaglianza sostanziale e quindi preliminari alla stessa democrazia politica, (c) i diritti fondamentali hanno una dimensione sovranazionale, (d) i diritti fondamentali «consistono in aspettative positive o negative cui corrispondono obblighi (di prestazione) o divieti (di lesione)» (così L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., p. 71, mentre il virgolettato è ancora di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 11).

8 R. GUASTINI, *Diritti*, in *Analisi e diritto*, P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), Torino, Giappichelli, 1994, p. 164.

9 N. BOBBIO, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 461.

10 Tale espressione, che ha riscosso particolare successo in letteratura, è di F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 30, secondo il quale «[s]e invece si inquadra il fenomeno sotto il profilo soggettivo si deve constatare che i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti alla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi, e, come tali, non identificabili con i diritti fondamentali del cittadino. Il che non significa riscoprire Carl Schmitt e la programmaticità dei diritti sociali. Significa solo dire che i diritti sociali hanno un contenuto diverso dai diritti di libertà. Ciò porta anche ad escludere che l'utente coincida col cittadino e conseguentemente che l'organizzazione dei pubblici servizi debba necessariamente seguire il modulo politico-rappresentativo».

– «ricca di fascino storico ma formalmente tautologic[a]»¹¹ – fosse usata per fare riferimento a una categoria in realtà sprovvista di elementi comuni¹².

Sebbene a lungo radicata nella teoria generale dei diritti umani, la descritta idea dei diritti sociali come diritti secondari (più che di seconda generazione) – e per questo meno tutelati rispetto a quelli civili e politici – non raccoglie più gli stessi consensi dello scorso secolo. Per alcuni, addirittura, la distinzione tradizionale fra queste categorie andrebbe considerata ormai al pari di una «*diffusa vulgata*»¹³.

L'esistenza di una distinzione fra diritti di prima e di seconda generazione appare all'evidenza ancora giustificata sul piano storico, dal momento che permette di mettere a fuoco con nitidezza le principali ideologie (liberalismo e socialismo) che hanno ispirato le politiche europee degli ultimi cinquant'anni¹⁴. Sul piano giuridico-formale, tuttavia, le ragioni utilizzate a sostegno dell'oppor-

11 A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1.

12 In tal senso, E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1775 e C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie, della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 15-22. Va chiarito, tuttavia, come anche la migliore dottrina non abbia raggiunto un'uniformità di vedute circa il rapporto tra i diritti sociali e gli altri diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Dunque, non potendo per esigenze di sintesi e di sviluppo coerente della trattazione ripercorrere le diverse posizioni emerse in letteratura, per una ricostruzione convincente sui diritti sociali come diritti di eguaglianza e solidarietà si veda A. SCHIAVELLO, *Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion Pratica*, 14, 2000, pp. 65-79; mentre per una ricostruzione volta a ricondurli nel novero dei diritti di cittadinanza si veda G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, A. DI BLASE (a cura di), Roma, Roma Tre Press, 2014, pp. 275-286, secondo cui «[i] diritti sociali sono diritti di cittadinanza e non diritti dell'uomo – sono legati allo status civitatis (del quale in qualche misura partecipano gli immigrati specie se regolari) perché è la civitas che fornisce i mezzi necessari per soddisfarli. Questo spiega perché i diritti sociali, che pure sono presenti in tutte le costituzioni del dopoguerra, non sono previsti dalle convenzioni internazionali o sono previsti solo eccezionalmente».

13 G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion Pratica*, cit., p. 496, secondo il quale esiste una «*diffusa vulgata, seconda la quale i "diritti" sociali sarebbero in definitiva un artificio retorico da un punto di vista giuridico e un lusso dal punto di vista dei conti pubblici, e comunque recessivi rispetto ai veri diritti (i diritti di libertà), con i quali sono inevitabilmente destinati ad entrare in conflitto*». Sulla stessa linea v. anche E. DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quad. cost.*, 1, 2004, pp. 733-762.

14 Anche se vi è chi, come G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diritti sociali: origini e concetto*, in *Soc. dir.*, 1, 2000, pp. 38-39, sostiene l'impossibilità di far coincidere perfettamente il pensiero socialista con la massima estensione di tutela dei diritti sociali.

tunità di mantenere tale dicotomia sono state con il trascorrere del tempo sempre più criticate,¹⁵ anche se gli argomenti a sostegno della materialità dei diritti sociali hanno continuato a mantenere nel tempo un innegabile fascino¹⁶.

In particolare, nel corso dell'ultimo ventennio la dottrina ha inteso rivalutare la distinzione fra diritti sociali e diritti 'di libertà' partendo proprio dalla volontà di confutare le differenze tra i due concetti ritenute fino a quel momento insuperabili¹⁷. Fra queste sono state messe in dubbio, in particolare, quelle rappresentazioni volte a sostenere che: (a) i diritti di libertà fossero diritti universali, mentre i diritti sociali fossero diritti particolari; (b) i diritti di libertà fossero diritti negativi, volti a imporre agli altri soggetti un obbligo di mera astensione, mentre i diritti sociali fossero diritti positivi, in considerazione degli adempimenti richiesti allo Stato¹⁸; (c) soltanto i diritti di libertà potessero ritenersi provvisti di un contenuto ben definito e dunque immediatamente esigibile e (d) soltanto i diritti di libertà fossero direttamente (o efficacemente) tutelabili in giudizio¹⁹.

15 I principali dubbi ricollegati ai diritti sociali sono attentamente sintetizzati da L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., p. 68, secondo cui «[e], quindi, dubbio (a) cosa e (b) quali siano i diritti sociali, (c) se siano una posizione soggettiva e non un insieme di istituti eterogenei e, anche laddove siano intesi come pretese, (d) se appartengano al novero di quelle attive o passive – e se siano posizioni dirette o derivate – e, comunque, (e) quali siano la loro natura e regime ed (f) i loro beneficiari (vale a dire se a chi si trovi in posizione svantaggiata di disuguaglianza, qualificandosi così il titolare per via dell'appartenenza ad un gruppo – non importa se di cittadini o non – ovvero se si tratti di un diritto individuale, indipendente dalla situazione di svantaggio, esclusione, sottoprotezione o disagio».

16 In tal senso si veda, su tutti, la recente posizione di M. GOLDONI, *La materialità dei diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2022, 141-169.

17 Altri autorevoli studiosi, invece, si sono espressi a sostegno dell'assenza di una distinzione strutturale fra diritti sociali e diritti di libertà proponendo delle distinzioni alternative. Fra tutti si veda M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 3, 2000, p. 400 (nt. 4), secondo cui «non vi è diversità strutturale tra diritti (storicamente qualificati come) sociali e diritti (storicamente qualificati come) di libertà, ma fra diritti di difesa; diritti di partecipazione; diritti di partecipare ad un utile sociale; diritti a prestazione. Tutti i diritti (quale che sia la loro storica qualificazione come «sociali», «politici» o «di libertà») rientrano strutturalmente in una di queste categorie, e sovente anche in più d'una di esse».

18 Con riferimento alla relazione tra diritti inviolabili della persona e i doveri inderogabili dell'amministrazione v. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2020, pp. 543-596 (nonché le ulteriori considerazioni di M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, in *ivi*, 1 2021, pp. 407-425).

19 La classificazione è da attribuire a G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, cit., p. 503 (al quale si rimanda anche per i riferimenti degli autori che hanno sostenuto

Ciò che rileva maggiormente in questa sede non è tanto l'individuazione dell'esatto rapporto tra i due concetti in esame, ammesso che sia possibile individuarne uno in modo stabile, visto il loro costante mutamento di forma e contenuto, quanto piuttosto ricordare che *«le classificazioni nei discorsi sui diritti non sono quasi mai innocenti (in considerazione al fatto che nel caso di specie sembrano alludere ad una realtà in cui soltanto i diritti di libertà possono considerarsi 'veri diritti', mentre i diritti sociali sembrano una categoria secondaria – o addirittura terziaria –, creati e successivamente tenuti in vita artificialmente da apparati burocratici)»*²⁰.

Posto in ogni caso che, almeno con riferimento al contesto europeo, i diritti sociali *«non riguardano solo i soggetti deboli o svantaggiati, ma tutti i consociati»*²¹, l'effettiva tutela di quest'ultimi sembra affermarsi sempre più come un presupposto ineludibile sia per la sicurezza interna delle organizzazioni multilivello, sia per la piena titolarità dei diritti civili e politici dei cittadini. Nonostante negli ultimi anni le istituzioni internazionali ed europee abbiano inteso affrontare il complesso tema dei diritti sociali con maggiore attenzione, non può farsi a meno di notare come nella maggior parte dei Paesi occidentali il rapporto fra Stato, mercato e individuo risulta ancora oggi non poco tormentato²².

Poste tali premesse, prima di mettere a fuoco l'equilibrio tra garanzia dei diritti sociali e diritto pubblico dell'economia, è opportuno soffermarsi brevemente sulla nascita, sull'evoluzione nonché sui limiti dei principali 'pilastri' della tutela dei diritti sociali nell'ordinamento multilivello.

una o più posizioni tra quelle espresse).

²⁰ *Ibidem*.

²¹ A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit., 2. Negli stessi termini v. anche A. GIORGIS, *Diritti sociali*, in *Dir. dir. pubbl.*, S. CASSESE (diretto da), vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1905.

²² Per alcuni spunti sul tema nel dibattito italiano si vedano S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003 e E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Bologna, Il Mulino, 2006.

2. La tutela dei diritti sociali nell'ordinamento multilivello e il suo bilanciamento con il governo dell'economia

Come è noto, i diritti sociali non sono oggetto di una tutela diretta dalle convenzioni sui diritti umani e, come evidente ricaduta, sono considerati diritti sostanzialmente non giustiziabili dinanzi le Corti internazionali²³.

Anche quando previsti in Carte dei diritti, come per esempio nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali del 1996, questi diritti ricoprono in ambito internazionale un valore meramente programmatico a causa dell'assenza di organi preposti all'effettivo controllo sull'osservanza delle disposizioni in esse contenute²⁴. Stante l'evidente inidoneità strutturale degli strumenti oggi offerti dal diritto internazionale per proteggere i 'diritti ad avere', l'idea di quest'ultimi come posizioni giuridiche rilevanti solo sul versante del diritto nazionale è oggi resa meno scontata in conseguenza del processo di integrazione europea dei diritti²⁵.

Ancor prima di interrogarsi sulla portata del contributo offerto dagli strumenti eurounitari nella tutela di questi diritti, esigenze di sviluppo coerente della trattazione suggeriscono di ripercorrere brevemente il percorso che ha condotto l'UE a interessarsi di giustizia sociale²⁶. Come è noto, durante i primi anni di vita dell'Unione i Paesi membri hanno inteso porre alla base del nascent-

23 Un approfondimento sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è offerto da A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, pp. 9-46.

24 Come ricordato da G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, cit., pp. 275-276 «[il Patto sui diritti economici, sociali e culturali] si limita a stabilire che gli Stati contraenti sottopongono rapporti periodici sulle misure prese in attuazione del patto al Consiglio economico e sociale, il quale può a sua volta trasmetterli alla Commissione dei diritti umani dell'ONU o sottoporli all'attenzione dell'Assemblea generale». Si precisa che un mero richiamo di carattere programmatico ai diritti sociali è contenuto anche nell'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 (DUDU) nonché al punto V della Dichiarazione del Millennio delle Nazioni Unite del 2000.

25 Sul ruolo dei diritti sociali nei processi di integrazione europea L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, Giappichelli, 1998; F.A. CANCELLA, *Servizi di welfare e diritti sociali nella prospettiva di un'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2010; M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 367-405. Fra i recenti contributi con un taglio più generale sulle teorie dell'integrazione europea v. invece F. PATRONI GRIFFI, *Costituzioni, diritti e giudici nello scenario dell'integrazione europea*, in *Dir. pubbl. eur.*, 2, 2022, pp. 57-70; G. PITRUZZELLA, *Identità, linguaggio e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2023, pp. 107-122 e N. LUPO, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2023, pp. 729-755.

te ordinamento esclusivamente la tutela dei quattro pilastri del mercato interno (libera circolazione dei capitali, delle merci, delle persone e dei servizi). Del resto, se si considera che la Comunità europea degli anni Cinquanta era formata da Stati fra loro culturalmente molto distanti e con l'esperienza del secondo conflitto globale ancora sulle spalle, risulta evidente come l'obiettivo dei Fondatori risultasse più lontano dalla prospettiva della realizzazione di una 'Unione Sociale Europea'²⁷. L'attenzione delle istituzioni comunitarie sull'argomento, infatti, si è sviluppata «*molto lentamente e solo per gradi*»²⁸. Inizialmente, i diritti sociali erano tenuti in considerazione nell'ordinamento europeo soltanto in funzione di alcuni atti specifici dal valore programmatico come, per esempio, la Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori del 1989 (inizialmente ostacolata dal Regno Unito) e nell'importante revisione della Carta sociale europea nel 1996. Successivamente, però, gli stessi hanno trovato una tutela più esplicita all'interno della componente sociale della Carta di Nizza del 2001²⁹ (e nella conseguente 'costituzionalizzazione' dei principi in essa contenuti per mezzo

26 Per una panoramica completa sulla tutela sovranazionale dei diritti sociali nell'ordinamento europeo si vedano fra gli altri i lavori di G. DE BÚRCA, B. DE WITTE (a cura di), *Social rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005; G.S. KATROUGALOS, *The justiciability of social rights: the universalization of the European exception*, in *Eur. rev. publ. law*, 4, 2009, pp. 1481-1509; D.U. GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2013, pp. 1175-1188; G. DELLA CANANEA, *Lex fiscalis europea*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, pp. 7-21.

27 La questione è invece oggi affrontata da M. FERRERA, *Si può costruire una Unione sociale europea?*, in *Quad. cost.*, 3, 2018, pp. 567-589.

28 A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit., p. 2.

29 Per un recente studio sulla *Carta di Nizza* e la tutela multilivello dei diritti sociali v. M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, 5, 2023, pp. 27-52. Per un approfondimento sulla qualificazione dei diritti sociali attribuita dai Trattati si rimanda invece a M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 377, secondo cui «[l]e previsioni dei Trattati non chiariscono se i diritti sociali cui fanno riferimento siano veri e propri diritti "comunitari" o non siano piuttosto semplici diritti "statali". Nel primo caso, ovviamente, avremmo diritti nuovi, che si aggiungerebbero a quelli già riconosciuti negli ordinamenti degli Stati membri, nel secondo avremmo invece la semplice integrazione dei diritti garantiti dagli Stati nell'ordinamento comunitario, ma i cittadini dell'Unione resterebbero titolari di un invariato patrimonio di diritti» (per una riflessione più ampia su questi temi si veda invece L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, cit., *passim*).

del Trattato di Lisbona del 2007, il quale comunque li menziona tra gli obiettivi dell'Unione)³⁰.

Non è facile comprendere se il processo di valorizzazione dei diritti sociali sia da intendere come causa o effetto dello stato di 'effervescenza costituzionale'³¹ proprio dell'Unione europea tra gli anni Novanta e Duemila, ma risulta di tutta evidenza come il perseguimento di tale obiettivo sia stato uno dei motori trainanti del processo di integrazione europea. Tuttavia, per quel che rileva maggiormente ai fini di questa analisi, va messo in luce come il sogno di una pacifica convivenza tra «un'Europa dei mercanti e un'Europa sociale»³² fosse destinato a infrangersi già sul nascere. Infatti, l'insanabile frattura tra Paesi 'debitori' e 'creditori' sorta a seguito della crisi del 2008 ha messo in evidenza come le politiche europee fossero troppo acerbe per preservare contemporaneamente gli interessi dell'Unione sul fronte economico e sociale³³. In questo contesto, la 'morsa'³⁴ finanziaria con cui l'Unione ha provato a salvaguardare la stabilità

30 Sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione si rimanda, per tutti, a U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2001, pp. 33-56 e A. GUAZZAROTTI, *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella "costituzionalizzazione dell'Unione europea"*, in *DPCE*, 1, 2014, pp. 55-75.

31 S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 4, 2018, pp. 557-578, il quale si sofferma sulla «apparente contraddizione di una vasta affermazione dei diritti sociali a livello internazionale, con una vera e propria "effervescenza costituzionale" nell'Unione europea grazie alle nuove carte dei diritti e al Trattato di Lisbona, e insieme il trionfo globale del neoliberismo, inevitabilmente accompagnato da un'esplosione senza precedenti delle disuguaglianze sociali ed economiche». L'idea è esplorata anche da S. MOYN, *Not enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2018, p. 202.

32 Il richiamo è al lavoro di A. SPADARO 2011, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit., p. 3, che discorre di una «contrapposizione pericolosa e semplicistica fra due modelli entrambi inesistenti nella loro purezza: un'Europa dei mercanti e un'Europa sociale, col rischio che l'intero progetto politico dell'Unione Europea – imperfetto e gradualistico, ma unico ed esemplare nel quadro degli ordinamenti contemporanei – venga messo in crisi».

33 Sul tema M. FERRERA, *Si può costruire una Unione sociale europea?*, cit., pp. 567-568 evidenzia che «[l']avvento della crisi finanziaria e la conseguente grande recessione hanno tuttavia bruscamente interrotto questa traiettoria di conciliazione fra Europa economica e sociale, risvegliando invece quella logica di economismo socialmente frigido [il riferimento è a F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle comunità europee*, in *DCSI*, 4, 1986, pp. 587-601] che aveva caratterizzato alcune fasi pendenti del processo di integrazione» e che «quella convergenza socio-economica che doveva conseguire allo spirito di Maastricht e Nizza, e poi rilanciata dal Trattato di Lisbona, ha lasciato il posto a nuove divergenze e antagonismi, aprendo così a una linea di frattura tra i paesi creditori del Nord e i paesi debitori del Sud (la cosiddetta periferia)».

34 S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, cit., p. 571. Sulla tutela dei diritti sociali in tempi di crisi v. anche D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi*:

degli Stati maggiormente esposti alla crisi (e conseguentemente dell'intera struttura economica europea) non ha potuto che arrestare il processo di ampliamento dei diritti sociali. Ma non solo: la crisi dello scorso decennio ha anche innescato un meccanismo di «*crescente perdita di interesse [delle istituzioni europee] per la dimensione politica e materiale dei diritti sociali*»³⁵ giustificato dall'idea per cui «*non ci sono diritti quesiti che tengano, quando le risorse mancano*»³⁶.

All'indomani della crisi, in un contesto ormai di generale sfiducia sul futuro impegno europeo sul fronte dei diritti sociali, si è inteso ritornare sul progetto volto a «*completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa*»³⁷ attraverso una consultazione pubblica sull'idea di un Pilastro sui diritti sociali (PEDS).³⁸

I risultati di tale consultazione sono stati condensati all'interno di una raccomandazione³⁹ e di una proclamazione interistituzionale (fra Commissione, Consiglio e Parlamento)⁴⁰, ma il nuovo Pilastro non si è dimostrato in grado di superare l'ormai caratteristica 'inconsistenza'⁴¹ delle politiche europee in materia di diritti sociali. Infatti, la scelta di affidare la tutela delle sempre più richie-

istruzione e salute al vaglio dell'effettività, in *Rivista AIC*, 4, 2013, pp. 1-12; E. PAVOLINI, M. RAITANO, *L'Europa mediterranea fra diritti sociali e crisi economica: il welfare stare ai tempi dell'austerità. Un'introduzione*, in *Meridiana*, 83, 2015, pp. 9-30 e A.M. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, pp. 1-16. Invece, tra i più rilevanti contributi nella letteratura internazionale si veda S. CIVITARESE, S. HALLIDAY (a cura di), *Social Rights in the Age of Austerity*, Abingdon, Routledge, 2017.

35 M. GOLDONI, *La materialità dei diritti sociali*, cit., p. 143.

36 G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, cit., 2014, p. 279.

37 Commissione europea ('relazione dei cinque Presidenti'), *Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa*, Bruxelles, 2023, reperibile su <https://eur-lex.europa.eu>.

38 Commissione europea, *Avvio di una consultazione su un pilastro europeo dei diritti sociali*, COM(2016), Bruxelles, reperibile su <https://eur-lex.europa.eu>.

39 Commissione europea, *Comunicazione della commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni (Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, Bruxelles, 2017, reperibile su <https://commission.europa.eu> (visitato il 16 novembre 2023). In particolare, all'esito della consultazione sono state individuate quattro grandi questioni che il Pilastro avrebbe dovuto affrontare: «i) le conseguenze sociali della crisi, tra cui l'aumento della povertà e dell'esclusione sociale, le disuguaglianze e la disoccupazione, il basso livello di crescita competitività, ii) il futuro del loro e l'emergente mercato del lavoro digitale; iii) l'evoluzione demografica, ossia l'invecchiamento della popolazione europea; iv) la divergenza economica tra Stati membri».

40 Parlamento Europeo, Consiglio dell'Unione europea, Commissione europea, *Pilastro europeo dei diritti sociali* 2017, reperibile su <https://commission.europa.eu>.

41 S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, cit., p. 561 si riferisce al Pilastro europeo dei diritti sociali come un testo dalla «*evidente – e del resto già conclamata – inconsistenza e irrilevanza politica*».

ste istanze sociali a soli strumenti di *soft law* non solo non ha convinto i primi commentatori dell'iniziativa⁴², ma è stata intesa persino come un fattore di indebolimento della Carta europea dei diritti fondamentali⁴³.

Anche a volere accettare la prospettiva volta a rintracciare all'interno del PEDS alcuni 'semi nascosti'⁴⁴ che un domani potrebbero germogliare in favore della realizzazione di un'Unione sociale europea, a oggi non può che ritenersi ancora valido l'assunto per cui «i diritti sociali sono tutelati, quando lo sono, nell'ambito di ciascuno Stato»⁴⁵.

Dunque, almeno allo stato dell'arte, le soluzioni per la tutela dei diritti sociali sembrerebbero doversi ricercare all'interno degli strumenti offerti dagli ordinamenti statali. Nella dimensione nazionale, tuttavia, il tema della protezione di questi diritti incontra problemi non meno rilevanti di quelli rappresentati nel contesto internazionale ed europeo, in quanto finisce in primo luogo per essere attratto nella più ampia questione della crisi identitaria dei legislatori delle democrazie occidentali.⁴⁶

42 Per altre analisi in chiave critica sul contenuto del Pilastro europeo dei diritti sociali cfr. anche G. GOTTI, *L'implementazione partecipata del Pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, pp. 166-198 e N. MACCABIANI, *Il duplice "stress test" del Pilastro europeo dei diritti sociali nell'UEM in via di completamento: nuove iniziative, vecchie questioni*, in *federalismi.it*, 24, 2018, pp. 2-37.

43 In tal senso A.-O. COZZI, *Perché il pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2, 2018, pp. 516-518, secondo cui «[r]iscrivendo l'ennesimo elenco di diritti sociali, per di più in forma di obiettivi politici, si finisce per scolorire i diritti di analogo contenuto della Carta e per confonderne ulteriormente il regime giuridico. Il rischio è che le norme sociali della Carta siano ridotte a mere proclamazioni, e non vedano affermata la loro forza giuridica». Una prospettiva simile è fatta propria anche da S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, cit., p. 574, il quale evidenzia che «la sola costituzionalizzazione formale dei diritti sociali – in un contesto normativo che favorisce sistematicamente politiche di de-socializzazione e di de-solidarizzazione dei rapporti tra gli stati membri – rischia addirittura di avere effetti perversi, come dimostra la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ... [che si è dimostrata] incapace di svolgere quella funzione di bilanciamento tra contrapposte istanze che, sia pure con crescenti difficoltà, sono riusciti invece in molti casi a esprimere i giudici costituzionali nazionali». Con particolare riferimento a quest'ultima prospettiva, si rimanda alle riflessioni di R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 97-98 sulla circostanza per cui la CGUE non sia stata istituita per proteggere i diritti fondamentali, quanto piuttosto le libertà di mercato.

44 In questi termini, M. FERRERA, *Si può costruire una Unione sociale europea?*, cit., p. 575.

45 G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, cit., p. 276.

46 Fra gli studi più rilevanti sulla 'crisi della legge' nella letteratura italiana G. MEOLI, *Il declino della legge*, Roma, Treccani, 2013; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016 e G. STELLA, *Crisi della legge e potere del giudice*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2020.

Se si guarda più da vicino lo scenario italiano, emerge come il compito di individuare un bilanciamento fra diritti sociali e governo dell'economia sia affidato principalmente alla giurisprudenza della Corte costituzionale (e alle sue oscillazioni)⁴⁷ nonché spesso alla creatività dei giudici di merito di ogni ordine e grado⁴⁸. Sempre nel contesto nazionale, l'effettività della tutela di questi diritti dipende poi da altri temi di notevole ampiezza e complessità che questo contributo può limitarsi soltanto a mettere in evidenza, come per esempio la *vexata quaestio* della garanzia di livelli essenziali di prestazioni (LEP) nell'ambito dell'autonomia differenziata su cui si discute in letteratura da oltre un ventennio⁴⁹.

Poiché in questa sede non è possibile addentrarsi all'interno delle innumerevoli intersezioni fra politica, diritto ed economia inevitabilmente ricollegate alla materia, ci si limiterà a rappresentare come l'ordinamento italiano abbia inteso definire il rapporto tra la sostenibilità finanziaria e protezione delle istanze sociali.

3. La tutela dei diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Nelle pagine precedenti si è messo in luce come la tutela dei diritti sociali presenti limiti abbastanza evidenti in ogni dimensione dell'ordinamento multili-

47 La prospettiva della 'Corte costituzionale legislatore' è stata da ultimo affrontata da N. PALAZZO, *La Corte costituzionale legislatore*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1, 2023, pp. 189-218.

48 Per due visioni tra loro contrapposte sul ruolo della giurisprudenza creativa v., da un lato, L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, pp. 13-32 (il quale parla di «*ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge*») e, dall'altro, R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 5, 2017, pp. 113-122 (il quale, riprendendo le parole di N. LIPARI, *Il giudice legislatore*, in *Foro It.*, 1, 2017, 492-493, intendono il fenomeno come un «*significativo momento di emersione di un processo inarrestabile in cui la teoria delle fonti del diritto trova all'un tempo la sua morte e la sua resurrezione*»).

49 All'interno della vastissima e imponente letteratura sull'argomento si vedano, tra gli altri, C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m Cost.)*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2002, pp. 881-907; A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, pp. 1063-1140; V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, Torino, 2008; G.M. FLICK, *La tutela costituzionale del malato non autosufficiente: le garanzie sanitarie dei LEA, il "pericolo" dei LEP*, in *Rivista AIC*, 2, 2023, pp. 244-249 e F. MANGANARO, *Dalla cittadinanza alle cittadinanze. Questioni su un concetto poliformico*, in *ambienteditto.it*, 4, 2022, pp. 323-334.

vello (seppur a causa di problemi distinti nel contesto nazionale, europeo e internazionale). La maggior parte degli aspetti critici finora esaminati sembrano tuttavia combinarsi nel momento in cui il soggetto chiamato a far fronte alle diverse istanze risolvibili sul fronte statuale finisce per essere, come anticipato, la Corte costituzionale e non invece il legislatore.

La principale difficoltà che si presenta risulta piuttosto evidente: poiché tali diritti consistono nella maggior parte dei casi in ‘pretese a prestazioni’, il loro soddisfacimento richiede all’evidenza un costo e – come ricaduta – un bilanciamento fra le diverse istanze delle società e le risorse economiche disponibili. In tale scenario – ed è qui che il problema assume proporzioni di carattere sistemico – qualsiasi giudizio sulla spettanza o meno di un dato diritto a una parte della popolazione non può che tradursi inevitabilmente in una valutazione sul suo ‘costo’. Posto che le ricostruzioni tradizionali che hanno inteso circoscrivere il problema del ‘costo delle sentenze’ ai soli diritti sociali⁵⁰ si scontrano oggi con prospettive più moderne volte a sostenere l’idea per cui, nella sostanza, tutti i diritti finiscono per ‘costare’⁵¹ (elevando così il problema a questione di ordine generale), ragioni di coerenza argomentativa suggeriscono di delimitare comunque l’analisi alla tutela dei diritti sociali⁵².

50 Questa idea è ben descritta G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, cit., p. 277. Sempre secondo la prospettiva dell’Autore: «[i]l diritto di libertà ha un costo quando viene violato; il diritto sociale ha un costo quando viene soddisfatto, e quindi ogni volta che viene esercitato e aspira alla sua attuazione».

51 G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica dei luoghi comuni*, p. 507, secondo cui «[d]unque, tutti i diritti costano. Certo, è vero che per i diritti sociali i costi sono più evidenti, più visibili, mentre per i diritti di libertà i costi sono in qualche modo sommersi (anche se non è sempre così)». La stessa idea è condivisa anche da M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, p. 8, secondo cui «sarebbe più corretto qualificare tutti i diritti come risorse giuridicamente scarse (nel senso che il loro godimento non è illimitato), condizionate alla disponibilità di risorse economicamente scarse (nel senso che sono le decisioni di bilancio che determinano le opportunità di godimento dei diritti)».

52 Tra i principali contributi volti ad approfondire problema della quantificazione del ‘costo’ delle pronunce della Consulta si vedano, tra gli altri, C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nella crisi dello stato sociale*, cit., 1996, *passim*; D. BIFULCO, *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003; M. TROISI, *La quantificazione del «costo» delle pronunce della Corte costituzionale in materia di diritti*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2, 2019, pp. 353-366 e Id., *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

La giurisprudenza costituzionale è stata chiamata già nei suoi primi decenni di attività a individuare meccanismi di contemperamento fra gli interessi economici e il soddisfacimento di diritti che potessero supplire alla 'insostenibile leggerezza' del legislatore.

Con particolare riferimento alla tutela dei diritti sociali, a partire dagli anni Settanta la Consulta ha avvertito la necessità di affrontare il tema attraverso l'elaborazione di un *corpus* di principi specifici costruito sulla base di una combinazione tra il principio di ragionevolezza e quello di gradualità⁵³ (e un utilizzo frequente del potere di modulazione degli effetti nel tempo delle proprie sentenze)⁵⁴.

Potendo rinviare l'analisi dell'evoluzione delle molteplici 'tecniche argomentative e decisorie' impiegate dalla Consulta *in subiecta materia* fino al primo decennio degli anni Duemila a trattazioni a più approfondite⁵⁵, l'analisi proposta intende tenere in considerazione il percorso compiuto dalla giurisprudenza costituzionale a partire dall'indomani della crisi finanziaria del 2008. Come è noto, la crisi globale determinata dallo scoppio della bolla immobiliare statunitense non ha imposto soltanto una rimodulazione complessiva delle priorità e degli assetti dell'Unione⁵⁶, ma ha anche condotto il legislatore italiano a modifi-

53 Come ricordato da M. TROISI, *La quantificazione del «costo» delle pronunce della Corte costituzionale in materia di diritti*, cit., pp. 355, la gradualità può assumere due distinti significati nel contesto dei diritti sociali. In particolare, con questo termine può farsi riferimento sia al 'grado di realizzazione' di questi diritti che il giudice può stabilire attraverso bilanciamento tra la prestazione dovuta e gli altri elementi in conflitto (gradualità come 'variabilità' del grado di realizzazione), sia alla progressiva intensificazione del soddisfacimento del diritto sociale (gradualità come 'attuazione parziale' del diritto).

54 Per uno studio recente sull'argomento si veda F. ZAMMARTINO, *Corte costituzionale e nuovi sviluppi sulla modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento*, in *Nuove Autonomie*, 2, 2021, pp. 359-376 mentre per una riflessione critica sull'esercizio di tale potere nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato si rimanda a M. MATASSA, *Il Consiglio di Stato "immagina il nuovo regime giuridico delle concessioni demaniali"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2021, spec. pp. 834-840; Id., *La disciplina delle concessioni balneari e l'evaporazione del diritto liquido*, in *federalismi.it*, 10, 2023, spec. pp. 162-166 e la letteratura in materia ivi citata.

55 M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., spec. pp. 9-10. Più in generale, per ripercorrere i principali interventi della Corte costituzionale in materia si rimanda a M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, cit., pp. 420-421.

56 Un'efficace ricognizione dei principali interventi europei di risposta alla crisi è offerta da E. CHITI, *Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri dell'Unione*, in *Giorn. dir.*

care in senso restrittivo l'art. 81 della Carta attraverso la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio⁵⁷. Il Giudice delle leggi è stato così chiamato a trovare un nuovo punto di equilibrio tra due conseguenze antitetiche prodotte dagli stessi eventi: da un lato, la crisi ha inevitabilmente comportato il sorgere di una più intensa richiesta di interventi di tipo assistenziale da parte soprattutto delle fasce più deboli della popolazione; e, dall'altro, essa ha reso quanto mai necessario il rispetto dei vincoli di spesa imposti dall'ordinamento europeo ormai tutelati con una disposizione costituzionale dall'alto valore precettivo⁵⁸.

In tale contesto, per quanto sia difficile orientarsi all'interno delle diverse oscillazioni riscontrabili nell'ultimo decennio di giurisprudenza costituzionale in materia, può evidenziarsi come la Corte non abbia mai abbandonato il ruolo di «garante della protezione del contenuto ragionevole»⁵⁹ di questi diritti. Cionondimeno, pur lasciando ferma l'idea di un nucleo essenziale volto a garantire le necessarie

amm., 3, 2011, pp. 311-315 e G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost.*, 1, 2012, pp. 9-49.

57 Per un approfondimento in chiave critica sul tema si rimanda a A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. Pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 2012, pp. 108-111; D. CABRAS, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in *ivi*, 1, 2012, pp. 111-115 e R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *federalismi.it*, 4, 2012, pp. 1-55; mentre sulla formulazione originaria dell'art. 81 della Costituzione si rinvia per tutti a N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'articolo 81 della Costituzione tra attuazione, interpretazione e aggiramento*, Luiss University Press, Roma, 2007.

58 A tale ragionamento potrebbe in astratto obiettarsi come il rispetto dei vincoli di spesa sarebbe dovuto essere un elemento già di per sé 'pregnante' all'interno delle valutazioni del Giudice delle Leggi già prima delle modifiche introdotte con la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, in funzione degli impegni presi sul fronte eurounitario. Tuttavia, come ricorda M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, cit., pp. 420: «[...] se guardiamo all'esperienza interna è questa [il conflitto tra diritti e finanza pubblica] la ragione che ha indotto la Corte costituzionale a formulare la nota teoria dei controlimiti, il cui scopo potrebbe essere appunto quello di arginare l'onda espansiva di una normativa europea che avrebbe finito con l'imporre, anche al nostro giudice delle leggi, il primato dei principi di matrice europea nel bilanciamento con i diritti costituzionalmente protetti». Per un approfondimento sulla teoria dei controlimiti si rimanda, su tutti, a M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, pp. 1-20.

59 M. GOLDONI, *La materialità dei diritti sociali*, cit., p. 144. L'Autore giunge a tale conclusione partendo dal presupposto secondo cui «[i]l ruolo della Corte costituzionale nella protezione dei diritti sociali si è fatto più visibile in quanto le capacità e il carisma necessari per porre un argine ai segnali di cambiamento costituzionale provenienti dall'ambiente esterno si possono ritrovare solamente in tale istituzione».

prestazioni sul versante sociale indipendentemente rispetto alla presenza di disposizioni legislative volte a prevederle⁶⁰ (e dunque, in quanto inviolabile, la possibilità di fare valere in giudizio il diritto senza il tramite della legislazione positiva),⁶¹ nell'ultimo decennio il principio di contenimento della spesa pubblica ha acquisito inevitabilmente una nuova centralità nella valutazione della Corte costituzionale. Si pensi, per esempio, al bilanciamento fra tutela della salute e coordinamento della spesa pubblica individuato dalla Consulta nei primi anni dello scorso decennio, quando si è ritenuto che il legislatore statale potesse imporre alle Regioni vincoli di spesa «*per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari*»⁶².

Al di là dell'individuazione dei livelli minimi di prestazione, il cui dibattito è oggi più vivo che mai in funzione dell'istituzione di un Comitato tecnico governativo *ad hoc*, negli ultimi anni la Corte ha dimostrato l'intenzione di voler rivalutare in senso ampliativo il carattere 'finanziariamente condizionato' dei diritti sociali. In particolare, in occasione di un giudizio ricollegato alla legittimi-

60 La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima una norma legislativa regionale non idonea ad assicurare il finanziamento del servizio di trasporto degli studenti disabili, osservando che la discrezionalità del legislatore non potesse incidere «sull'indicato «nucleo indefettibile di garanzie» che questa Corte ha già individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore» (Corte cost., sent. 26 febbraio 2010, n. 80).

61 Tra i più autorevoli autori che hanno approfondito l'argomento si vedano G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012 e N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017. Per una ricognizione del dibattito sul tema della tutelabilità diretta in sede di giudizio dei diritti riconosciuti nella Costituzione si veda invece M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Milano, CEDAM, 2018, 104 (e la letteratura ivi citata).

62 Si vedano, *ex multis*, le sentenze della Corte cost., 14 aprile 2012, n. 91 e 9 luglio 2013, n. 180. Tra le pronunce più significative della Corte in materia di tutela del diritto alla salute v. anche la sent. 12 luglio 2005, n. 275, nella quale si è affermato che «*al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari, essendo basato su norme programmatiche che impongono al legislatore un obbligo costituzionale all'attuazione della tutela della salute, diviene per il cittadino 'pieno e incondizionato' nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati alle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie*». Cionondimeno, la stessa sentenza sembra poi arretrare di fronte ai limiti ricollegati all'effettiva tutelabilità dei diritti sociali in assenza delle necessarie risorse economiche nella parte in cui evidenzia che «*l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario*».

tà costituzionale di una norma volta a consentire le risorse destinate a garanzia del diritto allo studio «*nei soli limiti della disponibilità finanziaria*»⁶³, la Consulta si è spinta ad affermare che «*è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*»⁶⁴. Ancor più di recente, in materia di riconoscimento del diritto alla salute del cittadino, si è affermata l'idea della «*trasversalità e primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali*»⁶⁵.

Risulta difficile comprendere se l'innegabile apertura della Corte costituzionale sia determinata dalla rivalutazione sostanziale di alcuni valori rispetto ad altri o solo dalla ritrovata (e, occorre sottolineare, ingiustificata) rilassatezza con cui il legislatore – vedendo allontanare lo spettro dell'*austerità* in favore di una nuova solidarietà europea – ha interpretato in anni recenti il principio della sostenibilità del debito pubblico. Ciò non toglie che, al di là dell'indispensabile ruolo svolto dalla Consulta per assicurare l'effettività dei diritti sociali, l'unica strada che potrà ritenersi soddisfacente per raggiungere in astratto livelli minimi di tutela è quella di un'attenta e ponderata programmazione di risorse.

4. La tutela degli 'interessi' intergenerazionali tra questioni antiche e nuove aperture

Va rilevato che l'ostacolo più rilevante per raggiungere un grado di protezione soddisfacente dei diritti sociali non è rappresentato oggi soltanto dalla ricerca del giusto bilanciamento fra le esigenze di sostenibilità finanziaria del Paese e di sostegno attivo al cittadino e neppure dal rapporto di quest'ultime politiche con le risorse economiche disponibili in un dato momento. Costituisce un ostacolo, infatti, anche (e soprattutto) il mantenimento generazionale di un livello minimo di diritti⁶⁶. Quello dei rapporti intergenerazionali è un tema

63 Art. 6, comma 2-*bis*, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78, così come modificato dall'art. 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15.

64 Corte cost., sent. 16 dicembre 2016, n. 275.

65 Corte cost., sent. 10 aprile 2020, n. 62.

66 Per un'analisi di ampio respiro sulle principali questioni di natura filosofica-giuridica ricollegate alla responsabilità intergenerazionale si rimanda a R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli, 2008; A. D'ALOIA

risalente che, in considerazione dell'ampia portata e astrattezza delle diverse questioni ad esso ricollegate, affonda le proprie radici in un dibattito di matrice tendenzialmente etico-filosofica che ancora oggi pervade diversi aspetti della materia⁶⁷. In questa sede, dovendo circoscrivere non poco il perimetro dell'analisi, si intende mettere in evidenza come tema della solidarietà generazionale sia stato oggetto nel corso dell'ultimo ventennio di un percorso di 'giuridicizzazione' da ultimo culminato con le modifiche all'art. 9 Cost. apportate con legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1⁶⁸. Come è noto, infatti, il legislatore costituzionale non si è limitato a imporre alla Repubblica il compito di tutelare «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi», ma ha inteso specificare come tale compito dovesse essere perseguito «anche nell'interesse delle future generazioni»⁶⁹. Comprendere l'esatta portata di queste ultime sei parole si rivela però un compito

e R. BIFULCO, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, ID. (a cura di), Napoli, Jovene, 2008, IX-XXV e A. D'ALOIA, (voce) *Generazioni future*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 331-389.

67 Sugli argomenti che hanno spinto il tema delle nuove generazioni dal dibattito etico-filosofico a quello giuridico in senso stretto si veda A. D'ALOIA, (voce) *Generazioni future*, cit., p. 357, secondo cui «questo tema è penetrato sul terreno delle politiche sociali ed economiche, e della (ri)strutturazione dei sistemi di welfare, che, in quanto intrinsecamente fondati sulla ricerca di un contemperamento tra interessi del presente e garanzie di sostenibilità di lungo termine dei suoi meccanismi, rappresentano un indicatore assai attendibile di come una società percepisce il tempo e il rapporto tra presente e futuro».

68 La quale ha aggiunto all'ultimo comma dell'art. 9 il seguente capoverso: «[la Repubblica] Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

69 Per un'analisi ampia e varia volta ad approfondire il tema dell'ingresso delle 'generazioni future' in Costituzione si rimanda anzitutto alla sezione speciale di *BioLaw Journal*, 2, 2022, 1-6 e 73-281 (con particolare riferimento a contributi di A. D'ALOIA, F. G. MENGA, C. D'ORAZI, A. LAURO, V. ZAMBRANO, F. GALLARATI, M. MALVICINI, S. FANNI, I. RIVERA, F. MORGANTI e A. VALASTRO). Tra gli altri lavori che hanno inteso approfondire l'argomento con tagli più specifici si rimanda a R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, 13, 2022, 187-212; D. PORENA, «Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione, in *ivi*, 15, 2022, pp. 121-143; G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *giustiziasieme.it*, 2022; G. AMOROSO, *L'"interesse delle future generazioni" come nuovo parametro costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3, 2022, 431-439; A. MOLFETTA, *L'interesse delle generazioni future oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2, 2023, pp. 222-243; F. CIRILLO, «Anche nell'interesse delle future generazioni»? Un'indagine sul richiamo alla posterità, in *DPCE online*, 2, 2023, 641-668; ID., *L'interesse delle future generazioni: ragionamenti fallaci e interpretazioni sostenibili*, in *ambienteditto.it*, 2, 2023, pp. 319-338; C. GIANNACCARI, *Diritti delle generazioni future o doveri delle generazioni presenti? Giustizia e responsabilità sotto la lente del cambiamento climatico*, in *BioLaw Journal*, 2, 2023, pp. 179-195.

tutt'altro che agevole, in quanto – oltre a sollecitare delle riflessioni sul rinnovato ruolo delle costituzioni moderne di fronte al rapporto tra ‘tempo’ e ‘diritto’⁷⁰ – l'argomento richiede di misurarsi con una moltitudine di questioni oggetto di un vivace e non del tutto esaurito confronto dottrinale. L'approfondimento del tema non richiede soltanto di comprendere quale sia l'effettiva posta in gioco nella sfida della tutela dei rapporti intergenerazionali, questione che coincide soltanto in parte con quanto messo in evidenza nelle pagine precedenti con riferimento ai diritti sociali, ma anche ripercorrere il dibattito dottrinale che sembra essere stato raccolto dal legislatore costituzionale. Segnatamente, prima ancora di proporre un inquadramento sistematico della disposizione novellata dalla legge cost. 1/2022, si ritiene opportuno interrogarsi sul significato del riferimento alle ‘future generazioni’ con l'intento di mettere successivamente a fuoco le ragioni per cui a queste ultime sia stato riconosciuto un ‘interesse’ (e occorrerà capire quale accezione) in luogo di un ‘diritto’⁷¹.

Anzitutto, con riferimento al primo profilo, occorre evidenziare che il riferimento alle ‘future generazioni’ contenuto all'interno dell'art. 9 Cost. non sembra sovrapponibile *tout court* al principio di ‘solidarietà intergenerazionale’⁷²

70 M. BRETONI, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 1994. Per un'analisi sintetica dall'altissimo valore culturale volta ad approfondire il rapporto tra tempo e diritto nel prisma dei rapporti intergenerazionali si veda A. SPADARO, *L'amore dei lontani: università e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Dir. Soc.*, 2, 2008, spec. pp. 169-175.

71 Tra i contributi più rilevanti che hanno affrontato le principali questioni giuridiche ricollegate al tema delle future si rimanda, oltre ai già citati lavori di BIFULCO e D'ALOIA (nt. 66), alle diverse posizioni espresse da M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2, 2008, pp.145-167 e G. GEMMA, *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica*, in *ivi*, 3, 2020, pp. 427-475.

72 Sul tema si vedano, tra gli altri, i lavori di G. PALOMBINO, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Milano, Mondadori, 2022; ID., *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 24, 2020, 242-272; R. DE CARIA, *Il principio della solidarietà tra generazioni tra mutualizzazione dei debiti e divieto di finanziamento monetario*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, pp. 120-140; A. PIRNI, *Diritti infiniti e doveri limitati? Per una fondazione del dovere di giustizia tra le generazioni*, in *Ec&P*, 2, 2021, pp. 703-718; I. CIOLLI, *Garantire le pensioni alle generazioni future: le aporie della solidarietà intergenerazionale e le responsabilità della politica*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3, 2022, pp. 479-487.

già messo a fuoco dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento – anche se non esclusivo⁷³ – ai corollari derivanti dai vincoli di cui all'articolo 81 Cost.

Le ragioni poste alle base di tale distinzione appaiono ben visibili. Nonostante la maggiore centralità acquisita dal tema all'interno della giurisprudenza della Consulta, il principio di equità intergenerazionale non ha potuto che mantenere una certa astrattezza in quanto è stato sempre ricavato attraverso altri principi eterogenei provvisti una tutela costituzionale espressa. Del resto, almeno fino all'adozione della legge cost. 1/2022, le istituzioni non hanno avuto ragione di circoscrivere ad un preciso frangente temporale i beneficiari delle misure intergenerazionali: le politiche di contenimento della spesa pubblica, così come quelle di *welfare* e di tutela dell'ambiente sono state pensate per rivolgersi a tutti i presenti così come a tutti gli individui di un futuro indeterminato. Per contro, l'accoglimento all'interno della Carta fondamentale di un richiamo esplicito alle 'future generazioni' richiede all'interprete uno sforzo ulteriore orientato non solo a comprendere quali interessi la nuova disposizione voglia tutelare (se solo quelli ambientali o delle future generazioni in quanto tali), ma anche a circoscrivere nel tempo i destinatari di tale rinnovata forma di tutela.

Sul primo versante, potendo rinviare un approfondimento sul contenuto degli interessi delle future generazioni alle successive pagine, si ritiene opportuno evidenziare come la portata dell'enunciato si presti a soluzioni interpretative tra loro profondamente diverse⁷⁴. In particolare, seguendo un approccio argomentativo di tipo 'topografico' (*saedes materiae*), la tutela costituzionale dei posteri potrebbe intendersi come confinata alla sola materia delle politiche ambientali in funzione del periodo precedente rivolto alla tutela «*[del]l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi*»; d'altro canto, attraverso una lettura più ampia del testo sarebbe possibile affermare una protezione costituzionale delle generazioni del

⁷³ Il punto è affrontato da G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2018, 627-646.

⁷⁴ Tra i primi commentatori ad evidenziare la questione cfr. G. SORBINO, *Le future generazioni entrano nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 2022, pp. 142.

futuro autonoma e trasversale rispetto a quella offerta da altre disposizioni, come ad esempio l'art. 81 Cost.⁷⁵. In questa prospettiva, posto che la prima soluzione interpretativa renderebbe il riferimento agli interessi delle future generazioni privo di qualsiasi utilità pratica (considerata la circostanza per cui la tutela ambientale non può prescindere da quella generazionale), l'unica soluzione argomentativa condivisibile – nonché al passo con il costituzionalismo contemporaneo⁷⁶ – non può che ricercarsi nella seconda lettura prospettata.

Sul secondo versante, invece, la nuova formulazione dell'art. 9 Cost. richiede all'interprete di interrogarsi sull'effettiva portata del termine 'nuove generazioni'. Questa riflessione appare tutt'altro che banale, in quanto il termine in esame si presta ad assumere significati diversi a seconda del contesto e alle necessità perseguite. L'espressione 'nuove generazioni' può essere utilizzata sia per fare riferimento alle generazioni più giovani ancora in vita, sia per esclusivo riferimento a tutti gli individui 'ancora non nati'. Cionondimeno, nessuna delle due declinazioni prese in esame risulta di facile comprensione in senso tecnico-giuridico: la prima ricostruzione richiede di elaborare un criterio capace di distinguere i 'giovani' tutelati dal nuovo art. 9 della Costituzione da quelli 'meno giovani' non contemplati dalla norma costituzionale; la seconda, invece, impone all'interprete di interrogarsi su quali generazioni future ritenere tutelate dalle novità introdotte dalla legge cost. 1/2022 (se solo le immediatamente successive al decisore politico, se quelle ancora posteriori e in che misure o se tutte le generazioni future).

⁷⁵ In questa prospettiva v. G. AMOROSO, *L'"interesse delle future generazioni" come nuovo parametro costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3, 2022, p. 435, secondo il quale: «[c]onvergono allora il principio dell'equilibrio di bilancio, dell'art. 81 Cost., novellato, con "interesse delle future generazioni" introdotto dall'art. 9 comma 3 Cost.».

⁷⁶ Il riferimento è al pensiero di R. BIFULCO, *Primesime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it (paper)*, 6 aprile 2022, p. 8, secondo cui: «è solo il costituzionalismo contemporaneo che si è posto il compito di guardare al futuro come dimensione che impone responsabilità nel presente. Da questo punto di vista la riforma, inserendo nel testo costituzionale una nuova dimensione temporale (il futuro di chi ancora deve venire in esistenza) permette alla Costituzione italiana di stare al passo con il costituzionalismo contemporaneo».

I problemi fin qui descritti sono stati messi a fuoco dalla letteratura già diversi anni prima della revisione costituzionale del 2022. In particolare, certa dottrina ha riscontrato l'astratta configurabilità di una responsabilità propriamente giuridica soltanto con riferimento alle generazioni immediatamente successive⁷⁷, o addirittura quelle "already born"⁷⁸, ritenendo che «nei confronti delle generazioni più distanti nel tempo sarebbero al più configurabili doveri umanitari, ma non obbligazioni di giustizia intergenerazionale»⁷⁹. Posto che qualsiasi tentativo meramente ricognitivo volto ad esplorare le possibili linee di confine tra i doveri morali e le responsabilità giuridiche nell'ambito degli equilibri intergenerazionali finirebbe inevitabilmente per richiamare questioni di teoria generale del diritto ancora oggi irrisolte⁸⁰, in questa sede si intende limitare ad alcune considerazioni di ampissimo respiro sulla portata della nuova disposizione.

Anzitutto, risulta abbastanza evidente la circostanza per cui il riferimento alle 'nuove generazioni' contenuto all'interno dell'art. 9 Cost. non possa essere inteso in modo da limitarne la tutela ai soli individui 'già nati'; una simile impostazione finirebbe per tradire vistosamente tanto la lettera quanto lo stesso spirito riformatore che ha animato il legislatore costituzionale del 2022 e, come immediata ricaduta, svuoterebbe del tutto il contenuto innovatore della disposizione in esame.

Le restanti questioni prospettate non si prestano ad essere risolte attraverso dei giudizi così trancianti. In primo luogo, l'idea di una tutela intergenerazionale astratta, indeterminata ed estesa a tutte le future generazioni necessita

77 J. PASSAMORE, *La nostra responsabilità per la natura*, trad. it., Feltrinelli, Milano 1991.

78 T. SCHWARTZ, *Obligations to Posterity*, in *Obligations to Future Generations*, R. I. SIKORA e B. M. BARRY (a cura di), Philadelphia, PhilPapers, 1978, 3.

79 Il riferimento è alla ricostruzione di A. D'ALOIA, (voce) *Generazioni future*, cit., 337-338, cui si rimanda anche per la ricostruzione bibliografica del dibattito, il quale sempre sull'argomento ha poi che «le motivazioni della tesi sono principalmente di ordine pratico: più ci allontaniamo nel tempo più diventa difficile analizzare il rapporto tra i benefici attuali e i costi futuri di alcune decisioni e viceversa».

80 Per un lavoro di respiro monografico volto ad approfondire l'argomento in chiave filosofica v. F.G. MENGA, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2016. Un'efficace sintesi delle diverse questioni è offerta da G. GEMMA, *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica*, cit., pp. 428-436.

un confronto con argomenti di natura etico-filosofica e politica prima ancora che giuridica. Se infatti da un lato gli argomenti sintetizzati nel celebre interrogativo «*what has posterity every done for me?*»⁸¹ sembrano oggi tutt'altro che irresistibili, dall'altro, i problemi sul versante della responsabilità della politica di fronte alle nuove generazioni sono da ritenere talmente profondi da imporre delle riflessioni non circoscritte alla sola dimensione giuridica. Difatti, come messo in evidenza dalla migliore dottrina, «[è] un fenomeno incontestabile – pur se rimesso od ignorato, malgrado l'evidenza, da molti individui (e da molti intellettuali) – che i politici, in democrazia, ricercano il consenso elettorale – e che l'acquisizione di questo costituisce la motivazione primaria. Orbene tale consenso viene espresso non dalle generazioni future, ma da quelle viventi, le quali tengono conto dei loro interessi e valutari i governanti in base alla realizzazione di questi»⁸². Del resto, per usare un felice eufemismo, «i politici, come i semplici cittadini, non sono inclini a posporre le gratificazioni»⁸³.

In secondo luogo, però, non può omettersi di considerare che una visione restrittiva del concetto in esame volta ad offrire una tutela costituzionale soltanto alle generazioni più vicine permetterebbe di configurare con più facilità un rapporto di responsabilità intergenerazionale in senso stretto (che le successive pagine intendono mettere a fuoco) potrebbe risultare poco ambiziosa. Pertanto, nell'attesa di comprendere come la Corte costituzionale avrà modo di declinare la portata della disposizione in esame, allo stato dell'arte risulta estremamente difficile formulare delle previsioni. In un'altra prospettiva, richiamando le riflessioni di un'attenta dottrina, la questione prospettata («il problema di

81 Sul tema v. R.L. HEILBRONER, *What has posterity every done for me*, in *Responsability for future generations*, E. PATRIDGE (a cura di), Amherst, Prometheus, 1981, 191-194 (ma anche www.nytimes.com/1975/01/19/archives/what-has-posterity-ever-done-for-me.html, visitato il 10 dicembre 2023).

82 G. GEMMA, *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica*, cit., 452. Sulla stessa linea si veda anche P. PASQUINO, *A proposito di regimi elettorali democratici*, in *il Mulino*, 1, 2012, 37, il quale evidenzia che «scelte di lungo periodo [...] rischiano di essere impopolari [...], dinanzi ad esse governi dipendenti dal consenso delle maggioranze arretrano e finiscono per posporle, evitando in tal modo di pagare il prezzo di una perdita di consensi».

83 D. THOMPSON, *In rappresentanza delle generazioni future. Presentismo politico e amministrazione fiduciaria democratica*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 1, 2007, 15.

*quali generazioni future, e fino a quale futuro, è necessario tutelare*⁸⁴) potrebbe tuttavia risolversi – nel senso di ridurre l'importanza a livello pratico dei temi trattati – ricorrendo ad un'impronta oggettiva volta a pensare «*le generazioni future, più che [come] soggetti che devono essere necessariamente identificati, [come] proiezione di beni*»⁸⁵ il cui utilizzo non può che essere sottoposto ad un vaglio di ragionevolezza in considerazione dei suoi effetti nel tempo.

5. La dottrina dei diritti delle nuove generazioni alla luce del nuovo art. 9 Cost.

Giunti a questo punto dell'analisi non resta che mettere maggiormente a fuoco i rapporti intergenerazionali in una prospettiva giuridica in senso stretto. La scelta del legislatore del 2022 di introdurre all'interno dell'art. 9 Cost. una tutela limitata ai soli 'interessi' delle nuove generazioni, per quanto ritenuta dai primi commentatori sopravvissuta di una «*fattura particolarmente elegante*»⁸⁶, prende in realtà atto dei limiti rispetto alla possibile prospettazione di diritti intergenerazionali già da tempo messi a fuoco dalla più avveduta letteratura giuridica italiana.

Oggi è senz'altro maturato un ampio consenso con riferimento alle necessità di tutela intergenerazionale con un fondamento sia sul piano della responsabilità etica verso il futuro, sia su quello dell'opportunità dei viventi al rafforzamento di politiche prospettiche (si pensi, ad esempio, all'importanza della questione intergenerazionale in riferimento alla sostenibilità del sistema previdenziale)⁸⁷. Tuttavia, la stessa univocità di vedute non si riscontra allorché si prova a tradurre le descritte necessità in termini propriamente normativi. Difatti, risultando diffusa l'idea per cui «*le generazioni future si manifestano come uno scacco*

84 A. D'ALOIA, (voce) *Generazioni future*, cit., 338.

85 *Ibidem*.

86 G. SORBINO, *Le future generazioni entrano nella Costituzione*, cit., 140 secondo cui «*la formula scelta dal legislatore costituzionale [...] non presenta una fattura particolarmente elegante e avrebbe potuto essere migliore*».

87 Tra la sterminata letteratura volta ad approfondire l'argomento si vedano T. BOERI, *Pensioni e divisioni del rischio fra generazioni*, in *Un diritto per il futuro*, cit., 474 e, più di recente, G.G. BALANDI, *Garantire le pensioni alle generazioni future: una questione di "solidarietà" o di "buongoverno"?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3, 2022, 427-430.

alle nostre categorie tradizionali»⁸⁸, a partire dai primi anni Duemila la migliore dottrina italiana ha prospettato diverse soluzioni giuridiche – spesso tra loro antitetiche – ponendo le basi per un vivace dibattito che ha trovato nuova linfa proprio nella recente riforma costituzionale.

In questa sede, si ritiene opportuno soffermarsi sugli argomenti che hanno avuto maggiore seguito e che oggi sembrano meritare una rilettura alla luce delle recenti modifiche costituzionali. In premessa, può evidenziarsi come la maggior parte delle ricostruzioni di maggiore rilievo abbia inteso arricchire il dibattito ricollegato alla *vexata questio* dell'ammissibilità (o meno) di un 'diritto subiettivo delle nuove generazioni'. In particolare, sebbene oggi l'idea dell'astratta configurabilità di un diritto vantato da soggetti non ancora esistenti trovi delle concrete aperture all'interno del dibattito tra le Corti dei Paesi europei⁸⁹, non deve sorprendere la circostanza per cui il legislatore costituzionale del 2022 si sia guardato bene dall'attribuire alle generazioni future una qualsiasi posizione giuridica soggettiva in senso stretto. D'altro canto, il richiamo al concetto di 'interesse' contenuto all'interno della nuova formulazione dell'art. 9 Cost. sembrerebbe fare riferimento ad un 'interesse pubblico'⁹⁰ più che a un 'interesse legittimo pretensivo'⁹¹.

88 A. ABIGNENTE, *Garanzia e cura: l'interpello delle generazioni future*, in *Etica e politica*, 1, 2018, 265.

89 In tal senso, Ufficio comunicazione e stampa della Corte costituzionale, *"I diritti delle future generazioni: ambiente e salute": un impegno condiviso dalle corti di Italia, Francia, Spagna e Portogallo*, 24 giugno 2023, reperibile su https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20230624173255.pdf (visitato l'11 dicembre 2023).

90 In questa prospettiva, C. D'ORAZI, *Le generazioni future e il loro interesse: oggetti sconosciuti di rilievo costituzionale. Osservazioni a prima lettura della l. cost. n. 1/2022*, cit., 108, secondo il quale «[l']interesse delle generazioni future è un interesse pubblico oggettivo alla conservazione della sovranità. Esso non si colloca in un tempo astratto, ma in tempo "assolutamente vero come il tempo presente", e si estrinseca nella pretesa delle generazioni future al mantenimento delle condizioni utili, oltre che all'esercizio della sovranità, anche al connesso godimento dei diritti inviolabili dell'Uomo, per cui la realizzazione è richiesto, anche ai pubblici portieri, l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

91 Sul punto G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, p. 72 sottolinea che «[...] è assai difficile configurare diritti soggettivi – o anche solo interessi legittimi pretensivi – per persone non nate, soggetti futuri ed indeterminati. Nessun interesse futuro può essere assicurato se esso appare giuridicamente indeterminato. Ecco perché è assai meglio puntare sulla responsabilità delle generazioni presenti. Imponendo limiti e/o obblighi per comportamenti ecosostenibili». In senso contrario invece, C. D'ORAZI, *Le generazioni future e il loro interesse: oggetti sconosciuti di rilievo costituzionale. Osser-*

La dottrina della subiettivizzazione delle posizioni giuridiche delle future generazioni si è esposta nel corso nel tempo a critiche su più fronti, molte delle quali hanno resistito con discreto successo alla prova del tempo. Oggi, in funzione delle recenti aperture del legislatore costituzionale (ma, come si vedrà, anche della Consulta), la tradizionale obiezione stimolata dalla dottrina d'oltreoceano⁹² volta a limitare la tutela degli interessi generazionali a una sola obbligazione morale in ragione della non-esistenza della categoria destinataria sembra risultare poco convincente.

Lo stesso, tuttavia, non può dirsi con riferimento ad altre argomentazioni più rigorose che hanno inteso ricercare lo strumento giuridico più adatto alle esigenze intergenerazionali non tanto nella categoria dei diritti delle generazioni future, quanto piuttosto in quella dei doveri delle generazioni presenti⁹³. Sebbene altri autorevoli commentatori abbiano ritenuto che – almeno a livello pratico – la distinzione in esame non faccia altro che descrivere due facce della stessa medaglia⁹⁴, la negazione di un diritto delle nuove generazioni mantiene una notevole importanza non limitata al versante teorico. Ed infatti, accettare che «*[l]a categoria del diritto soggettivo, in ogni sua variante di significato (diritti di, da, negativi, positivi, di prestazione) è inutilizzabile tutte le volte in cui è rotta l'unità di tempo*»⁹⁵, richiede

vazioni a prima lettura della l. cost. n. 1/2022, cit., spec. p. 103, secondo il quale «*le generazioni future, cui la nuova formulazione dell'art. 9 Cost. riconosce un interesse, possono quindi essere considerate alla stregua di un soggetto giuridico, potenzialmente in grado di essere titolari di posizioni giuridiche soggettive*» (lo stesso autore tiene inoltre a specificare che «*esso è l'unico, fra gli interessi espressamente considerati nel testo costituzionale, a figurare nei principi fondamentali della Carta*» (p. 104).

92 Si fa riferimento al pensiero di W. BECKERMAN, *The impossibility of a theory of intergenerational justice*, in *Handbook of Intergenerational Justice*, a cura di J. C. TREMMEL, Cheltenham, 53-54, 2006 preso in esame da A. D'AIOLA, generazioni future (voce), cit., p. 366.

93 Tra i diversi autori che hanno affrontato l'argomento il richiamo non può che essere al lavoro di M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, cit., p. 147, il quale sottolinea che: «*[i]n questa chiave, è legittimo chiedersi perché mai lo strumento giuridico per la realizzazione di tale esigenza etica debba essere la costruzione di una posizione di diritto, piuttosto che di una posizione di dovere: perché mai, insomma, declinare quell'esigenza etica in termini di diritto delle generazioni future, anziché di dovere della generazione presente?*»

94 In tal senso, A. D'AIOLA, (voce) *Generazioni future*, cit., p. 375, secondo cui «*[d]iritti delle generazioni future e doveri delle generazioni presenti sono facce di una stessa medaglia, strumenti a disposizione di un impegno teorico e politico che mire a definire un "diritto per il futuro" (orientato al futuro come dimensione da preservare) in termini di obbligatorietà ed effettività delle soluzioni e delle strategie messe in campo*».

95 G. ZAGREBELSKY, *Nel nome dei figli. Se il diritto ha il dovere di pensare al futuro*, 2 dicembre 2011, reperibile su www.libertaegiustizia.it (visitato il 3 dicembre 2023).

di fare i conti anche con l'idea per cui «*[l]e generazioni future, proprio perché future, non hanno alcun diritto da vantare nei confronti delle generazioni precedenti. Tutto il male che può essere loro inferto, perfino la privazione delle condizioni minime vitali, non è affatto violazione di un qualche diritto in senso giuridico*»⁹⁶.

Come detto, la questione presa in esame ha innescato un dibattito ultradecennale che ha condotto autorevoli studiosi a confrontarsi sul tema assumendo delle posizioni supportate da argomenti talvolta di matrice etico-filosofica e altre volte giuridiche in senso stretto. Cionondimeno, ripercorrere le innumerevoli tesi (e obiezioni) ricollegate alla questione in oggetto richiederebbe un notevole sforzo e – cosa ben più importante – si rivelerebbe di dubbia utilità ai fini di questo lavoro in considerazione del profondo mutamento dello scenario ordinamentale. Nell'affrontare questa complessa materia non può ignorarsi, infatti, la circostanza per cui molte tra le posizioni maggiormente critiche verso la 'dottrina dei diritti delle generazioni future' si siano sviluppate in un periodo in cui la stessa si era limitata ad «*appena qualche breccia nella legislazione statale e – assai più – in quella regionale, trovando anche qualche (incerto spazio) nella nostra giurisprudenza costituzionale*»⁹⁷. Oggi, come risulta abbastanza evidente, il quadro giuridico è invece mutato sia con riferimento all'assetto positivo – alcune tra le tesi più autorevoli e meglio argomentate che hanno inteso negare una posizione soggettiva ai posteri precedono addirittura la riforma costituzionale del 2012 –, sia con riferimento al modo in cui i diritti delle nuove generazioni sono stati declinati nella più recente giurisprudenza della Consulta⁹⁸.

Segnatamente, osservando gli interventi più recenti della Corte costituzionale emerge come la tutela dell'equità intergenerazionale abbia trovato uno spazio significativo già ben prima della più volte citata riforma dell'art. 9 Cost.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, cit., p. 151.

⁹⁸ Una puntuale e ragionata ricognizione della recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia è offerta da G. AMOROSO, *L'“interesse delle future generazioni” come nuovo parametro costituzionale*, cit., 431-439.

Difatti, non solo il Giudice delle leggi ha avuto modo di soffermarsi sugli effetti negativi in termini di equità generazionale del riassorbimento dei disavanzi in archi temporali eccessivamente lunghi⁹⁹, ma ha anche imposto «*la definizione di una proporzione accettabile dei sacrifici imposti alle future generazioni di amministratori*»¹⁰⁰ come presupposto per la sana amministrazione. Inoltre, visto lo stretto collegamento tra settore e le questioni trattate, va messo in evidenza come l'idea di una «*mutualità intergenerazionale*» abbia iniziato a radicarsi all'interno della giurisprudenza costituzionale in materia di trattamenti previdenziali dei cittadini già nella seconda metà del passato decennio¹⁰¹. Su queste premesse, seppur forse ancora giuridicamente «*evanescente*»¹⁰², la categoria degli 'interessi' delle generazioni future si è dimostrato tutt'altro che inconsistente rispetto alle pretese dei vivi ancor e ciò – vale la pena sottolinearlo – ben prima di trovare un riferimento esplicito all'interno della Carta costituzionale. Del resto, come efficacemente sostenuto in letteratura, «*[u]n'eguaglianza realizzata a scapito delle esigenze di stabilità economica alla lunga produce diseguaglianza, e dunque tradisce sé stessa*»¹⁰³.

In tale contesto, alcuni tra gli argomenti maggiormente ostativi alla teoria dei diritti sembrano aver trovato un limite nel mutamento del quadro giuridico complessivo dell'ultimo ventennio, con particolare riferimento – come testimoniato dai recenti interventi della Consulta – a quelle tesi volte a negare in radice un possibile bilanciamento tra «*interessi di un soggetto in atto e interessi di soggetti in potenza*»¹⁰⁴. D'altro canto, però, l'evoluzione normativa non sembra aver risolto la principale contestazione in genere rivolta ai sostenitori della categoria dei 'di-

99 V. da ultimo Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, in occasione del quale la Consulta ha messo anche in evidenza che «*[l']equità intergenerazionale comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo*».

100 Corte cost., 13 marzo 2021, n. 34.

101 Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173 e, più di recente, Corte cost., 9 settembre 2020, n. 234.

102 M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, cit., p. 151.

103 A. D'ALOIA, (voce) *Generazioni future*, cit., 361.

104 M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, cit., p. 150.

ritti' intergenerazionali, ossia quella per cui non sia possibile costruire un diritto soggettivo in assenza di uno strumento giuridico anche solo astrattamente idoneo a tutelarlo. In tale prospettiva, risulta senz'altro ancora valida e attuale la tradizionale critica volta a subordinare qualsiasi discorso sulla possibile affermazione di posizioni giuridiche delle nuove generazioni alla previa individuazione dei soggetti chiamati a rispondere delle ingiustizie subite e – non meno importante – alle concrete modalità di giustiziabilità delle stesse. Provare a ricercare una soluzione a tali interrogativi all'interno di una responsabilità giuridica intergenerazionale equivale in effetti a imboccare una strada senza alcuna apparente via di uscita che – e qui l'argomento risulta difficilmente confutabile – consisterebbe nel richiedere a «una generazione (un dì futura, ma ormai presente) [di] risarcire sé stessa del danno cagionato da una generazione che fu presente e che è ormai scomparsa»¹⁰⁵.

La tutela giuridica delle generazioni future sembrerebbe dunque doversi ricercare all'interno di quel complesso di situazioni giuridiche ascrivibili alla sola generazione 'presente'¹⁰⁶. Cionondimeno, condividere l'idea per cui non possano esistere forme di risarcibilità a livello intergenerazionale non equivale ad affermare l'irresponsabilità delle generazioni presenti rispetto a quelle future, ma richiede di individuare fin da subito degli strumenti idonei a tutelare interessi esclusivi dei posteri. Idealmente, la chiave di volta andrebbe ricercata nell'inedito ruolo che il legislatore è chiamato a interpretare, ossia quello di «“uomo del futuro” [...] in grado di prendere decisioni consapevoli delle conseguenze future e rispettose di un'esigenza di preservazione di risorse necessarie alla sopravvivenza del genere umano»¹⁰⁷. In concreto, però, in assenza di un'adeguata valorizzazione degli interessi dei posteri negli attuali procedimenti decisionali sarebbe quantomeno ingenuo sperare in un improvviso abbandono delle politiche 'presentiste'¹⁰⁸ che nell'ultimo mezzo secolo hanno permesso alle generazioni passate (e presenti)

¹⁰⁵ *Idem*, p. 166.

¹⁰⁶ Sul punto G. GEMMA, *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica*, cit., 459 precisa che «[l]a protezione dei diritti delle generazioni future dipende alla volontà dei viventi».

¹⁰⁷ A. D'ALOIA, (voce) *Generazioni future*, cit., p. 336.

di beneficiare di risorse appartenenti a quelle future attraverso la produzione di debito non sostenibile.

Su tali premesse, potendo in questo modo dirigersi verso delle riflessioni conclusive, la sfida della tutela delle generazioni future può vindersi soltanto intervenendo in maniera decisa sulle (ben note) cause del problema e non sulle sue conseguenze. Con ciò si vuole dire che – indipendentemente dai vincoli che il nuovo art. 9 Cost. riuscirà effettivamente a imporre al legislatore del presente – un cambio di approccio nelle politiche intergenerazionali non potrà comunque che partire da una ‘istituzionalizzazione’ degli interessi dei posteri all’interno dei processi decisionali pubblici volti a garantire una tutela presente ad interessi vantati esclusivamente da generazioni future.

Anche in tal senso, però, il legislatore dell’ultimo decennio non si è dimostrato particolarmente ricettivo rispetto alle proposte offerte dalla letteratura italiana, molte delle quali elaborate sulla base delle soluzioni già disponibili in altri Paesi. In questa sede si intendono nondimeno prendere in esame soltanto le soluzioni elaborate sul piano propriamente giuridico, rimandando per intero le altrettanto fondamentali soluzioni richieste sul piano politico ad altre trattazioni più adeguate (si pensi alla rilevanza di tutte quelle iniziative volte ad agevolare o valorizzare la partecipazione attiva dei giovani nella vita politica del Paese).

Tra le proposte più rilevanti merita di essere presa in considerazione quella di istituire una figura di rappresentanza delle generazioni future – una sorta di *Ombudsman* o, facendo ricorso all’esperienza romana, di «*tribuno della posterità*»¹⁰⁹ – incaricato di partecipare come esperto indipendente alle procedure legislative e amministrative e provvisto di potere intervento (o attivazione) in

108 Un approfondimento del concetto di ‘presentismo’ nella prospettiva dei diritti intergenerazionali è offerto da D.F. THOMPSON, *Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship*, in *Democracy, Equality, and Justice* M. MATRAVERS, L. MEYER (a cura di), Abingdon, Routledge, 2015, pp. 17-38. Per un’analisi dell’argomento volta ad approfondire lo scenario politico italiano si veda invece G. FORMIGONI, *I tempi stretti della politica: fare i conti con il presentismo*, in *il Mulino*, 2, 2022, pp. 208-216.

109 L’elaborazione del concetto va ricondotta a D. THOMPSON, *In rappresentanza delle generazioni future. Presentismo politico e amministrazione fiduciaria democratica*, cit., 13.

sede giurisdizionale con riferimento alla tutela delle generazioni future. Cionon-
dimeno, guardando l'esperienza dei Paesi che hanno previsto delle figure simili
(Israele¹¹⁰, Ungheria¹¹¹ e per un breve periodo anche Francia¹¹²), emerge come
questi 'guardiani' finiscano nella sostanza per essere titolari di poteri meramen-
te consultivi o di monitoraggio orientati in particolare alla salvaguardia degli in-
teressi ambientali.

Dunque, aggiungendo a quanto detto che nel contesto italiano figure
come 'garanti' e 'difensori' hanno avuto già avuto modo di dimostrare dei limiti
sul piano dell'efficacia concreta delle loro azioni, l'istituzione di simili *Ombud-*
smen rischierebbe di poter risultare addirittura controproducente rispetto alle fi-
nalità perseguite (una sua partecipazione passiva a processi decisionali porte-
rebbe con sé tuttalpiù il rischio di legittimare sul piano politico decisioni in
realtà lesive degli interessi delle generazioni future). In tale prospettiva, più che
puntare su una 'istituzionalizzazione' degli interessi in senso marcatamente
pubblicistico, risulterebbe probabilmente più ragionevole incoraggiare l'istitu-
zione di associazioni private senza scopo di lucro capaci di incarnare gli interes-
si delle generazioni future, attribuendo possibilmente a queste ultime una legit-
timazione processuale seguendo la stessa impostazione prevista in materia di
tutela ambientale dall'art. 18 della l. 8 luglio 1986, n. 349¹¹³.

Quanto detto potrebbe risultare poco incisivo sul piano degli effetti di-
retti, difatti il campo della tutela giurisdizionale mal si presta a soddisfare le

110 La figura in esame è analizzata da S. SHOHAM, N. LAMAY, *Commission for future generations in the Knesset*, in *Handbook of Intergenerational Justice*, cit., 244-281.

111 Per un approfondimento sulle funzioni svolte dal 'ombudsman per le generazioni futu-
re' ungherese si v. G. BANDI, *The Hungarian Ombudsman for Future Generations*, in *PA Persona e
Amministrazione*, 2, 2021, 876-891.

112 Il riferimento è al *Conseil pour le droit des générations futures* istituito nel 1993 dal Governo
francese e composto da nove personalità nominate dal Presidente della Repubblica che, seb-
bene mai abrogato, smise di funzionare pochi anni dopo. Una maggiore analisi su tale «*objet admi-
nistratif non identifié*» è offerta da A. D'ALOIA, (voce) *Generazioni future*, cit., 386.

113 In questa prospettiva v. C. D'ORAZI, *Le generazioni future e il loro interesse: oggetti sconosciuti
di rilievo costituzionale. Osservazioni a prima lettura della l. cost. n. 1/2022*, cit., p. 10 il quale ritiene «la
tesi per cui il comportamento delle generazioni presenti rimarrebbe, in sostanza, giuridicamente insindacabile
dalle successive generazioni si scontra con l'evidenza che gli interessi di quest'ultima ben possono essere incarna-
ti, proprio oggi, da enti senza scopo di lucro all'uopo costituiti».

pretese di equa distribuzione delle risorse, ma potrebbe risultare in molti casi indispensabile per coinvolgere in tali questioni la Corte costituzionale.

Quest'ultima, come già evidenziato nella parte iniziale dell'elaborato, rimane anche in questo caso l'unico organo capace di individuare – attraverso l'utilizzo di parametri di ragionevolezza e proporzionalità – un bilanciamento tra le esigenze di sfruttamento di risorse in realtà indisponibili destinate alla tutela dei diritti dei presenti con tutti gli altri 'interessi' in gioco. In tal senso, il riferimento all'interesse delle nuove generazioni contenuto all'interno dell'art. 9 Cost. permette di esplicitare quella lettura moderna dell'art. 81 Cost. offerta dalla più recente giurisprudenza della Consulta, secondo cui il rapporto tra sostenibilità finanziaria e protezione delle istanze sociali va valutato anche tenendo in considerazione anche le necessità nuove generazioni (come elemento non più dipendente rispetto al pareggio di bilancio).

Per concludere, i complessi problemi teorici ricollegati alla materia lasciano ancora troppi dubbi per permettere un'affermazione a livello ordinamentale dei diritti soggettivi dei futuri, ma allo stato dell'arte sono promessi dei rapidi sviluppi sulle forme di tutela intergenerazionali (come *genus*) e delle nuove generazioni (come *species*).

Del resto, se fino a pochi anni fa l'idea dell'approdo in campo giuridico delle questioni intergenerazionali risultava tutt'altro che scontata, oggi anche i più critici non possono rimanere indifferenti alla circostanza per cui 'gli interessi delle nuove generazioni' – qualunque sia l'esatta portata di questa disposizione – siano approdati nei principi fondamentali della Costituzione.

In considerazione delle rapide trasformazioni della nostra epoca è estremamente difficile immaginare quale Italia lasceremo ai nostri futuri cittadini, ma l'obiettivo, richiamando un celebre interrogativo posto ormai quarant'anni fa, è quello di permettere anche ai posteri di poter sperare nel (comunque poco realistico) «*miraggio dell'abbondanza dei diritti*» nella limitatezza delle risorse¹¹⁴.

114 Il riferimento è a G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, cit., 784, il quale – facendo esplicito richiamo al lavoro di C.B. MACPHERSON, *Democratic Theory: Essays in Retrie-*

nal, Oxford, Claredon Press, 1973, p. 236 – ha concluso il suo saggio con il seguente interrogativo: «*Che cosa giudicheremmo oggi più realistico? Il miraggio dell'abbondanza o il vecchio postulato della scarsità dei beni nella illimitatezza dei desideri?*».

MICHELA LAMPIS
Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo
lampismichela@libero.it

MOTIVAZIONE, MOTIVO E MOVENTE: SPUNTI DI RIFLESSIONE

LEGAL JUSTIFICATION, CAUSE AND REASON: POINTS FOR REFLECTION

SINTESI

Il lavoro si propone di esaminare la motivazione del provvedimento nei suoi diversi significati, evidenziandone l'eterogeneità dei contenuti, insita nella inevitabile compresenza di componenti giuridiche e psichiche, e le rispettive interferenze sull'attività, e prima ancora, sull'organizzazione amministrativa.

ABSTRACT

The work aims to examine the motivation of the administrative act in its different meanings. In particular, we want to highlight the heterogeneity of content, given by the inevitable coexistence of legal and psychic components at the same time present. Furthermore, we intend to examine the respective interferences on the administrative activity and, even before that, on the administrative organisation.

PAROLE CHIAVE: motivazione del provvedimento amministrativo, motivi, attività amministrativa, organizzazione amministrativa, motivazione soggettiva, buon andamento, motivazione degli atti paritetici, benessere organizzativo.

KEYWORDS: motivation/justification of the administrative act, the cause, administrative activity, administrative organization, subjective motivation, good performance of the public administration, justification of joint acts, organizational well-being.

INDICE: 1. Premessa. – 2. La motivazione in senso soggettivo. – 3. La motivazione oggettiva del provvedimento. – 4. La motivazione “soggettiva” nell'attività e nell'organizzazione amministrativa.

1. Premessa

Attraverso un approccio che non è solo giuridico, ma anche empirico e sociale, il presente contributo si propone di analizzare la motivazione del provvedimento offrendo ad essa uno spazio più ampio, che vada oltre la dimensio-

ne puramente giuridica, così da abbracciare e conformare l'attività dell'amministrazione, ed ancor prima la sua organizzazione, secondo la logica naturale seguita dal legislatore costituente in sede di enunciazione dei principi di cui all'art. 97 Cost.

La stessa etimologia del termine ci porta a valorizzare la motivazione nel suo significato più profondo, e a riflettere sul fatto che anche nel diritto amministrativo, seppure in misura differente rispetto ad altri settori del diritto, le componenti psichiche e motivazionali sottostanti alle disfunzioni organizzative, si riflettono sull'attività dell'amministrazione, influenzando sul buon andamento della stessa e sul corretto funzionamento degli istituti e degli strumenti propri del sistema amministrativo.

2. La motivazione in senso soggettivo

La capacità espansiva della motivazione e il prevalere dell'una o dell'altra dimensione, variano a seconda del contesto considerato e pur nell'ambito del medesimo settore si manifestano, a volte, con sfumature semantiche differenti¹.

In ambito civile la motivazione compare sotto forma di motivo, in un'accezione, dunque, puramente psicologica, totalmente disgiunta da quella normativa.

Per la dottrina civilistica il motivo si identifica nella rappresentazione soggettiva che induce le parti a concludere il contratto².

¹ Per un approfondimento, riguardo all'importanza che le ragioni assumono nell'ambito delle relazioni, umane prima ancora che giuridiche, si richiama il contributo dello storico e sociologo statunitense C. TILLY, *Why? What Happens When People Give Reasons and Why*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

² La definizione appartiene a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 809 ss. Si veda, sul tema, RICCA, *Motivi (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 281; A. MARTORANO, in *Rdciv*, 1958, I, 69; G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, 157; F. SANTORO – PASSARELLI, Napoli, 2002, p. 128 ss, per quanto concerne, in particolare, la distinzione tra causa, intesa quale elemento oggettivo del negozio, che assegna ad esso la sua impronta tipica, e motivi, intesi quali circostanze soggettive, diverse da caso a caso, e come tali non suscettibili di informare di sé il negozio.

Esso, dunque, a differenza della motivazione, che nel diritto amministrativo rappresenta una componente essenziale del provvedimento³, non diviene mai elemento del contratto, costituendo semmai uno scopo ulteriore, in quanto tale giuridicamente irrilevante⁴.

Secondo un'accezione analoga, seppure con finalità differenti, il motivo o movente⁵ è presente anche nel diritto penale.

Il nostro ordinamento è però fondato sul principio personalistico, alla stregua del quale neanche il più nobile dei motivi potrebbe mai giustificare il compimento di un reato.

Non può negarsi, tuttavia, come attraverso gli stessi⁶, anche le condizioni psichiche più profonde, che animano la condotta umana, contribuiscono a delineare meglio il fatto criminoso e la stessa personalità del soggetto agente, permettendo così al giudice di adeguare la pena al livello di antisocialità della condotta e alla particolare devianza del suo autore.

L'esigenza di individualizzazione propria del nostro sistema penale, giustifica, dunque, il valore in esso attribuito alle componenti psichiche, a quei

3 La natura sostanziale della motivazione e del relativo vizio è stata affermata dalla Corte costituzionale, la quale, identificando in essa “*il presupposto, il fondamento e l'essenza stessa del legittimo potere amministrativo (...)*”, ha altresì escluso che il difetto di motivazione nel provvedimento possa essere in qualche modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, con conseguente inapplicabilità del peculiare meccanismo previsto al comma 2 dell'art. 21 *octies* (così Corte cost. n. 92 del 2015 e n. 58 del 2017; nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2017, n. 3136, Cons. Stato, sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247, Trib. Amm. Reg., Lecce, sez. II, 30 marzo 2017, n. 522).

4 Nell'attività contrattuale di diritto privato i motivi di una delle parti non sono rilevanti, a meno che non integrino gli estremi della causa in concreto ovvero non risulti un motivo illecito comune che ha determinato in via esclusiva le parti stesse a concludere il contratto (art. 1345 c.c.). All'interno del Codice civile, una deroga espressa a tale regola è prevista a proposito della donazione, che può essere impugnata per errore sul motivo se questo risulta dall'atto ed è il solo che ha determinato il donante a compiere la liberalità. Così, BIANCA M., *Diritto civile*, Milano, 2000, p. 654 s.

5 Si veda A. MALINVERNI *scopo e mov. nel dir. pen.*, Torino, 1955, *passim*; ID., *Motivi*, in Enc. Dir., XXIV, 1977, p. 287; CONTIERI e., *Sullo scopo dell'autore del reato*, Napoli, 1947, *passim*.

6 Coglie nel segno la definizione di F. MANTOVANI, *diritto penale, parte generale*, Padova, 2009, p. 640 s., secondo il quale “*i motivi dell'azione umana (...) sono un frammento significativo della complessiva personalità del soggetto (lo specchio, il periscopio dell'individualità interiore dell'uomo)*”.

meccanismi interni alla psiche, i quali, anche inconsciamente⁷, fanno scattare la volontà del soggetto, orientandola verso il compimento del reato.

Espressione di questa esigenza è la previsione di cui all'art. 61, n. 1 che annovera tra le circostanze aggravanti comuni *“l'aver agito per motivi abietti o futili”*⁸ nonché quella di cui al successivo art. 62 comma 1 n. 1 c.p., che considera quale circostanza attenuante comune *“l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale”*⁹.

Assumono poi rilevanza, ai fini di una corretta formulazione del giudizio di colpevolezza, i c.d. motivi soggettivi di scusa, parziale o addirittura totale, dati dall'insieme di situazioni che alterano, nel soggetto, la capacità di percepire, in concreto, il valore antigiusuridico del proprio comportamento.

Ciò è quanto si verifica nei casi di eccesso di reazione nell'esercizio di una causa di giustificazione, o di azioni compiute per effetto di stati emotivi e passionali (paura, angoscia, gelosia)¹⁰.

⁷ Tutti i motivi, infatti, anche se inconsci, rilevano quali indici sintomatici della personalità morale e criminologica del soggetto agente.

⁸ I motivi ispiratori della condotta si considerano abietti quando sono tali da rivelare la spregevolezza ed il grado di perversione e di malvagità del soggetto agente. Il motivo è invece futile quando la determinazione al reato discenda da uno stimolo assolutamente sproporzionato rispetto alla gravità del reato, ritenuto insufficiente, per la generalità dei consociati, a produrre l'azione criminosa, configurando, quindi, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto, un'occasione per il reo di dare corso ai suoi illeciti istinti (così Cass. Pen. 18.06.2008, n. 24683). La medesima Corte ha precisato che per motivo abietto si intende quello turpe, ignobile, che rivela nell'agente un grado tale di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, nonché quello spregevole o vile, che provoca ripulsione ed è ingiustificabile per l'abnormità di fronte al sentimento umano (Cass. Pen., 5.08.2008, n. 32851).

⁹ Si considerano di particolare valore morale e sociale i motivi che oltre a godere dell'approvazione della coscienza comune, risultano altresì apprezzabili sotto il profilo etico o sociale. Si richiama, a proposito dei presupposti di applicabilità della circostanza in esame, quanto affermato dalla giurisprudenza penale (Cass. Pen. 25.05.2003, n. 23114) secondo la quale, benché l'art. 62 comma 1 n. 1 non esiga espressamente il requisito della proporzione tra il motivo di particolare valore morale o sociale ed il delitto commesso, il fatto che il legislatore, nel configurare la circostanza in questione, utilizzi l'aggettivo “particolare”, porta a ritenere che i motivi per i quali abbia agito l'imputato, in tanto rilevano a tali fini, “(...) in quanto superino l'entità della morale comune media e non siano di scarsa rilevanza rispetto alla gravità del reato perpetrato”.

¹⁰ Cfr. G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, p. 326 ss.; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 2011.

Si tratta di situazioni che provocano una condizione di disagio psichico, la quale, seppure irrilevante al fine di escludere o diminuire l'imputabilità, viene comunque apprezzata dal giudice, quanto meno al fine di modulare il giudizio di colpevolezza e adattare la sanzione al livello di antisocialità espresso dalla condotta e alla personalità del suo autore¹¹.

3. La motivazione “oggettiva” del provvedimento

Nel diritto amministrativo, la motivazione posta alla base del provvedimento adottato assolve un ruolo di particolare rilevanza.

L'ampiezza e la capacità espansiva dell'istituto si evincono innanzitutto dalla collocazione del medesimo all'interno della normativa sul procedimento.

La motivazione provvedimentale, infatti, trova il suo spazio in una norma *ad hoc*, l'art. 3 della Legge n. 241-90, non a caso inserita nel capo I, dedicato ai principi dell'azione amministrativa.

Tra questi, oltre ai principi singolarmente richiamati all'art. 1 della L. 241-90, e riferiti espressamente all'attività amministrativa, vi sono altresì quelli sanciti dalla Costituzione¹², costituiti dal buon andamento¹³, dall'imparzialità¹⁴, dalla legalità¹⁵ e dalla trasparenza, ma anche dall'effettività della tutela giurisdizionale.

11 Si veda M. RONCO, *Coscienza morale e colpevolezza giuridica*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, 2006.

12 *Ex multis*, sottolinea la rilevanza costituzionale della motivazione dei provvedimenti amministrativi B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, p. 521 ss.

13 Per un'approfondita disamina sul principio del buon andamento, da ultimo, M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI Giuffrè, Milano, 2017, p. 47 ss. La trattazione più organica dal punto di vista del diritto costituzionale rimane quella di C. PINELLI, *La pubblica amministrazione (Art. 97 – 98)*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, p. 31 ss.

14 Per una trattazione organica del principio di imparzialità, da ultimo, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018. In precedenza, *ex multis*, si veda anche, S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; F. SATTI, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, ad vocem, in *Enc. giur.*, vol. XV, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1989, p. 1 ss.; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, in *Dir. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, p. 2939 ss. 1994, p. 31 ss.

15 Si veda S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Europ. rev. publ. law*, 2009, 3, p. 1037 ss. che identifica la motivazione quale massima espressione della legalità dell'azione amministrativa. Così anche V. CERULLI IRELLI, *Le modalità di esercizio del potere amministrativo*, in *Il contributo del diritto amministrativo a 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. SPASIANO, Edi-

zionale¹⁶, di cui la stessa motivazione, attraverso la previsione generale della sua obbligatorietà, rappresenta, a sua volta, un corollario attuativo.

Difatti, quando l'amministrazione adotta un provvedimento, indipendentemente dalla natura dell'attività a cui inerisce, compie una scelta, che va in quanto tale motivata, poiché è solo attraverso la motivazione che il destinatario del provvedimento, o eventuali controinteressati, possono valutare l'opportunità di contestarne in giudizio la legittimità o sollecitarne il riesame da parte della amministrazione che lo ha adottato ¹⁷.

L'enunciazione espressa delle ragioni di fatto e dei motivi giuridici posti alla base del provvedimento consente di verificare che la scelta concreta dell'amministrazione risulti non solo adeguata rispetto al fine, ma anche logica e coerente rispetto alle premesse iniziali.

La motivazione diviene così espressione di adeguatezza e, dunque, di proporzionalità e razionalità dell'agire amministrativo.

Il grado di soddisfazione di tali principi risulta però legato alla consistenza della motivazione e alla continua variabilità del suo contenuto, dovute essenzialmente alla qualità della scelta operata dall'amministrazione.

La scelta compiuta dall'amministrazione, infatti, viene considerata qualitativamente diversa, a seconda che riguardi la problematica dell'astrazione - e si

toriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 66 ss.; M.E. SCHINAIA, *La buona amministrazione*, in *La Costituzione ha sessant'anni*, a cura di M. RUOTOLO, Napoli, 2008, p. 97 ss.

¹⁶ Sul piano costituzionale, l'obbligo di motivazione rinviene il suo fondamento anche nel principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost, in quanto consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica soggettiva, di agire in giudizio a tutela della stessa; Si veda Corte cost. n. 310 del 2010; si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2019, n. 2520; Trib. Amm. Reg. Puglia, Lecce, sez. I, 23 gennaio 2019, n. 97.

¹⁷ Accanto alla funzione generale, insita nei valori della trasparenza e dell'imparzialità, emerge, dunque, anche una funzione specifica della motivazione, direttamente correlata ai soggetti cui essa è astrattamente rivolta: il privato, rispetto al quale l'indicazione delle ragioni della decisione permette di comprenderne la portata ai fini di una eventuale contestazione giudiziale; il giudice, per garantire il controllo giurisdizionale; i cittadini, al fine di verificare le modalità di esercizio delle funzioni pubbliche (V. LOPILATO, *manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 616 ss.)

risolva, dunque, in una scelta di appartenenza della fattispecie - o concerna qualcosa di diverso ed ulteriore rispetto ad essa.

Ora, questo passaggio¹⁸, tra norma e fattispecie concreta, si coglie esaminando la giurisprudenza antecedente alla L. 241-90, che pacificamente circoscriveva l'obbligatorietà della motivazione ai soli provvedimenti discrezionali.

La legge sul procedimento amministrativo ha formalizzato tale obbligo, svincolandolo dalla regola della discrezionalità.

Il legislatore cioè ha creato una regola sulla motivazione parzialmente difforme da quella giurisprudenziale¹⁹.

Difatti, mentre la giurisprudenza riconosceva l'obbligo di motivazione per i soli atti discrezionali e sfavorevoli, la legge ne ha sancito, in generale, l'obbligatorietà per tutti gli atti, con la sola eccezione di quelli normativi e a contenuto generale, tra cui non rientrano né gli atti favorevoli né quelli vincolati.

18 Costituisce questo un passaggio essenziale, sul quale vale la pena soffermare l'attenzione, in quanto strumentale alla comprensione di principi e meccanismi propri del diritto amministrativo.

19 In principio cioè nessuna norma disponeva che i provvedimenti amministrativi dovessero essere motivati. La motivazione, tuttavia, era richiesta da parte della giurisprudenza e dalla scienza giuridica con riferimento ad alcune specifiche categorie di atti, espressione principalmente di poteri discrezionali. Per una disamina approfondita dell'obbligo di motivazione prima dell'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, si rinvia a F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi generali e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 1908, 3, p. 253 ss.; C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933; Id., *Motivazione degli atti amministrativi*, ad vocem, in *Nov. dig. it.*, vol. X, Torino, 1968, p. 958 ss.; M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, ad vocem, cit., p. 257 ss.; G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, cit.; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, ad vocem, in *Enc. giur.*, vol. XX, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, p. 5 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit. Sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi dopo l'entrata in vigore della generale sul procedimento amministrativo, ex multis, si rinvia a A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di P. VIRGA*, a cura di aa.vv., Milano, 1994; Id., *Motivazione nel diritto amministrativo*, ad vocem, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 683 ss.; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, ad vocem, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, Agg., 2001, p. 774 ss.; B.G. Mattarella, *Motivazione (dir. com.)*, ad vocem, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, p. 3748 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione (dir. amm.)*, ad vocem, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, p. 3741 ss. Da ultimo, per una trattazione organica dell'istituto, si richiama il contributo di F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017.

È singolare come, in tal caso, l'ampliamento dell'obbligo di motivazione sia avvenuto non già ad opera della giurisprudenza, bensì del legislatore, che sulla scorta dei principi costituzionali e comunitari ha avuto cura di disciplinare l'istituto (e collocarlo all'interno della legge sul procedimento) in modo da prevenire interpretazioni eccessivamente rigorose, erroneamente incentrate su una lettura formale e non sistematica del dato normativo.

Il carattere innovativo della previsione che sancisce l'obbligo di motivare le decisioni amministrative si desume dal testo dell'art. 3, là dove, accanto all'indicazione dei «presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche», si richiede, a pena di invalidità del provvedimento, la obbligatoria correlazione della motivazione con le «risultanze dell'istruttoria».

Il legislatore stabilisce, dunque, una corrispondenza biunivoca tra istruttoria e motivazione, in modo che le risultanze dell'una, che rappresenta il momento dinamico dell'azione amministrativa, non possono che confluire formalmente nella staticità del secondo ²⁰.

A livello europeo²¹, il valore della motivazione si coglie nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, che pone l'obbligo per l'amministrazione, nelle materie di competenza europea, di “motivare le proprie decisioni”.

Vi è poi l'art. 296 comma 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in base al quale gli atti giuridici delle Istituzioni europee devono essere motivati e devono fare riferimento alle proposte, iniziative, richieste o pareri previsti dai Trattati²².

²⁰ Oltre alla dottrina (CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, p. 380) si esprime in tal senso anche la giurisprudenza amministrativa, che considera la motivazione come «esplicitazione della modalità di svolgimento dell'attività istruttoria e del perché un interesse – normalmente l'interesse pubblico – nella necessaria valutazione di comparazione ponderata, è stato ritenuto prevalente rispetto ad altri interessi – normalmente privati – che sono confluiti nel procedimento». Così, Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2007, n. 1971.

²¹ F. CANGELLI - G.M. RUOTOLO., *l'obbligo di motivazione del provvedimento italiano e il rinvio al diritto dell'Unione europea per la disciplina di situazioni puramente interne*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2014, 239 ss; così, anche con riguardo all'obbligo di motivazione, Corte giust. Un. Eur., 7 novembre 2013, *causa C-313/12*. Si veda altresì P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015, p. 173 ss.

²² L'art. 1 della l. 241-90 ha previsto che l'attività amministrativa è retta, tra l'altro, “dai principi dell'ordinamento comunitario”, il che implica che le regole procedurali europee si

Risponde ad una finalità differente, stante anche la diversità del contesto, la previsione contenuta all'art. 40 c.p.a in ordine alla specificità dei motivi di ricorso.

In omaggio ai principi di chiarezza e sinteticità degli atti processuali di parte, sanciti all'art. 3 comma 2, l'art. 40 afferma, ora, in termini di doverosità che i sette elementi del ricorso, ivi puntualmente indicati nelle lettere dalla a) alla g), oltre a costituire parte integrante e sostanziale di esso, devono essere altresì allocati distintamente e, quanto ai motivi, specificamente individuati.

La forza di tale previsione si evince dal successivo comma 2 che ne sanziona l'inosservanza prevedendo l'inammissibilità del ricorso, non solo in caso di erronea collocazione dei motivi nella parte dedicata al fatto²³, ma anche in caso di omessa indicazione specifica degli stessi, come previsto dall'art. 40 comma 1 lett. d).

Siffatta previsione, così come gli effetti conseguenti ad un'eventuale pronuncia di inammissibilità del ricorso, rilevano però solo sul piano processuale, poiché a livello sostanziale l'obbligo generale di motivazione è sancito dalla legge n. 241/90, con riferimento non solo all'attività, ma anche all'organizzazione amministrativa²⁴.

Ai sensi dell'art. 3, infatti, tutti i provvedimenti adottati dall'amministrazione, inclusi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi e il personale, devono essere motivati, con la sola eccezione per gli atti normativi e a contenuto generale, rispetto ai quali la deroga a siffatto principio generale si giustifica in ragione della non specificità delle pre-

applicano con portata generale anche a fattispecie di rilevanza interna, con la precisazione che, al di fuori della cornice europea, tali regole hanno una ordinaria valenza legislativa.

23 I motivi di ricorso, in quanto diretti a qualificare giuridicamente il fatto lesivo della sfera giuridica del ricorrente, riconducendolo al parametro legale che si assume violato, devono essere enunciati nell'apposita parte del ricorso ad essi dedicata, risultando così vietata ogni commistione tra esposizione in fatto e motivi in diritto. Così F.G. SCOCA, *giustizia amministrativa*, torino, p. 294 ss.

24 Il termine motivazione, a differenza dei "motivi", si riferisce, dunque, ad un istituto di diritto sostanziale.

visioni ivi contenute e della correlativa incapacità di nuocere *ex se* i suoi potenziali destinatari²⁵.

L'obbligo di motivazione, o meglio, la previsione della sua obbligatorietà, si correla, dunque, strettamente alla natura dell'atto a cui si riferisce.

Da una lettura più attenta della norma si evince però come la necessità di motivare il provvedimento riguardi, in realtà, tutti gli atti che costituiscono esercizio di una scelta, anche organizzativa, della P.A. Ciò, a prescindere dal rapporto sottostante e dalla posizione, paritetica o autoritaria assunta dal soggetto pubblico nell'ambito dello stesso.

Chiarito, dunque, che l'obbligo di motivazione è espressione di un principio superiore, in quanto tale riferibile a qualsivoglia tipologia di atto o attività compiuta dall'amministrazione, è bene precisare che a seconda della fonte da cui esso scaturisce, il regime giuridico applicabile può risultare diverso, con la conseguenza che anche le condizioni minime in presenza delle quali tale obbligo può considerarsi adempiuto possono variare, in misura più o meno significativa, a seconda dell'atto che viene in rilievo, o della natura del rapporto a cui inerisce.

Mentre per i provvedimenti amministrativi l'obbligo di motivazione nasce direttamente dalla legge, per i restanti atti, adottati dall'amministrazione nell'ambito di rapporti paritetici, trova la sua fonte immediata nei principi di correttezza, imparzialità e buona fede, di cui l'art. 3 della legge sul procedimento costituisce diretta attuazione.

Ne discende che rispetto agli atti espressione di un potere autoritativo l'obbligo prescritto all'art. 3 può dirsi assolto laddove la motivazione contenga la rappresentazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche poste alla base della decisione e sia dunque corrispondente, nei contenuti, al modello ivi

25 E. CASETTA- F. FRACCHIA, *manuale di diritto amministrativo*, milano, 2017, p. 518.

espressamente delineato, pena l'annullabilità ²⁶ o - secondo taluni - la nullità del provvedimento medesimo ²⁷.

Con riferimento invece alla seconda tipologia di atti, tra cui quelli inerenti la gestione del rapporto di lavoro - compiuti cioè dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro - l'adempimento del dovere di motivazione non si misura alla stregua dei parametri indicati all'art. 3 della L.241-90, ma va verificato, nell' *an* e nel *quantum*, in base alla natura dell'atto e agli effetti che esso produce nei confronti del destinatario ²⁸, trovando la sua fonte immediata - prima ancora che nell'art. 3 della L. 241-90 - nei principi di correttezza e buona fede, ai quali il datore di lavoro pubblico è vincolato durante lo svolgimento del rapporto di lavoro ²⁹.

Potrebbe dirsi, come peraltro sottolinea la stessa giurisprudenza, che la motivazione degli atti paritetici è di natura sintetica, poiché si riferisce esclusivamente al fatto verificato, e alla sua riconducibilità alla norma, giuridica o contrattuale, che ne regola le conseguenze.

In realtà, la diversità nel contenuto è legata alla finalità e alla specificità dell'interesse che la motivazione è diretta a soddisfare³⁰.

26 Così F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 288 s. L'autore, pur ritenendo che l'esternazione del contenuto decisionale del provvedimento, nel quale si identifica la motivazione, costituisca logicamente un elemento essenziale del provvedimento, ritiene che la carenza o insufficienza della stessa non integri, sul piano del diritto positivo, una causa di nullità, ma solo di annullabilità del provvedimento.

27 In questo senso, V., ITALIA G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002, 180 ss. Secondo gli autori l'assenza della motivazione, quale manifestazione della causa dell'esercizio del potere pubblico, in quanto elemento essenziale dell'atto, ne costituisce una causa di nullità, ai sensi dell'art. 21 - *septies*, comma 1.

28 Così Cass. n. 6485/2021, secondo cui "la motivazione dell'atto espressione di un potere privato si attegga diversamente a seconda della funzione dell'atto del quale si discute sicché, ad esempio, se in tema di conferimento di incarico si è ritenuta necessaria una valutazione comparativa degli aspiranti alla nomina, in relazione agli atti risolutivi del rapporto è stato ritenuto sufficiente il mero richiamo al presupposto di fatto che la risoluzione giustifica".

29 Il principio è stato affermato in una recente pronuncia della Cassazione (Sezione Lavoro, Ordinanza n. 24122 del 3.8.2022), ove si chiarisce che essendo "la gestione del rapporto di lavoro necessariamente connessa a comportamenti e relazioni mutevoli, anche in relazione alla soggettività di chi impersona il datore pubblico e di chi riveste la qualità di dipendente, non esiste rispetto ad essa una modalità standardizzabile di esplicazione della motivazione, come richiede in qualche misura l'ordinamento amministrativo".

30 In ordine alla portata del contenuto della motivazione, questioni concrete specifiche si sono poste in base alla tipologia di atti che vengono in rilievo. Con riguardo alla motivazione

Rispetto agli atti di gestione del rapporto di lavoro, l'esigenza primaria che la motivazione tende a garantire non è quella di dare conto alla collettività del rispetto dei principi dell'azione amministrativa, quanto piuttosto di esternare alla controparte la modalità di gestione del rapporto di lavoro, informandola su quale sia la natura dell'atto datoriale adottato³¹ e dimostrando di aver agito nel rispetto di principi, tra cui la buona fede e la correttezza, i quali, pur connotando l'agire autoritativo dell'amministrazione, nascono e si sviluppano ordinariamente nell'ambito di rapporti paritetici.

4. La motivazione “soggettiva” nell'attività e nell'organizzazione amministrativa

L'analisi dei profili organizzativi permette di cogliere, più agevolmente, la prorompente motivazione, nella sua duplice dimensione, non solo come istituto di diritto, ma anche come fenomeno psico-sociale³².

Nel diritto amministrativo, infatti, malgrado la normale e fisiologica irrilevanza della volontà quale elemento psichico e interiore, il perseguimento dell'interesse pubblico affidato all'amministrazione passa necessariamente attraverso l'operato delle persone fisiche che la compongono, per le quali il dovere di osservare determinati principi, tra cui l'imparzialità e la trasparenza, funge

degli atti nell'ambito dei pubblici concorsi, ad esempio, parte della giurisprudenza e della dottrina meno recente ritiene non sufficiente l'indicazione del solo voto numerico, in quanto esso costituirebbe esternazione del risultato e della motivazione del giudizio valutativo (così Trib. Amm. Reg. Veneto, Venezia, sez. I, 21 gennaio 2002, n. 137 e in dottrina A. CORPACI, *spunti critici sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *dir. Pubbl.*, 1995, p. 185 e ss). L'orientamento prevalente della Giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene, invece, sufficiente l'apposizione del solo voto numerico, a condizione che siano predeterminati i criteri di giudizio. In particolare, si ritiene che tale voto esprima “una graduazione delle valutazioni compiute dalla commissione nell'ambito del punteggio disponibile” e risponda all'esigenza di assicurare il principio di economicità dell'azione amministrativa (così Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2019, n. 2775). Con riguardo agli atti di alta amministrazione, per i quali la giurisprudenza amministrativa ribadisce costantemente l'obbligo di motivazione, pur mitigato nelle modalità di esternazione in ragione della natura discrezionale del potere, si veda Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2009 n. 6388; Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2016, n. 4718. Con riferimento alla motivazione degli organi collegiali si veda invece Cons. Stato, sez. IV, 17 novembre 2015, n. 5236.

³¹ Atto che può consistere in una disposizione di servizio, modifica di sede o attività (*ius variandi*), sanzione disciplinare, modifica delle mansioni, revoca di incarichi.

³² Sulla motivazione dal punto di vista delle scienze psicologiche, si rinvia a R. DE BENI, A. MOÈ, *Motivazione e apprendimento*, Bologna, 2000.

da stimolo per la ricerca di una motivazione in grado di sostenere razionalmente la scelta esternata nel provvedimento³³.

Più precisamente, l'osservanza dei doveri giuridici posti a carico di coloro che agiscono per conto di un soggetto pubblico, e che sono legati ad esso da un rapporto di servizio, risulta condizionata dall'interferire di componenti psichiche e motivazionali, che unite a fattori di natura organizzativa finiscono per influire sul corretto adempimento di quei doveri, alterando così la capacità naturale dell'Ente di orientare la propria azione verso il soddisfacimento dell'interesse pubblico assegnato.

Il rapporto sinallagmatico esistente tra motivazione psicologica e motivazione amministrativa è chiaro se consideriamo che la prima rappresenta una condizione essenziale di benessere organizzativo e che, impattando positivamente sull'esercizio della funzione amministrativa, non può che sfociare nell'adozione di provvedimenti legittimi e ben motivati.

Il condizionamento è però reciproco, in quanto la tendenza di un'amministrazione a motivare adeguatamente le proprie scelte, e ad agire secondo diritto, accresce la consapevolezza e la volontà, da parte dei suoi funzionari, di istruire correttamente i procedimenti, e di assicurare ben prima dell'adozione del provvedimento finale il soddisfacimento delle esigenze di partecipazione, trasparenza e legalità, di cui la motivazione stessa rappresenta la più diretta e concreta manifestazione³⁴.

La dimensione psicologica e quella giuridica, nelle quali può esprimersi e rilevare la motivazione, sebbene distinte e apparentemente non comunicanti, trovano così, nel buon andamento, il loro punto di incontro, e per certi versi anche la loro sintesi.

33 Si veda, per una lettura del fenomeno in chiave psicologica, E. AUTERI, in *management delle risorse umane*. Guerini e Associati, Milano, 2004; R.A. NOE, J.R. HOLLENBECK, B. GERHART, P.M. WRIGHT, in *gestione delle risorse umane*, tr. It. Apogeo, Milano, 2006.

34 Nella fase antecedente alla definizione del procedimento la funzione di garantire il contraddittorio e di stimolare il dialogo con l'amministrazione è affidata all'istituto del preavviso di rigetto (art. 10-bis L. 241-90)

La tutela di questo principio, passa, infatti, attraverso il benessere organizzativo dell'amministrazione, che a sua volta è legato alla motivazione intrinseca ed estrinseca dei soggetti che agiscono per conto di essa.

Per cogliere questo passaggio è indispensabile però mantenere distinti i due concetti.

Difatti, mentre la motivazione nella sua accezione metagiuridica, riguarda essenzialmente l'organizzazione, la motivazione in senso giuridico, quale condizione di legittimità del provvedimento, investe direttamente l'attività, rappresentando la sintesi dei fondamentali principi a cui è ispirato l'agire amministrativo, così come statuiti all'art. 97 Cost. e meglio declinati all'art. 1 della Legge sul procedimento.

Tra tutti, il principio del buon andamento è quello che meglio esprime il rapporto di strumentalità esistente tra organizzazione e attività, e tra motivazione in senso giuridico e in senso psicologico.

In quest'ultima accezione il termine "motivazione" compare a partire dal XX secolo, quando gli studiosi iniziarono ad approfondire i meccanismi interiori che spingono l'uomo ad agire³⁵.

Nascono così le prime teorie motivazionali, tra cui la gerarchia dei bisogni di Maslow, da cui derivano i concetti di motivazione estrinseca ed intrinseca.

Mantenere distinte le due tipologie di motivazione è utile al fine di comprendere le interferenze tra fattori interni ed esterni, e le relative implicazioni sull'operato dell'ente, posto che un'amministrazione ben funzionante e ben organizzata costituisce garanzia di soddisfacimento degli interessi ad essa affidati.

³⁵ In ambito psicologico, peraltro, il termine motivazione conserva ancora oggi una sostanziale indeterminatezza, che si presta ad un uso differente di tale strumento e si riflette nella varietà di contributi teorici che nel tempo hanno cercato di descrivere e di spiegare questo complesso fenomeno (R. DE BENI e A. MOÉ, *Motivazione e apprendimento*, Bologna, *passim*, 2000). La mancanza di una concettualizzazione unitaria si traduce inoltre nella molteplicità di strumenti costruiti per la rilevazione di tale costrutto (P. K. MURPHY E P. A. ALEXANDER, *A motivated exploration of motivation terminology*, *Contemporary Educational Psychology*, 25 (1), 3-53. <https://doi.org/10.1006/ceps.1999.1019>, 2000).

La differenza tra motivazione estrinseca ed intrinseca si fonda sulla causa che spinge il soggetto ad agire.

Si parla di motivazione estrinseca quando i motivi che orientano l'azione di un soggetto sono dati da una ricompensa esterna; il comportamento, quindi, non scaturisce dalla volontà personale di ottenere qualcosa, quanto piuttosto dal fatto che, raggiungendo un certo obiettivo, si verrebbe in qualche modo ricompensati.

Si parla invece di motivazione intrinseca quando i motivi che spingono all'azione derivano direttamente dalla volontà del soggetto, legata al soddisfacimento di un bisogno o al raggiungimento di un obiettivo³⁶.

Le due forme di motivazione, tuttavia, non sono completamente indipendenti l'una dall'altra, ed anzi si trovano spesso ad interagire. Offrire un premio per un'attività che precedentemente non era ricompensata costituisce di fatto un passaggio alla motivazione estrinseca, che va ad incidere, indebolendola, sulla motivazione intrinseca originaria del soggetto.

Si parla, in questo caso, del c.d. effetto di sovra giustificazione, che si produce quando il premio o l'incentivo esterno riduce la motivazione intrinseca di un soggetto nel compiere una data attività³⁷.

Questo fenomeno, noto come *motivational crowding out* (spiazzamento motivazionale), si realizza in quanto la possibilità di conseguire un premio, o un incentivo esterno, quale conseguenza diretta di una data azione, rappresenta la causa esclusiva e assorbente dell'azione medesima.

Chiarita la distinzione esistente in ambito psicologico tra motivazione intrinseca ed estrinseca ci si domanda quale delle due tipologie appaia maggior-

36 Ricollegandoci alla teoria di Maslow si parte dai bisogni più basilari, come mangiare, bere e dormire ad altri collocati più in alto nella piramide, come il desiderio di avere delle relazioni interpersonali o quelli relativi alla conoscenza e al potere.

37 In ambito lavorativo, ad esempio, il datore di lavoro può riconoscere delle piccole ricompense ai propri dipendenti, ma solo nel caso in cui veda già un piccolo interesse da parte loro ad approfondire certi ambiti. Una volta che l'interesse sarà cresciuto, potrà eliminare o ridurre gradualmente l'incentivo.

mente in grado di favorire il benessere organizzativo e sviluppare la capacità dell'ente di orientarsi verso il raggiungimento del risultato.

La risposta a tale interrogativo è insita nell'esigenza di impedire il prodursi dell'effetto c.d. di sovra giustificazione, tipicamente connesso all'operatività di meccanismi motivazionali esterni.

A tal proposito, si rende opportuno far cenno alla retribuzione, che rappresenta uno dei principali elementi del sistema delle ricompense.

Se, infatti, sul piano giuridico, essa rappresenta l'obbligazione principale del datore di lavoro, che la eroga quale corrispettivo della prestazione svolta dal lavoratore, da un punto di vista psicologico, assieme ad eventuali componenti accessorie (premi di risultato, indennità legate alla titolarità di incarichi incentivanti o posizioni organizzative) costituisce un meccanismo in grado di motivare il dipendente a continuare ad impegnarsi sul lavoro e a mantenere elevato il livello qualitativo della prestazione lavorativa resa nei confronti dell'amministrazione³⁸.

Tuttavia, affinché i meccanismi premiali siano davvero incentivanti, e quindi tali da influire sul benessere organizzativo e sul buon andamento dell'amministrazione, è necessario fare di essi un uso accorto, ponendo in essere un insieme di azioni utili a mantenere alto il livello di soddisfacimento del personale rispetto alle attività e ai procedimenti assegnati e a favorirne il coinvolgimento all'interno dell'organizzazione amministrativa.

La forma su cui puntare è, dunque, la motivazione intrinseca, la quale, non essendo correlata a fattori esterni, risulta per natura più forte e duratura, poiché legata al desiderio personale di soddisfare una determinata necessità.

Rafforzare la motivazione intrinseca, favorendo anche un buon clima lavorativo, incide sull'attività e sul rispetto delle garanzie procedurali e dei principi che contribuiscono ad una "buona amministrazione".

³⁸ Si veda K. BARTOL, e.a. LOCKE (2000), *incentives and motivation*. In s RYNES, b. GERHART (a cura di), *compensation in organizations: progress and prospects*. New Lexington Press, San Francisco.

L'incidenza della motivazione psichica sull'osservanza dei predetti principi rappresenta una logica conseguenza del fatto che il provvedimento, per quanto espressione della volontà amministrativa, è innanzi tutto un atto umano.

Tanto la predisposizione materiale del provvedimento, quanto l'individuazione dei suoi contenuti, inclusa la raccolta del materiale istruttorio, avvengono ad opera del soggetto-persona fisica individuato ai sensi degli artt. 4 e 5 L. 241-90.

Tra gli elementi di cui si compone il provvedimento, la motivazione rappresenta quello che maggiormente risulta condizionato dalla volontà e dall'atteggiamento psichico di colui che a vario titolo concorre a delinearne i contenuti.

Tanto più è discrezionale il provvedimento quanto più è rilevante ed evidente il condizionamento della motivazione psichica su quella giuridica.

Esistono, infatti, alcuni fattori, interni ed esterni all'amministrazione, in grado di interferire sulla corretta gestione del procedimento (intesa non solo quale completa acquisizione, tramite la partecipazione, di tutti gli interessi coinvolti, ma anche quale osservanza del termine previsto per la conclusione del procedimento), e sui contenuti sostanziali della motivazione posta a corredo del provvedimento finale.

Tralasciando, in questa sede, i fattori esterni di condizionamento - i quali, traducendosi nel compimento di atti o fatti illeciti, finirebbero direttamente per recidere il rapporto di immedesimazione organica intercorrente con l'Amministrazione - tra i fattori interni all'amministrazione, quello che presenta un impatto significativo sulla motivazione psichica, e per il tramite di essa, sull'intero *iter* procedimentale, è innanzitutto il clima lavorativo, dato dall'insieme delle condizioni che creano il c.d. benessere organizzativo.

Lavorare all'interno di un contesto lavorativo sereno, infatti, oltre a favorire i rapporti di collaborazione, contribuisce ad una corretta e celere gestione del procedimento, dalla fase istruttorie a quella decisoria.

I funzionari, e più in generale i dipendenti preposti a determinati adempimenti, saranno spinti ad avviare, istruire e definire il procedimento in modo puntuale, nella convinzione che la scelta adottata dall' amministrazione sia quella migliore per l'interesse pubblico da perseguire.

In questi termini, dunque, può affermarsi che la motivazione giuridica del provvedimento ³⁹si riconnette alla motivazione psichica del soggetto che ha contribuito a formarla.

Accanto al benessere organizzativo, un fattore importante di condizionamento è il *modus operandi* dell'amministrazione.

Non sempre, infatti, il contegno assunto dalla stessa, non solo nei rapporti interni - con il proprio personale - ma anche in quelli esterni, appare ispirato ai principi costituzionali di imparzialità, trasparenza e, più in generale, di buona amministrazione.

L'atteggiamento sistematico di scarsa cura, disinteresse, e anche di inerzia dell'amministrazione, che spesso segue alle istanze, pur legittime, avanzate dal proprio personale, riduce proporzionalmente il senso di appartenenza che ciascun dipendente, in virtù del rapporto di servizio, dovrebbe poter vantare nei confronti dell'ente per il quale agisce.

Cresce, così, ma in senso patologico, il distacco rispetto al fine pubblico da perseguire e, conseguentemente, diminuisce la percezione, da parte del funzionario, di dover agire correttamente per soddisfarlo, rispettando altresì i termini previsti per la conclusione del procedimento.

Per contro, l'agire corretto di un soggetto pubblico, dapprima nei confronti dei propri dipendenti, e poi nei confronti dei destinatari delle proprie pretese, rafforza il senso di appartenenza dei funzionari all'amministrazione, creando una situazione di vicinanza rispetto agli interessi istituzionali, che si traduce poi nel dovere morale, oltre che giuridico, di motivare correttamente il provvedimento, e ancor prima, mediante esercizio dei poteri di integrazione uf-

³⁹ E come la motivazione, qualsiasi altro adempimento procedimentale destinato a confluire nel contenuto discrezionale del provvedimento.

ficiosa previsti all'art. 6 lett. b) L. 241-90, di ricercare in modo accurato quanto necessario a garantire un corretto bilanciamento degli interessi coinvolti nel procedimento.

Nondimeno, la prassi, sempre più diffusa in alcune amministrazioni, di deviare la propria azione dal perseguimento dell'interesse pubblico affidato ovvero di perseguirlo solo astrattamente, porta inevitabilmente i funzionari a confezionare motivazioni seriali, standardizzate, e ciò al solo fine di non incorrere in responsabilità o di evitare possibili contenziosi.

L'adempimento del dovere giuridico di motivazione, sancito all'art. 3 della L. 241-90, dipende così dalla capacità e dalla possibilità, intesa sia in senso materiale che psicologico (epurata, dunque, dei condizionamenti di cui si è detto) di argomentare la scelta dell'amministrazione e di giustificarne l'operato, senza però alterare il processo logico e temporale che ordinariamente porta all'adozione del provvedimento e alla predisposizione della sua motivazione.

Una delle disfunzioni più gravi del sistema amministrativo, che spesso costituisce un sintomo dell'eccesso di potere, consiste, infatti, nell'invertire la sequenza logico-temporale imposta dalla legge sul procedimento, secondo cui i contenuti della motivazione, sebbene esteriorizzati *ex post*, all'atto dell'adozione del provvedimento finale, preesistono necessariamente ad esso.

Con l'evolversi del legame tra amministrazione e privato e la contestuale dequotazione del provvedimento la motivazione ha acquistato un significato più ampio, e per certi versi anche più profondo.

Rispetto al passato, non è più relegata a mero requisito di legittimità del provvedimento, ma esprime la qualità del rapporto che lega l'amministrazione al privato.

La motivazione costituisce, difatti, uno strumento di dialogo, che nasce con la comunicazione di avvio del procedimento, si arricchisce durante l'istruttoria, e culmina con la formale enunciazione delle ragioni che hanno ispirato la scelta definitiva dell'amministrazione.

Una motivazione scarna, illogica o addirittura assente, dunque, non è solo sintomo di un provvedimento viziato, ma prima ancora di una cattiva amministrazione⁴⁰, incapace di comunicare e costretta poi a difendere la legittimità (apparente) del suo operato in sedi diverse da quella procedimentale, sopportando così anche i rischi connessi alle pretese risarcitorie avanzate dai suoi interlocutori⁴¹.

40 Per una trattazione organica del diritto ad una buona amministrazione, L. AZOULAI, L. CLEMENT-WILZ, *La Bonne administration, in Traité de droit administratif européen*, a cura di J. B. AUBY DUTHEIL, J. DE LA ROCHERE, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 671 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, 2007, p. 49 ss.; R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Bologna, 2001, p. 284 ss. Si veda anche, G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, p. 45 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto a una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 819 ss.

41 Riguardo alle implicazioni processuali conseguenti alla violazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti, ed in particolare alla possibilità, per l'amministrazione, di sopperire alla carenza motivazionale mediante integrazione postuma nel corso del giudizio, è possibile distinguere due orientamenti principali: il primo, formatosi a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, ammette l'integrazione postuma muovendo essenzialmente dal presupposto che la motivazione costituisca un requisito formale (Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 1972, n. 174). All'interno di questa ricostruzione si passa dalla tesi estensiva, che la ammette in qualunque forma, anche mediante scritti difensivi e in presenza di attività discrezionale, alla tesi più restrittiva, che ammette l'integrazione postuma della motivazione solo mediante produzione di atti dello stesso procedimento, di atti autonomi adottati dall'organo competente ovvero di atti di secondo grado di convalida e in presenza di attività vincolata (Cons. Stato sez. VI, 19 ottobre 2018, n. 5984). Altro orientamento, che sembra preferibile, esclude invece l'integrazione postuma in sede giudiziale sulla base della natura sostanziale della motivazione, e della conseguente impossibilità di applicare il meccanismo di cui all'art. 21 *octies* L. 241-90, circoscritto alle sole violazioni formali e procedimentali. Diversa dall'integrazione postuma, e dunque pienamente legittima, è l'argomentazione contenuta negli scritti difensivi mediante la quale vengono esplicitate meglio le ragioni già espresse nel provvedimento amministrativo impugnato (così Cons. Stato, sez. V, 2013, n. 4194; Trib. Amm. Reg., Veneto, Venezia, sez. II, 24 aprile 2019 n. 507).

ANDREA GEMMI
Università degli studi di Padova
andreagemmi@outlook.com

IL CONTROLLO DEGLI INVESTIMENTI IN USCITA: PRIME RIFLESSIONI SULLA NUOVA FRONTIERA DELLE FUNZIONI ECONOMICO-SECURITARIE

SCREENING OUTBOUND INVESTMENTS: FIRST REMARKS THE NEW FRONTIER OF ECONOMIC-SECURITY PUBLIC FUNCTIONS

SINTESI

Il contributo riguarda la funzione economico-securitaria di controllo degli investimenti in uscita, oggetto di un Libro Bianco pubblicato alla Commissione Europea e di un Ordine Esecutivo negli USA. Il presente contributo intende allora indagare come un tale potere amministrativo possa inserirsi nell'ordinamento italiano, sulla base di quali competenze e in che rapporto con le attuali funzioni economico-securitarie: *golden power* e controllo dei prodotti e duplice uso. Lo studio dei primi interventi normativi e delle strategie europea e statunitense sulla sicurezza consente di elaborare tre categorie di obiettivi a cui è funzionale il controllo degli investimenti in uscita. Si tratta del contrasto alla fuga di tecnologie ed il perseguimento dell'autonomia economica e della supremazia tecnologica. Ognuno di questi obiettivi è collegato ad un particolare ambito di applicazione della normativa, in rapporto con le altre funzioni economico-securitarie. I primi due obiettivi si caratterizzano per esigenze difensive a fronte di rischio geopolitici, mentre il terzo, quello della supremazia tecnologica, evidente nella normativa statunitense e non estraneo anche alla strategia europea, si colloca in una prospettiva più chiaramente di competizione fra Stati. Si dimostrerà come perseguire questo obiettivo richieda a sua volta una decisione politica fondamentale inerente ai Paesi a cui applicare la normativa in esame, secondo un *list approach* proprio dell'Ordine esecutivo statunitense ma di improbabile adozione nel sistema europeo.

Sulla base delle finalità da perseguire, il contributo indaga poi il rapporto con le funzioni economico-securitarie della *golden power* e del controllo dei prodotti a duplice uso. In tal modo si rileva che, anche alla luce della attuale e irrazionale sovrapposizione tra disciplina di *golden power* e di controllo delle esportazioni, le attuali funzioni economico-securitarie già permettono di perseguire gran parte degli obbiettivi del controllo degli investimenti in uscita. Residuano ipotesi che esulano dalla normativa attuale ma il cui monitoraggio si pone in rapporto problematico con il principio di proporzionalità. Il rapporto con le altre funzioni economico-securitarie permette anche di valutare la modalità di regolazione di un'eventuale disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, in ragione del rapporto tra competenze nazionali ed europee. Il controllo degli investimenti in entrata e dei prodotti a duplice uso offrono due modelli diversi, entrambi basati sul rapporto tra politica commerciale comune – di competenza esclusiva europea – e sicurezza nazionale. Sembra che, nelle more dell'adozione di una eventuale disciplina europea, gli Stati membri possano adottare misure nazionali e, in ogni caso, una eventuale normativa europea non possa che delegare la decisione amministrativa all'autorità nazionale.

Resta che la funzione economico-securitaria in esame e le altre già disciplinate a livello europeo e nazionale si basano su un problematico rapporto tra sicurezza nazionale e regolazione economica, ed il concetto di "sicurezza economica" che governa ora l'azione europea riflette la costitutiva ambiguità del concetto di "sicurezza". Ogni discorso sul rapporto che si potrà configurare tra Europa e Italia, e tra Stato e mercato, dimostra l'esigenza di definire cosa si intende per esigenza securitaria, e fin dove può tracciarsi un confine tra tutela del mercato e interessi fondamentali della collettività. La disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, ancora oggi in una fase iniziale, potrebbe spostare questo confine, estendendo l'interesse nazionale o europeo anche allo sviluppo di attività economiche all'estero.

ABSTRACT

The paper concerns the economic-security function of outbound investments screening, subject of a White Paper published by the European Commission and an Executive Order in the US. The paper aims to investigate the role this possible administrative power may have in the Italian legal system, on the basis of what competencies and in what relationship with the current economic-security functions: Italian FDI screening regulation (“golden power”) and dual-use items regulation. A study of early regulatory interventions and European and U.S. security strategies enables the elaboration of three categories of objectives for which outbound investment control is functional. These are countering technology leakages and the pursuit of economic autonomy and technological supremacy. Each of these objectives is related to a particular scope of application and in relation to the other economic-security functions. The first two objectives are characterized by defensive needs in the face of geopolitical risk, while the third, that of technological supremacy, evident in U.S. regulation and not unrelated to EU strategy as well, is more clearly situated in the perspective of interstate competition. It will be shown how pursuing this goal in turn requires a fundamental political decision inherent in the countries to which the regulation under consideration is to be applied, according to a list approach peculiar to the U.S. Executive Order but unlikely to be adopted in the EU system. Based on the purposes to be pursued, the contribution then investigates the relationship with the economic-security functions of “golden power” and dual-use items regulation. In doing so, it finds that, also in light of the current irrational overlap between “golden power” and export control regulation, the current economic-security functions already enable the pursuit of most of the goals of outbound investment control. There are transactions and cases falling outside the scope of current regulations, but the monitoring of these events presents issues under the the principle of proportionality. The relationship with other economic-security functions also allows for an assess-

ment of how outbound investments control should be regulated considering the relationship between national and EU competencies. Control of inbound investments and dual-use items offer two different models, both of which are based on the relationship between common trade policy - an exclusive EU competence - and national security. It seems that, pending the adoption of any EU regulation, member states may adopt national measures, and, in any case, any EU regulation can only delegate the administrative decision to the national authority. It remains that the economic-security function under consideration and others already regulated at the EU and national levels are based on a problematic relationship between national security and economic regulation, and the concept of “economic security” now governing EU action reflects the constitutive ambiguity of the concept of “security.” Any discussion of the relationship that may be shaped between EU and Italy, and between State and market, demonstrates the need to define what is meant by a securitarian requirement, and how far a line can be drawn between market protection and fundamental community interests. The regulations on outbound investments control, which are still at an early stage, could shift this boundary, extending the national or EU interest also to the development of economic activities abroad.

PAROLE CHIAVE: golden power – sicurezza nazionale – controllo degli investimenti – tecnologie critiche

KEYWORDS: FDI screening – national security – investment screening – critical technologies

INDICE: 1. Una nuova frontiera dei controlli securitari. 2. Cosa vuol dire controllare gli investimenti in uscita e perché farlo. 3. Ragionare sul modello: rapporto con il controllo dell'export e degli investimenti in entrata. 4. Il collegamento tra *list approach* e geopolitica della competizione nella decisione amministrativa. 5. Il rapporto con altre funzioni economico-securitarie: alternative e modelli. 6. Il rischio di un nuovo ornitorinco. 7. Conclusioni: retorica securitaria e governo dell'economia.

1. Una nuova frontiera dei controlli securitari

La “corsa agli armamenti” che ha portato alla generale introduzione di meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti (IDE) in entrata sem-

bra oggi arrivata ad una nuova tappa: il controllo degli investimenti in uscita (*outbound investments*).

Il 24 gennaio scorso, la Commissione europea ha pubblicato un pacchetto di misure di sicurezza, tra cui anche il Libro Bianco sugli investimenti in uscita (*White Book on Outbound Investments*), che avvia una consultazione per valutare se e come introdurre in Europa un sistema di controllo di questi investimenti¹. Libro Bianco sugli investimenti in uscita (“Libro Bianco sugli IU”) non è, però, di un mero documento programmatico. La Commissione indica agli Stati Membri di avviare un monitoraggio sugli investimenti in uscita, le cui caratteristiche sembrano preludere all’impianto di una regolamentazione. E del resto, come si dirà nel seguito, potrebbe non doversi aspettare molto per vedere gli Stati membri anticipare l’Europa, sulla strada indicata dalla Commissione.

Lo strumento giuridico di per sé costituisce una novità sia per l’Unione Europea che per gli Stati membri, ma non solo. Anche la narrazione politico-giuridica in cui si inserisce è sostanzialmente nuova: quella della “sicurezza economica”, che ha determinato l’espansione delle funzioni amministrative caratterizzate dall’intervento pubblico negli affari economici per tutelare la sicurezza nazionale, e che possono quindi essere definite come “funzioni economico-securitarie”².

1 Il Libro Bianco sugli IU costituisce una delle cinque iniziative per la sicurezza economica contestualmente adottate dalla Commissione europea nel gennaio 2024. Le misure includono una proposta di riforma e due libri bianchi relativi ad altre due discipline volte alla tutela della sicurezza nazionale negli affari economici, e cioè il monitoraggio degli investimenti in entrata (disposto a livello europeo nel Regolamento (UE) n. 452/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell’Unione) ed il controllo degli export, con particolare riguardo al dual use. Quest’ultimo consiste in una normativa europea (ad oggi, dal Regolamento (UE) 2021/821 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2021 che istituisce un regime dell’Unione di controllo delle esportazioni, dell’intermediazione, dell’assistenza tecnica, del transito e del trasferimento di prodotti a duplice uso) che istituisce un regime autorizzatorio per l’esportazione di prodotti, inclusi software e tecnologie, utilizzabili sia per finalità civili che militari.

2 Si tratta di normative il cui studio può considerarsi afferire alla disciplina del diritto pubblico dell’economia in quanto attinenti al rapporto tra poteri pubblici e mercato, nonché tra poteri pubblici e situazioni giuridiche soggettive che si configurano perlopiù come diritti economici (sul problema definitorio del diritto pubblico dell’economia, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, CEDAM, 2017), ferma restando la radicale diversità con il complesso di normative pro-concorrenziali legate al sistema delle autorità indipendenti. In que-

L'iniziativa europea sugli investimenti in uscita costituisce una peculiarità nello sviluppo delle altre funzioni economico-securitarie a cui si è assistito finora. Il controllo degli investimenti in entrata è stato avviato dagli Stati membri, anche se il suo successo è stato garantito anche e soprattutto dall'appoggio delle istituzioni europee, culminato nel regolamento (UE) n. 452/2019³. In questi anni, però, la Commissione ha fatto qualcosa di più. Ha sposato le nuove tendenze e ha condiviso le esigenze securitarie espresse da alcuni Stati Membri, nonostante la ritrosia di altri più preoccupati da una possibile svolta mercantilistica⁴. La strada della securitizzazione dell'economia, intrapresa dagli Stati membri, è stata dapprima condivisa dalla Commissione, e poi fatta oggetto dell'iniziativa europea. In questo contesto si inserisce la Strategia Europea per la Sicurezza Economica, e la generale emersione del concetto di "sicurezza economica" nella dialettica politica e nella letteratura giuridica⁵.

Da una parte, questa categoria sembra dimostrare come ancora l'azione europea non si affranchi dalle proprie radici ordoliberalistiche. Anche un concetto tradizionalmente collegato ai poteri sovrani e alla *raison d'être* dello Stato nazionale come la "sicurezza" viene collegata e giustificata nel fenomeno econo-

sto senso, sulla riconducibilità della disciplina sui prodotti a duplice uso al diritto pubblico dell'economia, già M. LO GULLO, *Politica commerciale comune, controlli all'esportazione e sistemi nazionali*, in *Economia Pubblica*, 3, 2019. La differenza tra le funzioni economico-securitarie e quelle pro-concorrenziali si può analizzare anche dal punto di vista della modalità di disciplina, essendo le seconde caratterizzate dal fenomeno della regolazione da parte delle autorità indipendenti, e le prime dalla regolamentazione attraverso normazione secondarie adottata da autorità politiche. Mi sia permesso di rinviare a A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 381-420.

³ Un discorso simile deve essere fatto per la normativa sul controllo dei prodotti dual use, che è stato regolato a livello europeo per impedire che l'eterogeneità dei sistemi nazionali pregiudicasse il funzionamento del mercato interno, e non per un'esigenza di tutela securitaria sollevata dall'Unione Europea. Sul tema, si veda M. LO GULLO, *Politica commerciale comune, controlli all'esportazione e sistemi nazionali*, cit.

⁴ J. LEWANDER, N. HELWIG, C. HÅKANSSON, T. ISO-MARKKU, e C. NISSEN, *Strategic autonomy – Views from the North*, Swedish Institute for European Policy Studies, 2021; M.O. IGLESIAS, A. ORTEGA and R. KORTEWEG, *A Spanish- Dutch view on open European strategic autonomy in trade, industry and digital policy: seven pitfalls to avoid*, Real Instituto Elcano, 2022.

⁵ Commissione europea, Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio Sulla "Strategia Europea per la Sicurezza Economica", Bruxelles, 20.6.2023, JOIN(2023) 20 final.

mico⁶. Dall'altra, si tratta di un concetto che potrebbe aprire ad una notevolissima estensione degli strumenti securitari, e la discussione sulla regolamentazione degli investimenti in uscita si colloca in questa narrazione.

Ferma l'espansione del concetto di sicurezza, resta da verificare l'esigenza dell'introduzione di un potere di controllo degli investimenti in uscita. In questo senso, se la limitazione agli investimenti in entrata è volta a tutelare i beni e le attività strategici da acquisizioni rischiose, ci si potrebbe chiedere quale utilità abbia limitare l'acquisto di beni e attività estere da parte di soggetti italiani. In realtà, controllare gli investimenti in uscita risponde a varie esigenze securitarie, che però pongono, ciascuna di esse, peculiari problematiche in relazione al potere amministrativo esercitato e al rapporto con le attuali funzioni securitarie.

Pur trovandoci ancora in una fase di valutazione dell'opportunità di disciplinare un sistema di controllo degli investimenti in uscita, il Libro Bianco sugli IU e il sistema statunitense, già oggetto di una regolamentazione normativa, offrono preziosi elementi per comprendere la *ratio* di questa disciplina e come può strutturarsi.

Il presente contributo intende allora indagare come un tale potere amministrativo possa inserirsi nell'ordinamento italiano, sulla base di quali competenze e in che rapporto con le attuali funzioni economico-securitarie. Si intende quindi dimostrare che, pur nell'innovativo protagonismo dell'Unione Europea nell'ambito securitario, gran parte delle finalità espresse da Libro Bianco sugli IU possono essere perseguite con la disciplina di cui al d.l. n. 21/2012 (c.d. *golden power*) e dal controllo delle esportazioni, evidenziando invece gli aspetti per i quali un'autonoma disciplina sul controllo degli investimenti in uscita sarebbe astrattamente ipotizzabile. Si vedrà, però, che l'effettiva possibilità di un intervento innovativo potrebbe essere problematica alla luce del principio di proporzionalità.

⁶ Si veda M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica : corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2019.

Il contributo si struttura attraverso l'analisi della (triplice) funzione di dei sistemi di controllo degli investimenti in uscita disciplinati dai documenti programmatici e testi giuridici di UE e USA (capitolo 2) e di come queste finalità possono essere concretamente perseguite, sulla base del modello statunitense e del monitoraggio disposto con il Libro Bianco sugli IU (capitolo 3). L'applicazione delle categorie del diritto amministrativo permetterà poi di sottolineare i limiti del recepimento del modello statunitense (capitolo 4). Infine, si indagherà il rapporto con le altre funzioni economico-securitarie per capire quale ruolo possa assumere la disciplina sul controllo degli investimenti in uscita (capitolo 5) e come si struttura il rapporto tra Italia e Istituzioni Europee su questo tema (capitolo 6). Si potrà così verificare se, al protagonismo europeo in ambito securitario, possa corrispondere una sostanziale innovazione delle funzioni economico-securitarie (capitolo 7).

2. Perché controllare gli investimenti in uscita: la Geopolitica della competizione

Come anticipato, i discorsi in merito alla regolamentazione degli investimenti in uscita sono collegati all'emersione del concetto di "sicurezza economica"⁷. Si tratta di una formula utilizzata in connessione alla categoria della "sicu-

7 Non si vuole evidentemente sostenere che la letteratura non conoscesse fino a tempi recenti il concetto di "sicurezza economica", sia come influenza dell'economia sulla sicurezza militare (K. KNORR - F.N. TRAGER, *Economic Issues and National Security*, University Press of Kansas, Kansas City, 1977) che come dimensione autonoma del concetto di sicurezza. Quest'ultimo concetto fu criticato da BUZAN, in quanto, al contrario della sicurezza militare che si basa su una situazione di normale relazione eventualmente minacciata (la pace), nei rapporti tra stati esiste sempre il rischio economico (B. BUZAN, *People, States and Fear: the National Security Problem in International Relations*, Waetscheaf Books, Guilford 1983; G. LUCANI, *The Economic Content of Security*, in *Journal of Public Policy*, 2, 1989, 151-173). In altri termini, la competizione tra Stati è una condizione normale, e non si configurano perciò minacce né comportamenti pacifici (sul piano interno, però, si è anche riconosciuto che si può identificare una situazione normale di benessere, che può essere minacciata; B. BUZAN, *Is International Security Possible?*, in K. BOOTH, *New Thinking about Strategy and International security*, Harper Collins Academy, Londra 1991, pp. 2). In ragione di queste critiche, sono state identificate sicurezze settoriali, quali quella energetica e alimentare (*rectius*, "del cibo": F. FOSSATI, *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, 102, 4, 1994, pp. 677-690). Se questa prospettiva vedeva nella competizione tra stati una situazione normale, oggi la stessa viene considerata un motivo storico-politico per rivedere l'approccio delle istituzioni nazionali e sovranazionali al fenomeno economico, negando la competizione come situazione normale e imponendo una diversa situazione normale, quella della supremazia tecnologica occidentale e stabilità della catena di approvvigionamento, che può essere minacciata e da

rezza nazionale” per espanderla a valutazioni e interessi di tipo economico che, secondo la narrazione politica alla base del suo utilizzo, avrebbero un impatto sulla sicurezza nazionale⁸. Il successo di questa narrazione nell’ambito del controllo degli investimenti si deve ovviamente ai noti mutamenti geopolitici nel rapporto tra Cina ed occidente. È stato utilizzato dapprima nella narrazione politica di Stati Uniti e Cina, e poi recepito anche dalle politiche della Commissione⁹, e da questi meglio definita nella Strategia Europea per la Sicurezza Economica (nel seguito anche la “Strategia Europea”)¹⁰.

Quest’ultima indica gli elementi che caratterizzano la sicurezza economica nella (1) resilienza delle catene di approvvigionamento; (2) sicurezza fisica e informatica delle infrastrutture critiche; (3) sicurezza tecnologica e fuga di tecnologie; e (4) strumentalizzazione delle dipendenze economiche a fini bellici o coercizione economica¹¹. Con riguardo al punto (3), si spiega che *“In alcuni casi, la fuga delle tecnologie rischia di rafforzare le capacità militari/di intelligence di coloro che potrebbero utilizzarle per minare la pace e la sicurezza”*¹². Tra le modalità per attuare la strategica in materia di sicurezza economica rientra quindi la *“promozione della competitività e della crescita dell’UE, rafforzamento del mercato unico, sostegno a un’econo-*

cui può quindi scaturire una narrazione securitaria. La sicurezza economica entra allora nel discorso giuridico nell’ambito del concetto indeterminato di “sicurezza nazionale”.

8 Sugli effetti di questo processo rispetto alla interpretazione della categoria di sicurezza nazionale, mi sia permesso di rinviare a A. GEMMI, *Elements for a study of administrative discretion in FDI screening regulations: enforcing a threat-based model*, in *Law and Economics Yearly Review*, 11, 2, Special Issue, 94-125;

9 Nel 2018, La strategia USA sulla sicurezza nazionale ha espressamente dichiarato che la “sicurezza economica è sicurezza nazionale”. Si veda White House, *National Security Strategy*, 18 dicembre 2017, in <https://trumpwhitehouse.archives.gov/>. La più recente menzione della sicurezza economica come obiettivo degli strumenti sul controllo degli investimenti nell’Unione Europea è nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni *Programma di lavoro della Commissione 2023 – Un’Unione salda e unita*, COM (2022)548 final, 18 ottobre 2022, punto 3.3. Sull’emersione di questo concetto e sulla sua rilevanza nell’ambito delle funzioni economico-securitarie, si veda l’attento studio di Y. YUAN, *Economic security considerations in FDI screening*, in *Law and Economics Yearly Review*, 11, 2, special issue, 2022, 64-93.

10 Commissione europea, Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio Sulla “*Strategia Europea per la Sicurezza Economica*”, Bruxelles, 20.6.2023, JOIN(2023) 20 final.

11 *Id.*, punto 2.

12 *Id.*

*mia forte e resiliente e promozione della base industriale, tecnologica e della ricerca dell'UE*¹³, per cui la Commissione e l'Alto rappresentante “*sosterranno ulteriormente la sovranità tecnologica dell'UE e la resilienza delle catene del valore dell'UE*”¹⁴.

Si possono qui identificare due prime dimensioni della tutela economico-securitaria, dalle quali muovono esigenze di controllo sugli investimenti esteri. La prima è legata alle dipendenze economiche, tra cui le dipendenze tecnologiche, che si determina allorché i fattori di produzione necessari all'economia nazionale o i beni di consumi necessari alla società provengono da un Paese terzo. Tale condizione, percepita come debolezza geopolitica, viene contrastata perseguendo la *autonomia economica*, che può assumere forme quali la sovranità tecnologica o l'autonomia energetica. Questa dimensione della protezione economico-securitaria apre l'oggetto della tutela ad elementi civili e solo indirettamente collegati al settore militare o di intelligence. Infatti, in primo luogo, viene interessata l'intera catena di approvvigionamento necessaria per il risultato finale militare (ad es., semiconduttori in generale). In secondo luogo, il rischio

13 *Id.*, punto 3, lett. (a).

14 Comunicazione della Commissione Europa sulla Next Generation EU, COM/2020/456 final, punto 5.1: “*A tal fine, l'Europa deve concentrarsi sul rafforzamento della sua autonomia strategica, della sua sicurezza economica e del suo potenziale per la creazione di posti di lavoro*”. L'autonomia strategica aperta è anche espressamente richiamata dalla Strategia Europa per la Sicurezza Economica, cit. punto 1: “*La presente strategia si basa sui lavori già avviati a livello europeo, esaminando in modo critico la resilienza e le vulnerabilità dell'Unione al fine di rendere l'economia e l'industria europee più competitive e resilienti e rafforzare la nostra autonomia strategica aperta*”. La sicurezza economica si intreccia quindi alla c.d. autonomia strategica aperta (*open strategic autonomy*), e cioè una strategia di sviluppo volto a coniugare i principi concorrenziali e di apertura dei mercati (dimensione “*open*”) con gli obiettivi di riduzione delle dipendenze economiche e di sviluppo della competitività europea (dimensione “*strategic autonomy*”). Questa strategia ha come obiettivi, tra gli altri, proprio (a) la diversificazione e consolidamento della catena del valore, e quindi delle catene di approvvigionamento, e (b) la sovranità tecnologica. Si veda la Comunicazione della Commissione Europa sulla Next Generation EU, cit., punto 5.1: “*l'Europa perseguirà un modello di autonomia strategica aperta. Si tratterà di dar forma al nuovo sistema di governance economica globale e di sviluppare relazioni bilaterali reciprocamente vantaggiose, proteggendoci nel contempo da pratiche sleali e abusive. Riusciremo così anche a diversificare e rendere più solide le catene di approvvigionamento globali per proteggerci da crisi future e a rafforzare il ruolo internazionale dell'euro*” e “*Si conferma così la necessità che l'Europa non solo abbia una sua sovranità tecnologica laddove è fondamentale*”. Si veda anche C. CAGNIN, S. MUENCH, F. SCAPOLO, E. STOERMER E L. VESNIC ALUJEVIC, “*Shaping and securing the EU's Open Strategic Autonomy by 2040 and beyond*”, EPublications Office of the European Union, Luxembourg, 2021: “*If Europe is not strong enough in digital technologies and the regulation of cyberspace, European critical infrastructures (e.g. hospitals) as well as citizens will be vulnerable to potential disruptions by malicious actors*” (p. 72).

di cui si discute è che una dipendenza economica di natura civile venga sfruttata come arma geopolitica (*weaponized*), come nel caso della dipendenza energetica della Germania e dell'Italia dal petrolio Russo in occasione del conflitto Russo-Ucraino, o semplicemente costituire una vulnerabilità essenziale, che sono divenute evidenti allorché l'emergenza covid ha interrotto le catene di approvvigionamento mondiali.

Nell'ambito di questo rischio, il rilievo degli investimenti esteri è legato alla costruzione della catena di approvvigionamento delle imprese nazionali o europee attraverso gli investimenti esteri. La collocazione all'estero di un passaggio della catena di approvvigionamento – investendo in una società estera, anche nella forma dell'investimento c.d. *greenfield* o della *joint venture*, o acquistando una infrastruttura locale da utilizzare nel proprio processo produttivo – può concorrere a causare la citata dipendenza economica.

La seconda dimensione riguarda il rischio di *fuga di tecnologie*. Il rischio è quello di perdere tecnologie che possono essere pericolose in mani estere, e quindi principalmente tecnologie a duplice uso (militare e civile), militari e di intelligence. Viene qui in rilievo il rapporto con la normativa delle esportazioni, di cui si dirà nel séguito del presente contributo. Può però anticiparsi che la fuga di tecnologie attraverso un investimento estero si verifica poiché alcuni Paesi esteri richiedono che gli investitori costituiscano *joint venture* con i *partner* locali o comunque condividano informazioni tecnologiche¹⁵. Inoltre, al di là di questi eventuali vincoli in determinati Paesi, il rapporto con una società controllata all'estero può comunque richiedere di trasferire *know how* o tecnologia.

Questa duplice dimensione della sicurezza economica attiene a profili di protezione dell'autonomia economica e del patrimonio tecnologico. A ben vedere, però, esiste anche una terza dimensione, legata ad un ulteriore interesse, non direttamente collegato alla fuga di tecnologie e alle dipendenze economi-

15 J. SYKES, *The Law and Economics of "Forced" Technology Transfer and Its Implications for Trade and Investment Policy (and the U.S.-China Trade War)*, in *Journal of Legal Analysis*, 13, 1, 2021, 127–171.

che. La Strategia Europea indica anche il rischio che lo sviluppo tecnologico di altri “attori che possono utilizzarli per minare la pace e la sicurezza internazionali” sia “alimentato dal capitale, dalle competenze e dalle conoscenze delle nostre imprese”¹⁶. La formulazione sembra riprendere quella della *National security strategy* statunitense dell'anno precedente, che fa riferimento agli investimenti in uscita “per impedire ai concorrenti strategici di sfruttare investimenti e competenze in modi tali da minacciare la nostra sicurezza nazionale” e che trova oggi applicazione nella disciplina sul controllo degli investimenti in uscita adottata nell'ordinamento statunitense (su cui *infra*, par. 3)¹⁷. La prospettiva è qui diversa. Non si tratta più di verificare le conseguenze interne degli investimenti all'estero, bensì i vantaggi che tali investimenti producono nel Paese di arrivo, al di là di benefici o danni dal Paese di partenza. Con riferimento all'esercizio delle funzioni economico-securitarie rispetto agli investimenti in entrata si è parlato di “Geopolitica della protezione”¹⁸. Questo terzo elemento della sicurezza economica sembra però portare l'esercizio della funzione ad un passaggio ulteriore, non trattandosi più di proteggere il proprio patrimonio strategico, ma, al contrario, di non avvantaggiare (*i.e.* contrastare) Paesi concorrenti o percepiti come pericolosi. La formula utilizzata dal testo statunitense è significativa, riferendosi ai “competitors”. In tal senso, sembra possa parlarsi di “Geopolitica della competizione”. Si è consapevoli che la competizione tra Paesi è una condizione costitutiva dei rapporti internazionali, sicché la formulazione risulterebbe in una endiadi. Nella prospettiva del presente contributo, però, il termine indica l'intervento pubblico nel mercato che non trova giustificazione nella protezione di elementi dell'economia nazionale, ma nella mera competizione internazionale, sicché l'elemento strategico non è attuale e nel territorio nazionale, ma all'estero e meramente fu-

16 *Strategia Europea Per La Sicurezza Economica*, cit., punto 3.2.

17 White House, *National Security Strategy*, 12 ottobre 2022, p. 33, in www.whitehouse.gov, traduzione nostra. Il testo originale cita: “to prevent strategic competitors from exploiting investments and expertise in ways that threaten our national security”.

18 A. ARESU, *Geopolitica della protezione*, in *Limes* X, 2018, pp. 71-83; A. ARESU, M. NEGRO, *La Geopolitica della protezione, investimenti e sicurezza nazionale: gli Stati Uniti, l'Italia e l'Ue*, Fondazione per lo studio sui mercati pubblici europei, Città di Castello 2018.

turo (lo sviluppo di tecnologie strategiche all'estero grazie all'investimento). Anche la geopolitica della competizione è volta alla "protezione", nel significato più ampio di protezione della sicurezza nazionale, ma non di protezione di asset/attività strategici oggetto dell'investimento¹⁹.

Anche la *ratio* della disciplina sugli investimenti esteri è quindi triplice: sia come *protezione* dalle dipendenze economiche e dal patrimonio tecnologico strategico (e in tal senso venendo in rapporto con la disciplina sul controllo dell'*export* e degli investimenti esteri in entrata (su cui, infra par. 5), sia come contrasto allo sviluppo tecnologico di Stati esteri in senso lato concorrenti, percepito come rischio per la propria sicurezza (*supremazia tecnologica*).

Le finalità così classificate – fuga di tecnologie, autonomia economica e supremazia tecnologica – non sono ovviamente direzioni diverse che può prendere la disciplina, ma una categorizzazione delle finalità che possono essere perseguite.

Resta che la stessa misura può perseguire più finalità (ad es., il controllo sul trasferimento all'estero di tecnologia che riguarda la produzione di semiconduttori critici persegue sia il contrasto alla fuga di tecnologia che l'autonomia economica), pur essendo possibile l'autonomo perseguimento soltanto di una di queste (ad es., il controllo sull'investimento all'estero nella ricerca di una tecnologia già esistente nel paese di partenza perseguirebbe soltanto finalità di supremazia tecnologica).

Nel seguente paragrafo si vedrà come queste dimensioni della *ratio* sul controllo degli investimenti in uscita (autonomia economica, fuga di tecnologie, e supremazia tecnologica) abbiano informato prima il modello USA, e, successivamente, la proposta europea.

¹⁹ Negli studi securitari, la sicurezza nazionale è un termine cieco rispetto all'oggetto della protezione, costituendo una narrazione politica volta a prioritizzare certi valori rispetto ad altri. Si veda A. WOLFERS, "National Security" as an Ambiguous Symbol, in *Political Science Quarterly*, 67, 4, 1952, p. 483; B. BUZAN-L. HANSEN, *The Evolution of International Security Studies*, Cambridge University Press, 2009; M.C. WILLIAMS, *Words, images, enemies: Securitization and international politics*, in *International Studies Quarterly*, 7(4), 2003, 511-553.

3. Come controllare gli investimenti in uscita: il modello USA e il Libro Bianco della Commissione Europea

L'attenzione dell'Unione Europea agli investimenti in uscita prende le mosse dal dibattito avviato negli USA già dal 2017-2018, che ha riguardato l'introduzione di un simile meccanismo, ha prodotto proposte legislative e recentemente ha portato all'adozione di una prima normativa²⁰. Risulta quindi opportuno soffermarsi brevemente sul modello statunitense, che resta ancora sostanzialmente unico nel mondo occidentale²¹.

La discussione sull'introduzione di un controllo degli investimenti in uscita ha trovato spazio già in occasione del Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 (FIRRMA), con cui sono stati rivisti i poteri del CFIUS in materia di controllo degli investimenti in entrata. Nel 2021 era stata già formulata una proposta *bipartisan* (il National Critical Capabilities and Defence Act, NCCDA), ma il relativo procedimento non fu portato a termine²². Nella US National Security Strategy del 2022 è stato indicato l'obiettivo di “*perseguire nuovi approcci, quali il controllo degli investimenti in uscita, per prevenire concorrenti strategici dallo sfruttamento di investimenti e conoscenze in modi che minaccino la sicurezza nazionale*”²³. Il 9 agosto 2023 è stato invece adottato un ordine esecutivo dal Presidente Biden (“Ordine esecutivo sugli investimenti degli Stati Uniti in determinate tecnologie e prodotti per la sicurezza nazionale in paesi a rischio”; d'ora in poi, l'“Ordine esecutivo”), che costituisce un primo passo verso l'ado-

20 J. KATZ COGAN, *President Biden Issues Executive Order Restricting Outbound Investment in National Security Technologies and Products*, in *American Journal of International Law*, 117, 4, 2023, pp. 713-718. doi:10.1017/ajil.2023.51; ROBERTS, ANTHEA ET AL., “*Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment*”, in *Journal of International Economic Law*, 22, 4, 2019, pp. 655-676; Y. YUAN, *Economic security considerations in FDI screening*, cit.

21 Tra le maggiori economie OCSE, hanno adottato simili normative anche Giappone e Corea del Sud, insieme alla Cina (Commissione europea, *White Book on Outbound Investments*, 24 gennaio 2024, Bruxelles, COM(2024) 24 final, p. 4).

22 Per una analisi di questa proposta, si vedano N. ZAMANI, *A Legal Comparative Approach towards the Screening of Outbound FDI*, in *Erasmus Law Review*, 4, 2022, pp. 299-310 e J. FLETCHER, *Nächste Zündstufe Im Ausseiwirtschaftsrecht? Der Fall Der Outbound Investitionskontrolle*, in *Die Verwaltung*, 56, 2023, 103-136.

23 Traduzione nostra; White House, *National Security Strategy*, 12 ottobre 2022, cit.

zione di un sistema di controllo²⁴. L'ordine esecutivo investe il Dipartimento del Tesoro, in concerto con altri dipartimenti e uffici, dell'adozione di atti esecutivi e integrativi. Quest'ultimo il 14 agosto 2023 ha adottato una proposta di regolamentazione oggetto di consultazione pubblica (Advance notice of proposed rulemaking, ANPRM). Inoltre, ci sono ancora recenti tentativi del legislatore statunitense, sia alla Camera che al Senato, di portare avanti un testo rivisto del NCDDA, anche con la denominazione di Outbound Investment Transparency Act (OITA) of 2023²⁵. Sicché, anche negli USA la disciplina resta un cantiere aperto. Cionondimeno, l'ordine esecutivo, per quanto di stretto ambito di applicazione (definito da molti "chirurgico")²⁶, offre già importanti elementi di analisi.

Innanzitutto, l'ordine esecutivo richiama il rischio che gli investimenti esteri aiutino determinati Paesi a sviluppare in settori sensibili capacità tecnologica, che, anche in ragione dell'eliminazione di barriere tra settori civili e militari, aumenta significativamente la loro capacità di condurre attività che minacciano la sicurezza nazionale degli Stati Uniti²⁷. L'obiettivo è quindi quello di evitare che gli investimenti comportino benefici intangibili, quali un migliorato *standing*, visibilità, possibilità di accesso ad assistenza, risorse umane, mercato e investimenti²⁸. Sicché, la ratio non è (solo) quella di evitare fughe di tecnologie, ma di ostacolare lo sviluppo tecnologico di "paesi preoccupanti", nella prospettiva già illustrata della Geopolitica della competizione.

I Paesi a cui si rivolge l'ordine esecutivo sono i "paesi preoccupanti" (*countries of concern*), definiti come i Paesi impegnati in una strategia globale e a

24 Exec. Order 14,105, Secs. 1(a), 9(c), 88 Fed. Reg. 54,867, 9 agosto 2023, "*Executive Order on Addressing United States Investments in Certain National Security Technologies and Products in Countries of Concern*".

25 Il testo è pubblicato sul sito del Congresso, <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/2678/text?s=1&r=9>, a cui si è fatto accesso il 18 febbraio 2024.

26 Si veda, tra i molti, E. BENSON, *The United States Prepares to Screen Outbound Investment*, in www.csis.org, 27 aprile 2023.

27 Ordine esecutivo, premessa.

28 Ordine esecutivo, premessa: "*enhanced standing and prominence, managerial assistance, investment and talent networks, market access, and enhanced access to additional financing*".

lungo termine che dirige, facilita o sostiene in altro modo l'avanzamento di tecnologie e prodotti sensibili che sono fondamentali per le capacità militari, di intelligence, di sorveglianza o informatiche di tale Paese per contrastare le capacità degli Stati Uniti in modo da minacciare la sicurezza nazionale degli Stati Uniti²⁹.

Nonostante questo ampio obiettivo geopolitico, si è detto che i poteri sono stati definiti chirurgici, nel senso che l'ambito di applicazione merceologico è limitato a quelle tecnologie che hanno una connessione più intensa con la sicurezza nazionale. Si tratta della dottrina della “*small yard, high fence*”, a sensi del quale viene assicurata la massima protezione ad un minimo nucleo di prodotti, tecnologie e attività³⁰. In particolare, i “*covered national and security technologies*” devono essere individuati dalla normativa secondaria nell'ambito dei settori dei semiconduttori, microelettronica, tecnologie quantistiche dell'informazione e intelligenza artificiale, che siano critici per la capacità militare, di intelligence, di sorveglianza e *cyber-enabled* dei “Paesi preoccupanti”³¹. A differenza di quanto disposto nella normativa europea e italiana sugli investimenti esteri diretti³², sembra quindi che la “criticità” della tecnologia non definisca necessariamente il rapporto tra questi e l'economia e società nazionale (prospettiva della protezione), ma tra il prodotto o attività e le capacità dello Stato estero, in coerenza con il citato approccio della Geopolitica della competizione.

29 Ordine esecutivo, sez. 9(a). La formula italiana qui utilizzata si basa sulla traduzione della corrispettiva formula “*destinations of concern*” usata dalla Commissione europea nella versione italiana della Strategia Europea per la Sicurezza Economica, che identifica le “destinazioni preoccupanti” come quelle “che attuano strategie di fusione militare-civile”.

30 La formula si deve al consigliere per la sicurezza nazionale Jake Sullivan, e che costituisce l'approccio dell'amministrazione Biden nel bilanciamento tra tutela della sicurezza e apertura al commercio nei rapporti soprattutto con la Cina. The White House, *Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan on the Biden-Harris Administration's National Security Strategy*, 12 ottobre 2022, in [www.whitehouse.gov](https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/10/13/remarks-by-national-security-advisor-jake-sullivan-on-the-biden-harris-administrations-national-security-strategy/), reperibile al link <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/10/13/remarks-by-national-security-advisor-jake-sullivan-on-the-biden-harris-administrations-national-security-strategy/>.

31 Ordine esecutivo, sez. 9(c).

32 Quanto alla normativa italiana, si veda l'art. 2 del DPCM n. 179/2020. Questa formula riprende la definizione di infrastrutture critiche di cui all'art. 2 della Direttiva del Consiglio 2008/114/CE, 8 dicembre 2008, relativa all'individuazione e alla designazione delle infrastrutture critiche europee e alla valutazione della necessità di migliorarne la protezione.

Il meccanismo configurato dall'Ordine esecutivo si basa sul c.d. *list approach*, sicché l'applicazione della disciplina dipende dal Paese di destinazione. Allegato all'Ordine esecutivo sono pertanto indicati i “paesi preoccupanti” che saranno interessati dallo screening, fermo restando che anche questo allegato può essere ampliato con gli atti delegati³³. Ad oggi, l'unico Paese incluso in questa *black list* è la Repubblica Popolare Cinese, con le amministrazioni di Macao e Hong Kong³⁴.

Non sono però oggetto dell'Ordine esecutivo solo gli investimenti diretti in Cina (o altri “paesi preoccupanti” che siano eventualmente aggiunti alla lista), ma tutti quelli che “coinvolgono” un soggetto cinese, e cioè un individuo che sia cittadino o residente in Cina, o una persona giuridica costituita o con centro dell'attività principale in Cina, persone controllate dai soggetti citati, nonché il Governo cinese e qualsiasi suddivisione politica, partito, agenzia o ente strumentale, e ogni soggetto di proprietà di, controllato o diretto da, o che agisce per conto del governo³⁵.

Sarà il regolamento del Segretario del Tesoro a chiarire cosa si intenda per “coinvolgimento”, così come, più in generale, a dettagliare le operazioni rilevanti per la disciplina, nell'ambito delle categorie definite dall'Ordine esecutivo, e cioè (a) le operazioni soggette a notifica, e (b) le operazioni vietate³⁶. L'obbligo di notifica grava sui soggetti statunitensi, intesi come cittadini, individui legittimamente residenti, persone giuridiche costituite negli USA, inclusi i rami costituiti all'estero, e ogni persona negli USA³⁷. L'Ordine esecutivo conferisce anche al Segretario del Tesoro di ampliare le fattispecie di notifica, sotto due aspetti. In primo luogo, il Segretario del Tesoro potrà anche allargare le gli obblighi di notifiche e il divieto alle operazioni realizzate da società estere controllate da un soggetto statunitense³⁸. In secondo luogo, potrà proibire ad un

33 Ordine esecutivo, sez. 9(a).

34 Allegato all'Ordine esecutivo.

35 Ordine esecutivo, sez. 1(a), 9(b) e 9(e).

36 Ordine esecutivo, sez. 1(a), (b) e (c).

37 Ordine esecutivo, sez. 9(h).

38 Ordine esecutivo, sez. 9(d).

soggetto statunitense di dirigere consapevolmente operazioni che sarebbero vietate se realizzate da un soggetto statunitense.

L'ANPRM del Dipartimento del Tesoro include alcune fattispecie di notifica. Non si richiama espressamente il concetto di investimento estero “diretto” (come nel caso del Libro Bianco; cfr. *infra*), ma si richiede che l'operazione determini un collegamento più o meno stabile con la società o attivo oggetto dell'investimento, in quanto “*la ratio di questo approccio è che è più probabile che le operazioni sopra una certa soglia comportino il conferimento di benefici intangibili come quelli solitamente associati a più grandi investitori istituzionali, inclusi lo standing e visibilità, assistenza gestionale, e migliorato accesso a finanziamenti aggiuntivi*”³⁹.

La competenza al monitoraggio degli investimenti, sia nella forma del controllo delle notifiche ricevute che nella verifica di eventuali inadempimenti, è assegnata allo stesso Dipartimento del Tesoro⁴⁰.

Questo modello di monitoraggio attraverso la notifica o il divieto *ex lege* costituisce già una rilevante differenza rispetto al sistema del controllo degli investimenti in entrata, che, negli USA, non si basa esclusivamente sulla notifica dell'investitore o società oggetto dell'investimento, ma prevede un ampio un potere officioso e la conseguente possibilità di inviare una notifica volontaria⁴¹.

L'Ordine esecutivo, così illustrato, riprende elementi che già erano inclusi nel NCDDA, che però, nella stessa prospettiva del contrasto allo sviluppo tecnologico dei paesi concorrenti, aveva un ambito di applicazione più ampio. Come anticipato, lo stesso approccio era incluso nella Strategia Europea⁴². Il Libro Bianco richiama, invece, solo il rischio di fuga di tecnologie e *know-how*,

39 ANPRM, lett. e), che richiama così l'approccio indicato nella premessa dell'Ordine esecutivo.

40 Ordine esecutivo, sez. 1(b) e 2(f). Il Dipartimento del Tesoro presiede anche il CFIUS, che è un comitato interdipartimentale competente per il monitoraggio degli investimenti in entrata.

41 *Ex multis*, si veda A. GUACCERO, *Compliance e tutela degli investimenti esteri diretti. Spunti di comparazione tra Stati Uniti ed Europa*, in G. NAPOLITANO, *Foreign Direct Investment Screening – Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, Il Mulino, 2019, 145.

42 Commissione europea, Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio Sulla “*Strategia Europea per la Sicurezza Economica*”, Bruxelles, 20.6.2023, JOIN(2023) 20 final, par. 3.2.

senza invece indicare elementi collegati alla supremazia tecnologica, né alla autonomia economica⁴³. Questa diversa prospettiva può essere spiegata alla luce delle caratteristiche del Libro Bianco, che non costituisce solo una prima bozza di disciplina del controllo degli investimenti in uscita, ma un punto di partenza per un confronto con gli Stati Membri e la società civile sulla necessità e caratteristiche che la disciplina potrà assumere⁴⁴.

Il Libro Bianco prende le mosse dalla considerazione non solo dell'assenza di monitoraggi degli investimenti in uscita da parte degli Stati Membri per finalità securitarie, ma anche, più radicalmente, di una carenza informativa su questi flussi. Inoltre, l'intervento regolamentare è delicato in ragione del bilanciamento tra interessi geopolitici e possibili impatti economici, nonché dell'esigenza che l'intervento sia effettivo, proporzionato, mirato e possa essere adeguatamente applicato dalle autorità pubbliche. Sicché, prima di valutare un intervento rispetto a questo fenomeno (anche nella forma della revisione di strumenti esistenti; si veda *infra*), occorre avviare un processo di raccolta informativa, valutazione e confronto, per pervenire infine ad una prospettiva condivisa⁴⁵.

In particolare, viene fissata una scansione temporale che vede i seguenti passaggi: (a) da gennaio 2024 ad aprile 2024, una consultazione pubblica sul contenuto del Libro Bianco; (b) nell'estate del 2024, valutazione dei risultati della consultazione e adozione di Raccomandazioni della Commissione agli Stati Membri con cui lanciare il proposto monitoraggio degli investimenti in

43 Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 1, secondo cui la Strategia Europea per la Sicurezza Economica “*refers to the risks of technology and know-how leakage as a result of outbound investments (i.e., investments made by EU companies in third countries) in a narrow set of advanced technologies that could enhance military and intelligence capacities of actors who may use these capabilities to threaten international peace and security*”.

44 Il Libro Bianco sugli IU si pone a valle di un lavoro preliminare svolto dall'*Expert Group on Outbound Investment*, costituito presso la Commissione, avente lo scopo di raccogliere informazioni e prassi su questa disciplina.

45 Il Libro Bianco sugli IU elenca le informazioni da raccogliere, tra cui i dati identificativi e dell'attività delle parti, il tipo e valore delle operazioni, i singoli individui coinvolti, i riferimenti temporali e le eventuali connesse operazioni precedenti, successive e future (par. 3.1 n. 6).

uscita; (c) nell'estate 2025, conclusione del monitoraggio e valutazione dei rischi che emergono dai risultati informativi; (d) nell'autunno 2025, valutazione della Commissione sul contenuto di eventuali misure in questo settore⁴⁶.

Il Libro Bianco fornisce quindi indicazioni sul contenuto del monitoraggio che gli Stati Membri sarebbero chiamati a porre in essere, sia per quanto riguarda la tipologia di operazioni da monitorare e l'ambito merceologico rilevante, che le informazioni da raccogliere⁴⁷.

Nonostante si tratti ancora di un semplice processo di raccolta informativa, la struttura del monitoraggio fornita nel libro bianco può, da una parte, anticipare il modello di controllo degli investimenti esteri oggetto di valutazione da parte delle istituzioni europee nonché essere posto alla base di un eventuale sistema nazionale (si veda *infra*, capitolo 6); dall'altra, chiarire la differenza di prospettiva rispetto la modello statunitense.

Per quanto riguarda gli investimenti da monitorare, il riferimento sembra innanzitutto agli Investimenti Diretti Esteri (IDE)⁴⁸. Sono infatti esclusi gli investimenti di portfolio, in coerenza con quanto viene previsto per gli investimenti in entrata (reg. UE n. 452/2019). Più che una questione di competenza europea, questa limitazione sembra dovuta al principio di proporzionalità e alla *ratio* del meccanismo, avendo gli investimenti di portfolio mero carattere finanziario⁴⁹.

Quanto al profilo soggettivo, il monitoraggio riguarda gli investimenti effettuati da persone fisiche o giuridiche residenti o stabilite nell'UE, ivi inclusi

46 Commissione, *White Book on Outbound Investments*, *cit.*, pp. 13 e 14.

47 Resta fermo che, come anticipato, questi elementi sono oggetto di consultazione in scadenza ad aprile.

48 Il reg. n. 452/2019 definisce gli IDE in entrata, in linea con la definizione fornita dall'OCSE (*OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment 2008: Fourth Edition*, OECD Publishing, Parigi, p. 17). Quest'ultima definisce più in generale gli IDE come una categoria di investimenti transfrontalieri effettuati da un residente in un'economia con l'obiettivo di stabilire un interesse duraturo in un'altra economia diversa da quella di un'impresa residente in un'economia diversa da quella dell'investitore diretto. L'interesse duraturo non richiede il controllo, ma emerge anche laddove l'acquirente detenga il 10% della società oggetto dell'investimento.

49 In questo senso, N. ZAMANI, *A Legal Comparative Approach towards the Screening of Outbound FDI*, *Erasmus Law Review*, 4, 2022, 299-310.

investimenti effettuati tramite una società estera (controllata o *joint venture*). Rispetto all'Ordine esecutivo, le controllate estere vengono equiparate alla società europea controllante. Però, non sembra esserci un interesse a monitorare anche il ruolo di cittadini europei nell'ambito di operazioni. Questa distinzione è dovuta alla citata diversa prospettiva delle due normative. Nell'ottica della protezione della tecnologia europea, l'attività direttiva di queste operazioni da parte di singoli soggetti è irrilevante.

Quanto alla tipologia di operazioni, il Libro Bianco distingue tra monitoraggio obbligatorio e opzionale. Nel primo rientrano le acquisizioni, fusioni, trasferimenti di singoli beni, *joint venture*, investimenti *greenfield*, e investimenti di *venture capital*. Sarebbe invece opzionale per gli Stati membri il monitoraggio delle cooperazioni tra enti nazionali ed esteri per la ricerca, nonché del trasferimento di personale altamente specializzato all'estero, come tecnici o dirigenti aventi esperienza nei settori rilevanti, per beneficiare del relativo *know how*⁵⁰. Non rilevano invece diverse operazioni, quali, ad esempio, meri finanziamenti (al netto di eventuali garanzie su azioni o altri aspetti che rendono l'operazione rilevante). Eppure, anche una operazione di questo tipo potrebbe determinare il rischio che lo sviluppo tecnologico di altri "attori" sia "alimentato dal capitale [...] delle nostre imprese", come denunciato dalla *Strategia Europea*⁵¹. Come anticipato, invece, la prospettiva del Libro Bianco è più ristretta, con un *focus* specifico sul rischio della fuga di tecnologie.

A quest'ultimo riguardo, però, occorre una considerazione aggiuntiva. Le operazioni indicate nel Libro Bianco si possono distinguere in trasferimento

50 Ai sensi del Libro Bianco sugli IU, per cooperazione "si intende la cooperazione tra un ente stabilita nell'UE e un ente stabilito in un Paese terzo relativa al trasferimento di beni materiali o immateriali nei quattro settori tecnologici critici [...] Questa potrebbe includere la cooperazione tra entità quali istituzioni di ricerca e accademiche, o tra queste istituzioni e entità del settore pubblico o privato. Questo monitoraggio facoltativo va visto alla luce degli sforzi esistenti o in corso degli Stati membri per sviluppare un approccio per rafforzare la sicurezza della ricerca, anche in linea con la proposta di raccomandazione del Consiglio sulla sicurezza della ricerca adottata dalla Commissione il 24 gennaio 2024" (Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.1 n. 2, traduzione nostra).

51 Commissione europea, Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio Sulla "Strategia Europea per la Sicurezza Economica", Bruxelles, 20.6.2023, JOIN(2023) 20 final, par. 3.2.

all'estero di tecnologia, da una parte, e operazioni societarie diverse, che non determinano tale effetto di per sé (ed altrimenti non sarebbe necessaria la loro elencazione) ma che comportano il rischio che, a seguito dell'operazione, si determini tale circostanza (ad es. investimento *greenfield*). A questo proposito, la Strategia Europea sottolinea la “*necessità di sottoporre non solo i beni esportati, ma anche determinati investimenti in uscita a controlli volti a contrastare il rischio di fuga di tecnologie e know-how nell'ambito di tali investimenti*”. In tal modo, da una parte si potrebbe sostenere che la tutela viene anticipata ad una fase precedente il trasferimento di tecnologia a maggiore protezione del rischio di fuga di tecnologie, data la delicatezza degli interessi tutelati. Tale anticipazione dovrebbe però essere valutata alla luce del principio di proporzionalità. Dall'altra parte, l'ampliamento dell'oggetto del controllo dalle tecnologie alle operazioni si spiega anche in ragione della finalità della autonomia economica. Gli investimenti all'estero, al netto di eventuali trasferimenti di *know how*, possono comportare il rischio di dipendenze, sviluppando all'estero le tecnologie necessarie al mercato europeo. Sicché, monitorare i meri investimenti non è solo una anticipazione del contrasto alla fuga di tecnologie, ma lo strumento proprio di tutela dell'autonomia economica.

Quanto al profilo merceologico, il Libro Bianco indica quale monitoraggio prioritario quello dei settori già individuati nella Raccomandazione (UE) 2023/2113 della Commissione, del 3 ottobre 2023, relativa ai settori tecnologici critici per la sicurezza economica dell'UE, e cioè ai “*quattro settori tecnologici che si ritiene abbiano un'elevata probabilità di presentare rischi più sensibili e immediati connessi alla sicurezza tecnologica e alla fuga di tecnologie*”⁵². Si tratta di semiconduttori avanzati, intelligenza artificiale, tecnologie quantistiche, e biotecnologie. Rispetto all'Ordine esecutivo, manca la microelettronica, mentre vengono aggiunte le biotecnologie, la cui assenza nell'Ordine esecutivo è stata oggetto di critiche⁵³.

52 Raccomandazione (UE) 2023/2113 della Commissione del 3 ottobre 2023 relativa ai settori tecnologici critici per la sicurezza economica dell'UE ai fini di un'ulteriore valutazione dei rischi con gli Stati membri, considerando n. 12.

53 J. KATZ COGAN, cit., p. 716.

Quanto al profilo geografico, il monitoraggio non si basa sul menzionato *list approach*. La Commissione, da una parte, suggerisce che gli Stati membri non dovrebbero escludere a priori specifiche destinazioni. Dall'altra, però, si consiglia di prioritizzare l'attività di monitoraggio sulla base delle loro valutazioni di rischio riguardo determinati Paesi⁵⁴.

Questo elemento costituisce la principale differenza, ad oggi, tra l'approccio europeo e quello USA. Nell'ambito della regolamentazione del commercio, non è estranea alla normativa europea una distinzione della disciplina applicabile in base al Paese coinvolto⁵⁵. Un'altra funzione economico-securitaria, e cioè la normativa sul *dual use*, dispone una certa differenziazione nella disciplina in concreto applicabile in base allo Stato che viene in rilievo. Cionondimeno, si tratta più che altro di autorizzazioni generali relative a certi paesi di destinazione degli *export*, e quindi a forme di semplificazione autorizzativa che possono includere o meno certi Paesi. Le funzioni-economico securitarie europee non sono espressamente dedicate a certi Paesi, come nel caso dell'Ordine esecutivo, ma, piuttosto, prevedono esclusioni o semplificazioni per un gruppo di Paesi considerati di minore pericolo, quali i Paesi membri dell'Unione Europea, o dello Spazio Economico Europeo, o della Nato, o ancora dell'OCSE⁵⁶. Da un punto di vista geopolitico, non è seriamente dubitabile che l'intera disciplina sul controllo degli investimenti diretti esteri sia nata in

54 Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., p. 8. La Commissione specifica che la valutazione del rischio dovrebbe considerare la condotta del Paese interessato, incluse le violazioni della Carta delle Nazioni Unite, con riguardo al rischio che le tecnologie o i prodotti vengano utilizzati in situazioni di guerra o di conflitto, per violazioni dei diritti umani o per consentire la proliferazione di armi di distruzione di massa, nel pieno rispetto degli obblighi e degli impegni assunti dagli Stati membri o dall'UE in quanto membri di accordi internazionali di non proliferazione e di regimi multilaterali di controllo delle esportazioni. Questi riferimenti sembrano richiamare le finalità proprie della normativa sui prodotti a duplice uso, sul cui rapporto con la disciplina degli investimenti in uscita si dirà infra, par. 5.

55 Sul paragone, anche *The New U.S. Outbound Investment Screening: A Model for the EU?*, in www.blomstein.com, disponibile al sito <https://www.blomstein.com/en/news/the-new-us-outbound-investment-screening-a-model-for-the-eu>.

56 OCSE, *Framework for Screening Foreign Direct Investment into the EU*, OECD Publishing, Parigi, 2022.

ragione di eventi geopolitici che hanno riguardato prima di tutto la Cina⁵⁷. Ciononostante, soprattutto nell'ambito del controllo degli IDE in entrata, l'Unione Europea ed i suoi Stati membri hanno preferito un approccio in apparenza neutro. Resta fermo che, concretamente, l'esercizio di ampie facoltà discrezionali nel valutare il singolo investimento da monitorare permette di orientare sostanzialmente i poteri verso determinati Paesi percepiti come concorrenti⁵⁸.

Alla luce delle caratteristiche dell'Ordine esecutivo e del Libro Bianco si può quindi spiegare poiché, pur partendo da premesse simili, i due modelli differiscano. Entrambi ricostruiscono i rischi derivanti dagli investimenti in uscita anche nel senso che gli stessi potrebbero portare allo sviluppo di Paesi concorrenti, o "preoccupanti", grazie a conoscenze e capitali dello Stato di provenienza degli investimenti. Cionondimeno, il Libro Bianco non include un espresso richiamo al tema della supremazia tecnologica e dell'autonomia economica, ma solo al rischio di fuga di tecnologie. Sembrerebbe quindi, *prime facie*, che la prospettiva di competizione geopolitica non rientri nel modello proposto dal Libro Bianco. In realtà, questo dato non sembra determinante.

Occorre infatti considerare la natura preliminare del Libro Bianco, che costituisce un documento di consultazione ed il quadro per un monitoraggio informativo. Come espressamente dichiarato nello stesso, lo scopo di questo processo è anche pervenire ad una valutazione, insieme agli Stati membri, dei rischi derivanti dagli investimenti in uscita. A questo proposito, viene citata l'esigenza di valutare la "*catena del valore e della catena di approvvigionamento della tecnologia coinvolta, dell'evoluzione dei rischi e degli sviluppi tecnologici rilevanti, nonché*

⁵⁷ *Ex multis*, A. ARESU, *Golden power e interesse nazionale. Tra geodiritto e geotecnologia*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica.

⁵⁸ Alla fine del 2023, su 10 esercizi del potere di veto e di opposizione all'acquisto, 6 hanno riguardato operazioni in cui erano coinvolte società riconducibili a soggetti cinesi. Delle restanti, due riguardavano soggetti russi, rispetto a cui la posizione dell'Unione Europea è ben più esplicita. In aggiunta alle sanzioni internazionali, con precipuo riguardo al controllo degli investimenti esteri, si veda la Comunicazione della Commissione, 6 aprile 2022, 2022/C 151 I/01, avente ad oggetto "Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni?".

dell'interconnettività globale dell'ecosistema della tecnologia critica interessata”⁵⁹. Sembra che tale formulazione possa richiamare l'attenzione sulla dimensione della autonomia economica, e quindi il rischio di dipendenze economiche nell'ambito della catena di approvvigionamento che esponga a potenziali tentativi di coercizione economica.

Il Libro Bianco sugli IU apre ad un confronto non solo in merito a se e come strutturare il controllo degli investimenti in uscita, ma anche a quelli finalità dovrebbe essere volto, sollecitando una discussione in merito a quali siano i possibili rischi per la sicurezza. Non può pertanto escludersi che la disciplina europea, alla luce dei dati fattuali raccolti in questo primo monitoraggio, possa prendere in considerazione anche la dimensione della supremazia tecnologica, nella prospettiva della geopolitica della competizione.

Tale approccio risulterebbe però problematico nel contesto configurato dal Libro Bianco e nel quadro generale in cui l'Unione Europea struttura il monitoraggio degli investimenti, in relazione alle categorie del potere autoritativo. Nel seguente paragrafo si analizzerà questo aspetto.

4. Il collegamento tra *list approach* e geopolitica della competizione nella decisione amministrativa

Nell'Ordine esecutivo, lo scopo che emerge è quello di contrastare investimenti che possano agevolare lo sviluppo di tecnologie critiche in Paesi “preoccupanti”. L'Ordine esecutivo indica quindi una lista di tali Paesi. Si è detto che né l'esperienza nazionale sul controllo degli IDE né la normativa europea sul controllo delle esportazioni sono espressamente indirizzate a determinati Paesi, al contrario dell'Ordine esecutivo. Considerando i precedenti, è improbabile che l'Unione Europea o gli Stati membri adottino il *list approach* per il controllo degli investimenti in uscita. Questa circostanza significa che non esiste una predeterminazione a livello politico dei Paesi “preoccupanti”. Per comprendere l'impatto di questa circostanza sulla configurazione del sistema di

⁵⁹ Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.2, traduzione nostra.

controllo degli investimenti in uscita, occorre considerare le caratteristiche della decisione amministrativa in materia di controllo degli IDE.

Si tratta di una decisione comunemente qualificata come di “alta amministrazione”⁶⁰. Questa categoria è invero molto dibattuta, ma ai fini del presente contributo è sufficiente rilevare che la stessa non costituirebbe un *tertium genus* tra atti amministrativi e atti politici, bensì qualificherebbe talune decisioni discrezionali attribuite ai vertici dell'amministrazione, rispetto a cui sembra meno stringente il vincolo relativo allo scopo da perseguire (proprio dell'atto amministrativo), e che quindi presentano un peculiare rapporto con la scelta politica posta a monte della stessa decisione amministrativa.

La categoria degli atti politici, invece, si caratterizza per l'insindacabilità disposta dall'art. 7 c.p.a. La categoria è invero di risalente teorizzazione ed oggetto di un ricco dibattito⁶¹. Ancora una volta, ci si dovrà limitare qui ad indicare gli elementi essenziali che siano utili al presente contributo. I confini di questa figura sono dibattuti e da tempo erosi dalla emersione della categoria dell'atto di alta amministrazione⁶². Sembra comunque possano rilevarsi due caratteristiche pacifiche. La prima è che una lettura dell'art. 7 citato conforme al diritto alla tutela giurisdizionale *ex* artt. 24 e 113 cost. e 6 CEDU impone di escludere che possa qualificarsi come atto pubblico un provvedimento idoneo

60 Sul tema, *ex multis*, P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in Enc. dir., vol. IV, Milano 1959, 220 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, in *Dir. pubbl.*, 2009; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello stato liberale*, Milano, Giuffrè, 1984; M. DOGLIANO, *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, pp. 244 ss.; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Torino, Jovene, 2009.

61 Per una attenta ricostruzione storica, G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *dir. amm.*, 2012, 3, 339-414.

62 G. TROPEA, *cit.*; Cfr. C. CUGURRA, *cit.* 174 ss.; C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 516 ss.; V. CERULLI IRELLI, *cit.*, 121; M.P. GENESIN, *cit.*, 95 ss.

a ledere situazioni soggettive⁶³. Il secondo è che alla valutazione politica siano da ricondurre le decisioni che attengono alle relazioni internazionali⁶⁴.

Da un lato, l'ampliamento della categoria dell'atto di alta amministrazione ha il merito di riaffermare la sindacabilità degli atti che, pur muovendo dall'ampia discrezionalità degli organi di vertice dell'amministrazione, pregiudicano situazioni giuridiche soggettive, erodendo così la casistica di decisioni ricondotte tradizionalmente all'atto politico. Dall'altro, non può astenersi dal notare che la valorizzazione di questa figura rischia di indebolire il confine tra politica e amministrazione. La funzione amministrativa è vincolata nei fini, a differenza del potere politico, ed è regolata dalla legge in ragione del principio di legalità. Il rischio è che l'espansione dell'atto di alta amministrazione legittimi decisioni amministrative che includano anche valutazioni politiche, sicché l'amministrazione decidente, nella stessa sede, definisce le finalità della propria funzione e la esercita con potere autoritativo. Si introducono così elementi politici solo formalmente sindacabili, e che invece pregiudicano di fatto la tutela.

Come anticipato, si discute della natura ampiamente discrezionale della decisione *golden power*, ma resta fuor di dubbio che si tratta di una decisione amministrativa e non politica. Né potrebbe essere altrimenti, dato che si tratta di un provvedimento ablativo, rispetto a cui trova applicazione la garanzia di tutela giurisdizionale⁶⁵. Lo Stato di provenienza dell'investitore e altri Stati con cui vi siano collegamenti significativi hanno un rilievo nella decisione, secondo i

63 G. TROPEA, *cit.*; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, p. 46 ss.; P. BARILE, *cit.*; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969, p. 74; P. ZICCHITTU, *Una "nuova stagione" per l'atto politico? Alcune riflessioni tra teoria e prassi costituzionale in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11, 2018, pp. 1-38. Corte di cassazione civile, sez. un., ord., 22 settembre 2023 n. 27177.

64 Consiglio di Stato sez. IV, 29 ottobre 2021, n. 7250; A. ROTTOLA, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari, Cacucci Editore, 2001. L. CONDORELLI, *Atti del Governo italiano in materia internazionale dinanzi al giudice interno*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2, 1976, pp. 178-200; G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000.

65 Lo stesso art. 3, co. 5, del Regolamento (UE) n. 452/2019 garantisce la tutela giudiziale. Il sistema di monitoraggio degli investimenti nell'unione Europea è in questo aspetto diverso dal sistema statunitense, che non prevede una sindacabilità della decisione con l'eccezione degli aspetti di *due process*.

criteri di cui agli artt. 1, co. 3 lett. a) e 3-bis lett. a), e 2, co. 6 lett. a) e 7 lett. a), del d.l. n. 21/2012, che delineano due diversi parametri: (i) la riconducibilità dell'investitore ad un Paese terzo rispetto all'Unione Europea, e (ii) i collegamenti con Paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia, non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, anche (ma non solo) tenendo conto delle posizioni ufficiali dell'Unione Europea⁶⁶. Questo secondo criterio apre ad una valutazione dell'autorità sulle caratteristiche del Paese terzo, ma fondate su elementi normativi e non politici⁶⁷. Lo stesso può, in altre parole, essere letto non nel senso di disporre una valutazione che attenga alle relazioni internazionali, ma una valutazione fondata su elementi propri del diritto costituzionale e internazionale⁶⁸.

66 Resta che gli artt. 1 co. 3 lett. a) e 2, co. 7, lett. b-bis), del d.l. 21/2012 fanno riferimento, in via residuale, ai pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza. Questo criterio può essere considerato come clausola residuale, che pone un problema di tassatività dei fattori di valutazione e quindi di compatibilità della disciplina con il principio di legalità. Sul rapporto tra *golden power* e principio di legalità, si vedano A. PACCIONE, *Il golden power e il principio di legalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2022, 656 ss.; A. GEMMI, *Il principio di legalità tra authorities e golden power: quale spazio per i poteri impliciti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2021, 388-393; ID., *Elements for a study of administrative discretion in FDI screening regulations: enforcing a threat-based model*, cit.

67 Nella prassi delle decisioni *golden power*, le decisioni non sono motivate rispetto al giudizio sul Paese di provenienza dell'investitore. Questa problematica si inserisce in una più generale inadeguata motivazione ai provvedimenti, sia di esercizio dei poteri che di non esercizio. I motivi sembrano essere vari. Tra questi, la mole di lavoro in capo agli uffici e la celerità di questo procedimento. Non si tratta però di elementi che giustificano questa prassi, considerando che l'obbligo di motivazione (art. 3 della l. n. 241/1990) non è derogato né derogabile dalla normativa, e la stessa, come noto, non costituisce solo elemento imprescindibile di tutela – anche in prospettiva giudiziale – del destinatario del potere (art. 25 Cost.) ma anche un criterio di logicità e razionalità dell'esercizio del potere, e quindi di buon andamento (art. 97 Cost.). La mancata motivazione in merito alle caratteristiche dell'investitore che rendono necessario l'esercizio del potere costituisce però una criticità strutturale della prassi. Il potere di esercizio deve avere come precipuo oggetto la specifica affidabilità dell'investitore, e non solo la rilevanza degli attivi acquisti. Si veda A. GEMMI, *Elements for a study of administrative discretion in FDI screening regulations: enforcing a threat-based model*, cit.

68 La natura giuridica dei parametri di valutazione è chiara nel riferimento ai “principi di democrazia” alle “norme del diritto internazionale”. Più problematico può essere il riferimento ai “comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale”. Una lettura della disposizione conforme alla distinzione tra politica e amministrazione impone di escludere che l'autorità amministrativa possa valutare la condotta di un Paese estero valutandola come adeguata ovvero pericolosa nei rapporti geopolitici internazionali. Occorre invece valorizzare il riferimento dello stesso art. 2, co. 7, lett. a), del d.l. n. 21/2012 alle posizioni ufficiali dell'Unione Europea. L'autorità amministrativa dovrà quindi fare riferimento alle posizioni ufficiali, assunte a livello politico, che determinano le relazioni internazionali anche qualificando la condotta dei

Le stesse caratteristiche può avere la valutazione degli investimenti in uscita per finalità di autonomia economica o fuga di tecnologie. In queste prospettive, la valutazione attiene ai rischi per la catena di approvvigionamento nell'economia italiana o europea, ovvero ai rischi che una tecnologia sia trasferita al o condivisa con l'estero. I rischi dipendono dalla strategicità di tale elemento (tecnologia e catena di approvvigionamento), e le caratteristiche dello Stato di destinazione sono un elemento che può attenuare o peggiorare il rischio. Ed allora, tale Paese può essere valutato secondo parametri prestabiliti, come nel caso della normativa *golden power*.

Il monitoraggio volto a perseguire la supremazia tecnologica, invece, ha ad oggetto l'apporto di capitali o altre utilità per lo sviluppo di tecnologie all'estero, sicché lo Stato di destinazione non è un elemento che influisca sulla valutazione del rischio, ma costituisce la causa del rischio. Potrebbero infatti non essere trasferite specifiche tecnologie. Non potendosi qualificare gli investimenti all'estero in un determinato settore come rischiosi a prescindere, il rischio deriva dal fatto che lo specifico Paese di destinazione è un "concorrente strategico". Nell'ambito del *list approach*, l'autorità amministrativa è chiamata a valutare, nel concreto, se e come lo specifico investimento avvantaggerebbe tale Paese nella ricerca tecnologica nel settore strategico. Ma, in assenza dell'indicazione, a monte della decisione amministrativa, di quali siano i Paesi "preoccupanti", la valutazione dell'autorità amministrativa dovrebbe avere anche ad oggetto un ulteriore profilo, che riguarda l'identificazione del Paese estero come concorrente strategico. Si tratta di una valutazione che sembra attenersi alla definizione delle relazioni internazionali, che, come già illustrato, costituisce pacificamente una valutazione di natura politica e, quindi, un atto politico. Come già rilevato con riguardo alle decisioni autorizzative delle esportazioni di beni a duplice uso, le determinazioni di politica estera alla base delle decisio-

Paesi terzi come a rischio nei confronti della comunità internazionale.

ni amministrative autorizzative dovrebbero essere elaborate in sede politica, e non di decisione amministrativa, che non può essere libera nei fini⁶⁹.

Sicché, non sembra percorribile una applicazione del modello statunitense senza una scelta, a livello politico, dei Paesi la cui ricerca tecnologica si intende ostacolare, che nell'Ordinanza esecutiva è disposta con apposito allegato.

Ferma questa valutazione, occorre però considerare che, mentre il modello statunitense di supremazia tecnologica è chiaramente improntato alla geopolitica della competizione, la strategia europea sembra indicare anche un altro modello di tutela. Il concetto di “Paese preoccupante” viene ripreso dalla Strategia Europea nella formula “destinazione preoccupante”, che però viene definita come destinazione “*che attu[a] strategie di fusione militare-civile*”. Tale formulazione viene utilizzata dalla strategia anche per trattare delle prospettive di ampliamento della disciplina del controllo sui prodotti a duplice uso, ed infatti la commistione militare e civile ne costituisce la caratteristica principale. Proprio questa normativa è poi ampiamente richiamata dal Libro Bianco sugli IU e, più della disciplina sugli investimenti in entrata, sembra costituire lo strumento da ampliare per garantire le esigenze segnalate in materia di investimenti in uscita oppure a coordinare con una nuova disciplina⁷⁰. Nel seguente paragrafo si esaminerà quindi il rapporto tra monitoraggio degli investimenti e di movimentazioni di prodotti c.d. *dual use*.

69 In materia di *dual use*, si veda M. LO GULLO, *Politica commerciale comune, controlli all'esportazione e sistemi nazionali*, cit., p. 72: “[...] non dovrebbe essere di competenza di organi amministrativi (e non politici) di uno Stato membro dichiarare un paese terzo come ordinamento in cui sia possibile l'impiego di materiali strategici per attività repressive, in assenza di interventi, in tal senso, di organi di potere politico”. Si sottolinea però che nell'ambito della disciplina dei prodotti a duplice uso il tema presenta un profilo ulteriore, poché la decisione è adottata dall'UAMA, e cioè un organo amministrativo del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale. La decisione di esercizio dei poteri di *golden power* è adottata dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro e istruttoria del Gruppo di coordinamento. È anche possibile, però, che la decisione di non esercizio sia adottata direttamente dal gruppo di coordinamento, laddove siano manifestamente insussistenti i requisiti per l'esercizio dei poteri (artt. 6 e 7 del DPCM 1° agosto 2022, n. 133).

70 Commissione europea, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.5.

5. Il rapporto con altre funzioni economico-securitarie: alternative e modelli

Il Libro Bianco sugli IU indica che, prioritariamente all'adozione di nuove misure, occorre valutare se i rischi evidenziati dal documento o dal monitoraggio conoscitivo con lo stesso avviato possano essere adeguatamente affrontati utilizzando e/o riformando gli strumenti già a disposizione, da individuarsi principalmente in due discipline. La prima è il controllo degli IDE in entrata, disposta con il reg. (UE) n. 452/2019 a livello europeo e con specifiche ed eterogenee misure nazionali (in Italia, dalla già citata *golden power*). La seconda è la disciplina sui controlli in merito alla movimentazione di prodotti a duplice uso, e cioè quei prodotti, inclusi il software e le tecnologie, che possono avere un utilizzo sia civile sia militare. La normativa è disposta a livello europeo dal reg. (UE) n. 821/2019, integrato a livello nazionale dal d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 221.

Occorre allora verificare se e come queste normative possano concorrere alle specifiche finalità del controllo degli investimenti in uscita enunciate al par. 2, e quindi la fuga di tecnologie, l'autonomia economica, quale resilienza delle catene di approvvigionamento e la protezione dalle dipendenze economiche, e la supremazia strategica, nel senso già illustrato di supporto con investimenti o risorse essenziali della ricerca tecnologica estera. Da questo confronto potrà anche evincersi quale sia lo spazio e l'effettiva necessità di un'autonoma disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, nonché le modalità per la sua implementazione sulla base dei "precedenti" costituiti da *dual use* e controllo degli IDE in entrata.

L'analisi può essere strutturata sulla base della triplice finalità della disciplina sugli investimenti in uscita. Si è detto che il Libro Bianco pone a base della disciplina l'esigenza di contrastare la fuga di tecnologie, e cioè il rischio che tecnologie critiche siano trasferite o condivise con Paesi terzi, pregiudicando la sovranità tecnologica. Risulta immediato rilevare un rischio di sovrapposizione con le normative che riguardano il controllo delle esportazioni.

Ai sensi del reg. (UE) n. 821/2021, l'autorizzazione all'esportazione o trasferimento intracomunitario di prodotti, fra cui le tecnologie, viene concessa sulla base anche delle “*considerazioni di politica estera e di sicurezza nazionale*”⁷¹. La vaghezza del concetto di sicurezza nazionale consente di utilizzare le funzioni economico-securitarie con una certa elasticità, perseguendo quegli interessi che vengono avvertiti come prioritari. Se la autonomia tecnologica è considerato un obiettivo securitario, allora la disciplina *dual use* sembra poterlo perseguire. Occorre però tener conto delle rispettive peculiarità.

Innanzitutto, affinché vi sia una sovrapposizione col sistema autorizzatorio previsto dalle relative discipline è necessario che le tecnologie critiche appartenenti ai quattro settori individuati dal Libro Bianco sugli IU siano anche qualificabili come prodotti a duplice uso. E le tecnologie *dual use* sembrano oggetto di particolare attenzione nell'ambito della politica volta alla sicurezza tecnologica. La Strategia Europea sulla Sicurezza Economica, trattando degli investimenti in uscita, si riferisce a “*tecnologie emergenti sensibili, nonché di altri prodotti a duplice uso*”. Ciononostante, non sembra vi siano preclusioni derivanti dai vincoli europei o costituzionali ad instaurare un sistema di monitoraggio anche per tecnologie non *dual use*, ma il cui trasferimento o condivisione può comunque comportare un pregiudizio agli interessi fondamentali nazionali od europeo, e quindi alla sicurezza nazionale o europea. Il concetto di “sicurezza nazionale”, così come le analoghe formule di “pubblica sicurezza e ordine pubblico”, non richiedono affatto che vi sia un qualche profilo militare, che invece caratterizza il prodotto a duplice uso.

Inoltre, il controllo degli IDE non riguarda, per definizione, la cessione di un singolo attivo. Secondo la definizione del reg. (UE) n. 452/2019, l'IDE è un investimento “*di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso 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-*

⁷¹ In merito agli elementi della decisione autorizzatoria sulle licenze per prodotti a duplice uso, si veda la lucida analisi di M. LO GULLO, *cit.*

bro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica”⁷². L'investimento diretto è un investimento con cui un soggetto instaura un legame durevole con una attività economica, nel territorio (estero o europeo a seconda che si tratti di investimenti in uscita o in entrata). Il trasferimento di un attivo, tangibile o meno, non sembra di per sé un investimento diretto, né in entrata né in uscita, se non accompagnato da ulteriori elementi che qualificano il rapporto stabile con l'attività economica esercitata (quale il riferimento, incluso nel Libro Bianco sugli IU, alla necessità di tale trasferimento “per l'avvio o il mantenimento di un'attività economica”)⁷³. Di conseguenza, l'acquisto di una tecnologia critica di per sé potrebbe non rientrare nel reg. (UE) n. 452/2019.

In questo senso il Libro Bianco sugli IU, che riguarda comunque investimenti diretti, non include ogni acquisto di attivo intangibile, ma quelli che siano “necessari per l'avvio o il mantenimento di un'attività economica”. In assenza, la cessione di un bene può rientrare nella disciplina sulle esportazioni. Sembra che sia questa la prospettiva con cui il Libro Bianco sul controllo delle esportazioni, pubblicato insieme al Libro Bianco sugli IU, propone di introdurre maggiore flessibilità nella modifica dell'Allegato A al reg. UE 821/2021, per conferire alla Commissione la competenza ad aggiornarlo senza che a tale fine sia necessario recepire una specifica convenzione internazionale⁷⁴. Occorre allora interrogarsi fino a dove la disciplina sui prodotti a duplice uso possa concorrere alla sicurezza tecnologica. Si è detto che le esigenze securitarie non si esauriscono nei rilievi militari, estendendosi invece, come si vedrà meglio *infra*, ad ogni interesse essenziale dello Stato. Perciò, è possibile ipotizzare la sussistenza di tecnologie che non abbiano un possibile utilizzo militare, e quindi non siano qualificabili come beni a duplice uso, ma che abbiano cionondimeno una rilevanza per la sicurezza nazionale in ragione della criticità per quelle attività economiche che

⁷² Art. 2, n. 1, del reg. (UE) n. 452/2019.

⁷³ Commissione europea, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.1.

⁷⁴ Commissione europea, *White Book on Export Controls*, 24 gennaio 2024, Bruxelles, COM(2024) 25 final, p. 12.

possono impattare sugli interessi essenziali. L'esportazione di tale tecnologia senza che vi sia una connessione con l'esercizio di una attività economica all'estero resterebbe quindi estranea sia ad un sistema di monitoraggio degli investimenti in uscita che al controllo dei beni *dual use*. Senonché, tale lacuna sembra solo ipotetica.

In concreto, includere o meno un bene o tecnologia nell'Allegato A del reg. (UE) n. 821/2021 sembra dipendere da una scelta meramente politica, e legittima fintanto che l'inclusione sia coerente con l'obiettivo della normativa, che include anche la sicurezza nazionale⁷⁵. Gli stessi Stati membri possono autonomamente ampliare l'ambito di applicazione della normativa laddove richiesto da ragioni di sicurezza pubblica, secondo la competenza esclusiva attribuitagli dall'art. 36 TFEU e come riconosciuto dallo stesso art. 9 del reg. (UE) 821/2021.

Inoltre, e soprattutto, a tale lacuna possono e hanno rimediato gli Stati membri attraverso le normative che regolamentano funzioni economico-securitarie. Si è detto che il reg. (UE) n. 452/2019 non include anche il mero trasferimento di attivo o tecnologia all'estero. Ciononostante, l'Italia ha adottato normative economico-securitarie che non sono collegate alla definizione di IDE. Ed infatti, la disciplina c.d. *golden power* non è solo una normativa sul controllo degli investimenti esteri diretti, ma una più generale regolamentazione delle vicende economiche e societarie che possono pregiudicare gli interessi essenziali dello Stato. In aggiunta alle acquisizioni del controllo di una impresa, di una certa soglia di partecipazioni al capitale o di diritti di voto, o di investimenti *greenfield* (artt. 1, co. 5 e 8 *bis*, e 2, co. 5 e 7 *bis*, del d.l. n. 21/2012), sono oggetto di notifica anche mutamenti di controllo, proprietà o disponibilità di attivi strategici, nonché altre vicende societarie come la modifica dell'oggetto sociale o lo spostamento all'estero della sede sociale (art. 1, co. 4, e 2, co. 2 e 2 *bis* del d.l. n.

⁷⁵ Art. 15, del reg. (UE) n. 821/2021.

21/2012), e finanche la stipula di determinati contratti commerciali (art. 1 bis del d.l. n. 21/2012).

Quanto al trasferimento di tecnologie, risulta allora già una possibile interferenza tra disciplina sui prodotti a duplice uso e la normativa *golden power*. La prima pone particolare attenzione alle tecnologie, che sono disciplinate sia in quanto autonomi prodotti a duplice uso (si pensi alle tecnologie relative ai motori, propulsori e altri componenti aeronautici, menzionati dall'Allegato I al reg. (UE) n. 821/2021) che come assistenza tecnica riferita a prodotti a duplice uso⁷⁶. Il reg. (UE) n. 821/2021 fornisce inoltre una definizione di “tecnologia”, che si distingue in “dati tecnici”, quali manuali, copie cianografiche, modelli, ma anche “assistenza tecnica”, che include “trasferimento di specializzazioni, “addestramento, “organizzazione del lavoro” e “servizi di consulenza”⁷⁷. Sembra quindi che la definizione sia abbastanza ampia da ricomprendere la fattispecie di mobilità o trasferimento di personale altamente specializzato all'estero, per beneficiare del relativo *know how*, di cui al Libro Bianco sugli IU⁷⁸.

Il trasferimento all'estero di tecnologie può anche essere soggetto alla disciplina *golden power*. Tra gli attivi strategici elencati dai DPCM n. 108/2014 e n. 179/2020 vi sono anche tecnologie critiche. Ad esempio, le citate tecnologie relative ai motori, propulsori e altri componenti aeronautici possono anche essere soggette a *golden power* ai sensi del generico riferimento dell'art. 10 del DPCM 179/2020 a “tecnologie e le infrastrutture critiche funzionali alla progettazione, allo sviluppo, alla realizzazione e alla fornitura di prodotti e servizi spaziali e aerospaziali e delle correlate soluzioni applicative”. Né il d.l. n. 21/2012 né i decreti attuativi includono una definizione di tecnologia o di trasferimento della disponibilità della stessa, in linea con una generale carenza di specificità della normativa, in rapporto

⁷⁶ Art. 8 del reg. (UE) n. 821/2019. Ai sensi del relativo comma 4, uno Stato membro può estendere l'applicazione del paragrafo 1 ai prodotti a duplice uso non compresi negli elenchi.

⁷⁷ Glossario dell'Allegato I al reg. (UE) n. 821/2021. Vedasi anche art. 2, n. 9), dello stesso reg. Si veda anche la raccomandazione (UE) 2021/1700 della Commissione del 15 settembre 2021 sui programmi interni di conformità relativi ai controlli della ricerca riguardante prodotti a duplice uso, par. 2.3.4.

⁷⁸ Commissione, *White Book on Outbound Investments*, cit., par. 3.1 n. 2, traduzione nostra.

problematico con il principio di legalità e tassatività delle fattispecie sanzionatorie. In difetto, può ipotizzarsi di farsi riferimento alle definizioni del reg. (UE) n. 821/2021 in quanto analogo presidio securitario. Si noti che una sovrapposizione degli ambiti di applicazione si avrebbe anche laddove si limitasse la *golden power* al mero trasferimento di diritti di proprietà intellettuale. Questo intreccio di funzioni economico-securitarie ha alla base anche un rapporto problematico tra competenze europee e nazionali, come si vedrà *infra*.

Quanto all'obiettivo dell'autonomia economica, e cioè al contrasto alla creazione di dipendenze economiche, avendo a mente le fattispecie considerate dal Libro Bianco degli IU si possono considerare le seguenti diverse ipotesi concrete: (a) trasferimento all'estero di tecnologie critiche che sviluppino una attività economica rilevante per la catena di valore e di approvvigionamento, generando dipendenze economiche; (b) trasferimento all'estero di attività economiche senza tecnologie critiche (ad es. cessione di ramo d'azienda privo di tecnologie); o (c) investimenti per sviluppare all'estero una attività economica (ad es., investimento *greenfield*).

La prima ipotesi si rapporta alle esistenti funzioni economico-securitarie analogamente a quanto visto per l'obiettivo del contrasto alla fuga di tecnologie.

Quanto alla seconda ipotesi, viene ancora una volta in rilievo la disciplina *golden power*, che già impone la notifica di cessione di rami d'azienda o attivi strategici, per finalità di pubblica sicurezza, al di là della inclusione o meno di tecnologie critiche⁷⁹. Si noti che la sicurezza degli approvvigionamenti costituisce un obiettivo proprio di questa disciplina, e il contrasto alla creazione di dipendenze economiche può essere sussunta entro la finalità di garantire l'approvvigionamento. A prescindere da questa valutazione, resta che la *golden power* persegue, in via generale, ogni interesse di sicurezza pubblica. Sicché, già oggi la normativa *golden power* può essere utile a tutelare gli interessi nazionali ri-

⁷⁹ Art. 1, co. 1, lett. b), e 2, co. 2 e 2 *bis*, del d.l. n. 21/2012.

spetto alla creazione di dipendenze economiche, rilevando un collegamento tra questo fenomeno economico e la sicurezza nazionale.

La seconda ipotesi, e cioè la creazione all'estero di attività economiche in ragione del mero investimento e senza trasferimenti di attivi, non sembra invece oggetto di esistenti funzioni economico-securitarie. Stesso discorso deve essere fatto per la finalità della supremazia tecnologica, quale contrasto al rafforzamento della ricerca tecnologica di un Paese preoccupante. Questa finalità si caratterizza in ragione dei rischi che derivano dall'investimento, e si può concretizzare in un investimento senza trasferimento di attivi. Trovandoci nell'ambito della sicurezza economica, gli aspetti securitari potrebbero considerarsi inclusi negli obiettivi securitari tipici degli strumenti di controllo degli IDE in entrata. Però, questi hanno ad oggetto investimenti che vengono posti in essere nello Stato, e non all'estero. Da qui, l'esigenza di valutare l'adozione di una nuova normativa che abbia ad oggetto anche gli investimenti in uscita, che potrebbe avere una sua autonomia. Resta fermo quanto visto nel paragrafo precedente in merito alla difficoltà di perseguire la supremazia tecnologica senza una scelta politica a monte che identifichi i Paesi preoccupanti.

Da queste analisi discendono due ordini di conseguenze.

In primo luogo, si rileva un rischio di sovrapposizione tra un eventuale sistema di controllo degli investimenti in uscita di iniziativa europea e la normativa nazionale che già oggi dispone un controllo della cessione all'estero di attivi strategici, anche immateriali. La disciplina *golden power* può quindi tutelare esigenze securitarie collegate alle operazioni di cessione di tecnologie. Esiste inoltre già oggi una irrazionale sovrapposizione tra disciplina *golden power* e disciplina *dual use*, per quanto riguarda la cessione di tecnologie che siano sia strategiche che a duplice uso⁸⁰. Tale duplicazione dei controlli securitari non sem-

⁸⁰ Ai sensi degli artt.4 del DPCM n. 180/2020 e 14 del DPCM n. 179/2020, i poteri speciali possono essere esercitati laddove le stesse esigenze non siano soddisfatte da regolamentazioni di settore, ma non esenta dall'obbligo di notifica operazioni già oggetto di altro scrutinio. Questa norma, dovuta al principio di proporzionalità, non sembra comunque idonea a legittimare una duplicazione di funzioni economico-securitarie. Già la mera sottoposizione a notifica, per pacifica giurisprudenza della CGUE, costituisce una restrizione rilevante. Inoltre, la stessa

bra conforme al principio di proporzionalità, che impone la necessità della misura. È evidente che, se un'operazione è soggetta a due diverse normative che perseguono lo stesso scopo – la sicurezza nazionale, una delle due non può dirsi necessaria. Nel caso di specie, la disciplina sui prodotti a duplice uso persegue anche ulteriori finalità, quali il contrasto alla proliferazione, che potrebbero giustificare la necessità di una autorizzazione nonostante la notifica *golden power*⁸¹. Ma, in questo quadro, ci si potrebbe chiedere come mai la *golden power* dovrebbe trovare applicazione, già tutelando la disciplina sui prodotti a duplice uso la sicurezza nazionale, che comprende anche la garanzia degli approvvigionamenti, tutela delle reti e le altre finalità indicate dal d.l. n. 21/2012⁸².

In secondo luogo, resta che, in assenza del trasferimento di un attivo o attività critica, non sembra agevole ipotizzare che un investimento, di per sé solo, sia tale da determinare un rischio serio ed effettivo per gli interessi fondamentali della comunità. Non sembra infatti agevole prospettare un singolo investimento che possa essere idoneo a creare una rilevante dipendenza economica per lo Stato di investimento, o di agevolare le capacità tecnologica dello Stato di destinazione. Sembra allora difficile ipotizzare che un mero investimento all'estero possa determinare, in assenza di un attuale cessione di attivi o attività strategiche un rischio abbastanza serio da soddisfare il principio di proporzionalità. Nel caso di iniziative nazionali, inoltre, occorre considerare i requisiti di effettività e gravità del rischio, più volte sottolineati dalla Corte di Giustizia, alla base delle eccezioni securitarie alle libertà economiche del merca-

norma non è disposta dal DPCM n. 108/2014 con riferimento al settore della difesa e pubblica sicurezza.

81 Art. 15 del reg. (UE) n. 821/2012.

82 Laddove le altre finalità indicate da d.l. n. 21/2012 non siano da considerarsi ricomprese nella sicurezza nazionale, e quindi negli interessi essenziali nazionali, il d.l. n. 21/2012 non potrebbe trovare fondamento nell'art. 65 TFUE.

to unico⁸³. Questo tema si collega all'indagine sulla prospettiva di una possibile iniziativa nazionale, di cui si tratterà nel seguente paragrafo.

6. Il rischio di un nuovo ornitorinco

Si è visto che il rapporto con la disciplina sui prodotti a duplice uso e con la *golden power* permette di indagare l'ambito di autonomia che una disciplina sul controllo degli investimenti in uscita può avere. Lo stesso confronto permette di verificare la possibilità di una iniziativa nazionale nelle more del procedimento avviato con il Libro Bianco sugli IU.

Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea dispone infatti la possibilità per gli Stati membri di introdurre misure che ostacolino la libera circolazione di merci (artt. 36 TFEU), libera circolazione dei lavoratori (artt. 45 TFEU) libertà di stabilimento (artt. 52 TFEU) e libera circolazione dei capitali (artt. 65 TFEU), sulla base di esigenze legate a “ordine pubblico e sicurezza pubblica”⁸⁴. La formula utilizzata è considerata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) un'endiadi, costituita a sua volta da due ordini di requisiti: la sussistenza di una minaccia “effettiva e sufficientemente grave” ad un “interesse fondamentale della società”⁸⁵.

83 Si veda, *ex multis*, CGUE, sentenza del 13 luglio 2023, Xella Magyarország Építőanyagipari, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568, punto 66: “[...] L'ordine pubblico e la pubblica sicurezza possono essere quindi invocati solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Tali motivi non possono essere inoltre distolti dalla loro propria funzione per essere utilizzati, in realtà, a fini puramente economici (v., in tal senso, sentenza del 14 marzo 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124, punto 17 e giurisprudenza citata)”.

84 Sul tema, si veda T. HOSKO, *Public Policy as an Exception to Free Movement within the Internal Market and the European Judicial Area: A Comparison*, Croatian Yearbook of European Law and Policy, 10, 2014, 189-90. N. ZAMANI nota come “The rationale behind these grounds is the recognition that, despite the integration process, Member States have structured their societies in different ways with different norms and values” (*A Legal Comparative Approach towards the Screening of Outbound FDI*, *cit.*, 303).

85 Da ultimo CGUE, sentenza del 13 luglio 2023, Xella Magyarország Építőanyagipari, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568, punto 66. si vedano anche sentenza del 14 marzo 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124, punto 17, e sentenza del 28 ottobre 1975, Rutili, C-36/75, EU:C:1975: 137, punto 28. Per un attento confronto con le analoghe formulazioni dell'Accordo Generale sul Commercio di Servizi (GATS), si veda J. VELTEN, *Screening Foreign Direct Investment in the EU*, Springer Charm, 2022.

Quanto al primo requisito, il riferimento alla effettività della minaccia attiene alla probabilità della stessa, che deve essere “reale e specifica”⁸⁶. La gravità, invece, riguarda le conseguenze sull’interesse compromesso, in termini quindi di entità del pregiudizio. Non è richiesto anche che il rischio sia immediato⁸⁷.

Quanto al secondo requisito, in via di principio, è lo Stato a determinare gli interessi della propria collettività, ma la sua applicazione resta soggetta allo scrutinio della CGUE⁸⁸. Sembra comunque trattarsi di clausole indeterminate, che rimandano a concetti extragiuridici, e quindi non immune all’evoluzione della categoria della sicurezza nazionale come narrazione politica⁸⁹. Sulla base della giurisprudenza della CGUE, è fuori di dubbio che nel concetto rientri la sicurezza nazionale, sia come sicurezza interna che esterna⁹⁰. Il rapporto con gli interessi economici è invece più complesso. Da una parte, si esclude che possano rilevare interessi meramente economici⁹¹. Dall’altra, si riconosce che l’ineffi-

86 CGUE, sentenza del 13 luglio 2000, Albore, C-423/98, EU:C:2000:401, punti 22 e 24.

87 CGUE, sentenza dell’11 novembre 2010, Commissione europea c. Repubblica del Portogallo, C-543/08, EU:C:2010:669, punti 86-87.

88 CGUE, sentenza del 4 giugno 2002, Commissione c. Belgio, C-503/99, EU:C:2002:328, punto 47, che cita la sentenza del 14 marzo 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124, punto 17. Per la natura *self-judging* delle clausole sulla sicurezza negli accordi internazionali, si veda R. ALFORD, *The Self-judging WTO Security Exception*, in *Utah L. Rev.* 697, 2011.

89 Sulle clausole indeterminate si veda, *ex multis*, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 21-3, 2013, 309-400. Sul concetto di sicurezza nazionale come discorso politico, si veda A. WOLFERS, “National Security” as an Ambiguous Symbol, in *Political Science Quarterly*, 67, 4, 1952, p. 483; B. BUZAN-L. HANSEN, *The Evolution of International Security Studies*, Cambridge University Press, 2009; M.C. WILLIAMS, *Words, images, enemies: Securitization and international politics*, in *International Studies Quarterly*, 7(4), 2003, 511-553. Sul rapporto problematico tra l’utilizzo della categoria di sicurezza nazionale e principio di legalità dei poteri amministrativi nel controllo degli IDE, mi sia permesso di richiamare A. GEMMI, *Elements for a study of administrative discretion in FDI screening regulations: enforcing a threat-based model*, cit. Una modifica del concetto può notarsi avendo riguardo alla giurisprudenza della CGUE, che sentenza del 200, aveva censurato la normativa spagnola in quanto aveva ad oggetto anche istituti bancari diversi dalla banca centrale “o organi simili”, e che quindi non svolgevano un pubblico servizio (sentenza del 13 maggio 2003, Commissione c. Spagna, C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272). Ad oggi, non solo la disciplina *golden power* trova applicazione – ed ha trovato concretamente applicazione – anche a istituti bancari privati, ma l’art. 4 del reg. (UE) n. 452/2019 cita espressamente le infrastrutture finanziarie.

90 CGUE, sentenza del 4 ottobre 1991, Richardt e Les Accessoires Scientifiques, C-367/89, ECLI:EU:C:1991:376.

91 CGUE, sentenza del 14 marzo 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124. Si vedano anche le sentenze del 13 maggio 2003, Commissione c. Spagna, C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272, punto 44, e sentenza dell’11 novembre 2010, Commissione europea c.

cienza di alcune dinamiche economiche si può ripercuotere sugli interessi fondamentali della società. Obbiettivi quali la sicurezza energetica sono ritenuti appartenere agli interessi fondamentali della società⁹². In questa prospettiva, la sicurezza economica può rientrare tra gli interessi fondamentali della comunità. Quanto agli obbiettivi della disciplina sugli investimenti in uscita, non sembra possano porsi dubbi circa la riconducibilità alla formula di “ordine pubblico e sicurezza pubblica” l’ipotesi di controlli volti a contrastare la fuga di attivi intrinsecamente strategici, quali le tecnologie critiche. Meno ovvia è la rilevanza dell’autonomia economica. Anche in questo caso, però, il profilo securitario si può cogliere nel rilievo che certi approvvigionamenti hanno per i servizi pubblici (ad es., energia), e nel rischio che le dipendenze economiche determinino criticità strategiche in ragione di emergenze, come si è verificato nel caso del Covid-19, o siano sfruttate per finalità geopolitiche, come già accennato al par. 2⁹³. Resta ferma, comunque, la necessaria verifica del requisito inerente all’effettività di un serio rischio per gli interessi nazionali fondamentali.

Da quanto sopra si potrebbe ricavare la competenza degli Stati membri ad adottare misure nazionali di controllo degli investimenti esteri. Senonché, concorrono due elementi a complicare il quadro. Viene in rilievo, in primo luogo, la competenza esclusiva europea in materia di Politica Commerciale Comune (PCC) di cui all’art. 207 del Trattato TFUE. Da una parte, questa disposizione menziona oggi espressamente gli IDE, che sembrano quindi inerire alla PCC. Dall’altra, gli IDE costituirebbero anche movimentazione di capitali, che costituisce competenza congiunta ai sensi dell’art. 63, a sua volta derogata

Repubblica del Portogallo, C-543/08, EU:C:2010:669, punto 50.

92 CGUE, sentenza dell’11 novembre 2010, Commissione europea c. Repubblica del Portogallo, C-543/08, EU:C:2010:669. È stato notato che un interesse sarebbe fondamentale quanto attiene al funzionamento della economia di uno Stato, nonché se relativo agli “general interests of national economy”, fermo restando che “long-term industrial, economic, and geopolitical goals may be strategically helpful, but not vital to basic state functions” (J. VELTEN, *Screening Foreign Direct Investment in the EU*, cit., pp. 108-09).

93 Sul rilievo securitario delle catene di approvvigionamento, si veda anche la Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020, 2020/C 99 I/01, con cui la Commissione ha sollecitato il ricorso agli strumenti di controllo degli IDE in relazione alle criticità provocate dal Covid-19.

dall'art. 65 in caso di esigenze securitarie⁹⁴. Si pone quindi un complesso tema di rapporto tra queste disposizioni⁹⁵. Discorso simile può essere fatto con riguardo alla disciplina della libera circolazione delle merci, dato il riferimento dell'art. 207 a “la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale”. In secondo luogo, la CGUE sembrerebbe in alcuni casi aver sostenuto che gli Stati membri non possano esercitare il potere, di cui all'art. 36 TFEU, di introdurre limitazioni alla libera circolazione delle merci laddove vi sia una normativa europea di armonizzazione che persegua lo stesso obbiettivo⁹⁶. In questo senso

94 Sulla riconducibilità degli IDE all'art. 63, si veda CGUE, sentenza del 2 giugno 2005, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana, C-174/04, ECLI:EU:C:2005:350, nonché Allegato I (“Nomenclatura dei movimenti di capitali di cui all'articolo 1 della direttiva”), punto I (“Investimenti diretti”) alla Direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato.

95 Si veda J. VELTEN, *Screening Foreign Direct Investment in the EU*, cit., 4.1. Si vedano anche, nel senso della qualifica degli art. 4 co. 2 secondo e terzo periodo, TUE e art. 65 co. 1 lett. b) TFEU come deroga alla competenza di cui all'art. 207 TFEU, F.S. BENYON, *Direct investment, national champions and EU treaty freedoms: from Maastricht to Lisbon*, Hart, Oxford, 2010, p. 98; A. DIMOPOULOS, *EU foreign investment law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 77. *Contra*, R.V. PUIG, *The scope of the new exclusive competence of the European Union with regard to 'foreign direct investment'*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 40, 2013, 158-159. Secondo un'autorevole ricostruzione, quanto agli IDE, l'art. 207 conferirebbe alle Istituzioni Europee la competenza a recepire il contenuto di accordi internazionali, ad estendere a Paesi terzi standard europei già esistenti, e ad introdurre una cornice giuridica entro cui gli Stati Membri esercitano i propri poteri, senza armonizzare la disciplina. Laddove si tratti, invece, di introdurre nuovi controlli e armonizzare quelli esistenti, la scelta tra Politica Commerciale Comune e libera circolazione dei capitali dipenderebbe dalla considerazione che il mercato interno sia o meno l'obiettivo principale della misura (M. CREMONA, *Regulating FDI in the EU Legal Framework*, in J.H.J. BOURGEOIS (a cura di), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, Wolters Kluwer, 2020, 31-55). Si veda anche N. ZAMANI, *A Legal Comparative Approach towards the Screening of Outbound FDI*, cit., 307. FETCHER ritiene invece che l'art. 207, pur in presenza di elementi securitari, trovi applicazione in quanto *lex specialis* e *posterius* rispetto all'art. 64 TFEU (J. FECHTER, *Next-level Screening? The Case of Outbound Investment Screening*, in J. HILLEBRAND Pohl, T. PAPADOPOULOS, J. WIESENTHAL, J. WARCHOL (a cura di), *Weaponising Investments. Springer Studies - vol 2*, Springer, Cham, 2023, par. 4.1).

96 CGUE, sentenza 5 ottobre 1977, Tadeschi c. Denkavit, C-5/77, ECLI:EU:C:1977:144, e sentenza dell'11 luglio 2000, *Kemikalieinspektionen c. Toolex Alpha* C-473/98, ECLI:EU:C:2000:379; che, al punto 25, osserva che: “[...] pur se il ricorso all'art. 36 del Trattato consente di mantenere in vigore restrizioni alla libera circolazione delle merci giustificate da taluni motivi che costituiscono esigenze fondamentali riconosciute dal diritto comunitario, tale ricorso non è più possibile quando direttive comunitarie prevedano l'armonizzazione delle misure necessarie per la realizzazione dello specifico obiettivo che verrebbe perseguito in base all'art. 36”. In tal senso, anche CGUE, sentenza 23 maggio 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205, punto 18). Sulla possibilità di armonizzazione ex art. 114 TFEU di materie dove vengano in rilievo considerazioni di sicurezza pubblica, si veda CGUE, sentenza del 3 dicembre 2019, *Repubblica Ceca c. Parlamento Europeo*, C- 482/17, EU:C:2019:1035.

sembra essere oggi l'art. 114(4) TFEU oggi prevede la possibilità che un Paese membro introduca misure nazionali fondate sull'art. 36 TFUE pur in presenza di una armonizzazione europea. In ogni caso, la decisione autorizzatoria amministrativa di applicazione della normativa non sembra possa essere che nazionale, laddove la funzione esercitata sia volta o coinvolga la tutela degli interessi fondamentali nazionali.

In questo quadro di incerti rapporti di competenze, si inseriscono i modelli a cui la nuova disciplina può guardare, e cioè il regolamento sui prodotti a duplice uso (reg. UE n. 821/2021) e quello sul controllo degli IDE in entrata (reg. UE n. 452/2019). Entrambi trovano base giuridica nella PCC, pur rapportandosi molto diversamente alle competenze nazionali. Mentre il primo instaura un sistema di controllo fondato su regole comuni, il secondo riconosce l'esistenza di sistemi nazionali di controllo e regola un meccanismo di coordinamento, senza imporre obblighi agli Stati membri. Questa peculiarità ha portato l'Avvocato Generale a definire il regolamento una "specie di ornitorinco"⁹⁷. La proposta di riforma presentata contestualmente al Libro Bianco intende superare questa impostazione, trovando base giuridica non solo nell'art. 207 TFUE ma anche nell'art. 114 TFUE, e quindi ponendosi anche l'obiettivo di armonizzare le discipline nazionali. Considerando che il processo di espansione degli strumenti di controllo degli IDE è stato avviato intorno al 2017-2018, occorre considerare che da molti anni la sostanziale disciplina dei sistemi di controllo degli IDE viene regolamentata e attuata dagli Stati nazionali. Ad oggi, è questo il modello a cui gli Stati possono guardare per disciplinare il controllo degli investimenti in uscita. La normativa sui controlli dei prodotti a duplice uso resta un modello alternativo, ma anche in quel caso agli Stati viene riconosciuta la possibilità di ampliare con misure interne il sistema di controllo, e tale potere sembra ancora più ampio laddove non riguardi prodotti a duplice uso⁹⁸. Inoltre,

⁹⁷ Il riferimento è all'immagine utilizzata dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni relative al citato caso Xella (conclusioni del 30 marzo 2023 dell'Avvocato Generale Tamara Căpeta, Xella Magyarország Építőanyagipari, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:267, punto 32).

⁹⁸ Art. 36 TFEU e art. 9 del reg. (UE) n. 821/2021.

la decisione autorizzatoria resta di competenza delle autorità nazionali, con pochi e inefficaci obblighi di coordinamento e coerenza⁹⁹.

In conclusione, non si può escludere l'ipotesi che gli Stati anticipino l'iniziativa europea introducendo sistemi nazionali di controllo, anche sfruttando le citate clausole di riserva di competenza esclusiva degli Stati membri per ragioni di politiche pubbliche e sicurezza pubblica, e quindi securitarie. Alla iniziativa nazionale potrà fare seguito una normativa europea che fornisca una "cornice" procedimentale o una più o meno intensa armonizzazione. Le misure europee dovranno comunque confrontarsi sia con la competenza normativa esclusiva degli Stati per ragioni securitarie che con la necessaria titolarità nazionale della decisione amministrativa in relazione agli interessi securitari nazionali, o nella forma della "specie di ornitorinco" costituita dal reg. (UE) n. 452/2019, o, come sembra più probabile in ragione della proposta di riforma dello stesso, un sistema simile al reg. 821/2021 con imposizione di obblighi agli Stati.

7. Conclusioni: retorica securitaria e governo dell'economia

Nel precedente paragrafo si è illustrata la possibilità di una iniziativa nazionale per l'introduzione di una disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, nelle more del procedimento di monitoraggio, consultazione ed eventuale legiferazione avviato con il Libro Bianco sugli IU. L'indagine condotta ha permesso di rilevare che, da una parte, laddove l'investimento in uscita comporti anche il trasferimento di un attivo (tra cui, le tecnologie) o attività, l'ordinamento italiano già dispone di istituti che permettono allo Stato di monitorare l'operazione e intervenire per tutelare interessi securitari. La sovrapposizione di più strumenti, non adeguatamente coordinati, non pare compatibile con il principio di proporzionalità.

Dall'altra parte, la possibilità di controllare investimenti in uscita che non comportino trasferimenti di attivi o attività resta problematica, essendo difficile ipotizzare che la stessa possa configurare una minaccia effettiva e sufficiente-

⁹⁹ M. LO GULLO, *Politica commerciale comune, controlli all'esportazione e sistemi nazionali*, cit.

mente grave ad un interesse fondamentale della società. Resta fermo che, al contrario dell'iniziativa nazionale, l'intervento europeo non è condizionato a questo requisito, in ragione della competenza in materia di politica commerciale comune. Quand'anche su questo fronte l'iniziativa fosse concretamente esercitata dalle Istituzioni Europee, sembrerebbe però anomalo che la decisione amministrativa, di natura securitaria, non fosse attribuita agli Stati membri.

Senonché, è proprio il doppio binario europeo-nazionale a costituire un'anomalia nell'ambito securitario. Si è detto che il concetto di "sicurezza" pubblica richiama gli interessi fondamentali di una collettività, e costituisce una deroga alle libertà economiche ed alla competenza europea. Ciononostante, l'espansione del discorso securitario nelle politiche nazionali dal 2017 in poi è stato condiviso dalle Istituzioni Europee, ed oggi è un elemento centrale delle politiche europee. Senonché, la sicurezza è per l'Europa un'arma a doppio taglio. Da una parte, permette di giustificare un interventismo pubblico nell'economia per ragioni diverse da quelle proconcorrenziali, determinando rilevanti crepe nella tradizionale apertura del mercato europeo. Dall'altra, però, la sicurezza è legata a una riserva di competenza nazionale, in quanto collegata al modo in cui una collettività ritiene di ordinare la propria società, e quindi ai suoi interessi fondamentali. L'intervento europeo per finalità securitarie rimane un'azione di supporto, se non si accompagna alla definizione di un novero di interessi proprio della comunità europea da riconnettere al concetto di sicurezza.

È a questa sfida che sono chiamati i prossimi interventi legislativi in materia securitaria, tra cui quella che potrebbe introdurre un sistema di controllo degli investimenti in uscita. Questo meccanismo può essere introdotto come uno strumento in linea con la consolidata narrazione securitaria, fornendo quindi agli Stati membri un quadro di coordinamento e, dove possibile, procedure uniformi per il perseguimento di propri interessi nazionali. Però, la peculiare iniziativa europea potrebbe anche portare a superare la logica securitaria

nazionale. Come si è anticipato in premessa, l'Unione Europea esprime soprattutto una logica e una razionalità economica, comune ai Paesi membri. La sicurezza economica potrebbe allora non soltanto configurarsi come espansione, o quantomeno formalizzazione di una avvenuta espansione, della sicurezza nazionale tradizionale, ma una nuova dimensione degli interessi fondamentali della collettività europea.

Sembra così che ogni discorso sul ruolo che possa avere uno strumento securitario debba confrontarsi con l'ineliminabile e intrinseca vaghezza del concetto stesso di sicurezza pubblica. Ogni discorso sul rapporto che si potrà configurare tra Europa e Italia, e tra Stato e mercato, dimostra l'esigenza di definire cosa si intende per esigenza securitaria, e fin dove può tracciarsi un confine tra tutela del mercato e interessi fondamentali della collettività. La disciplina sul controllo degli investimenti in uscita, ancora oggi in una fase iniziale, potrebbe spostare questo confine, estendendo l'interesse nazionale o europeo anche allo sviluppo di attività economiche all'estero.

ROBERTO CARATOZZOLO

Professore associato di Diritto dell'Economia presso il
Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche dell'Università di Messina
rcaratozzolo@unime.it

LA CONSULENZA SUL DEBITO: ESIGENZE ATTUALI E OPPORTUNITÀ FUTURE

DEBT ADVICE: CURRENT NEEDS AND FUTURE OPPORTUNITIES

SINTESI

Tra le novità contemplate dalla nuova Direttiva relativa ai contratti di credito ai consumatori, la consulenza sul debito assume una portata di assoluto interesse. La *CCD II*, nell'intento di costruire un rinnovato sistema normativo capace di incrementare la protezione del soggetto finanziato, prevede nuovi strumenti in grado di garantire un corretto ed efficiente accesso al credito al consumo, limitare pratiche che possono causare un eccessivo indebitamento, evitare comportamenti irresponsabili dei finanziatori. Le nuove disposizioni sono destinate a ridisegnare il quadro normativo vigente, secondo criteri nuovi anche per il nostro ordinamento. La consulenza sul debito rappresenta un istituto di assoluta novità per il ruolo che le viene riconosciuto e per le diverse esigenze cui dovrà rispondere. La sua particolare operatività si caratterizza per alcuni tratti distintivi: la tutela anticipatoria rispetto al verificarsi di situazioni di crisi, l'eterogeneità delle attività attraverso le quali viene offerta, l'indipendenza dei consulenti, la loro professionalità. Il nuovo modello dovrebbe rispondere da un lato alle esigenze più strettamente legate ai consumatori e, dall'altro, anche a quelle dei creditori e del sistema, potendo coniugare allo stesso tempo interessi di carattere privato con altri di carattere pubblico. Sarà necessario tracciare un *framework* normativo adatto a dare concreta attuazione ai meritori principi delineati dal legislatore europeo.

ABSTRACT

Among the news included in the new Directive on credit agreements for consumers, debt advice is particularly interesting. CCD II intends to build a regulatory system able to increase protection for subjects receiving funds offering new instruments guaranteeing a correct and efficient use of consumer credit instruments, avoiding lenders' irresponsible behaviour, limiting over-indebtedness. The new rules are set to redesign the regulatory framework according to new criteria, also for our legal system. Debt advice represents a real novelty, both for the role it is given and for the needs it will meet. It is a particular kind of advice that is characterised by some distinctive features: anticipatory protection against potential situations of crisis, the heterogeneity of the activities through which it is offered, advisors' independence, their professionalism. The new model should meet on the one hand consumers' needs and on the other creditors and the system's needs, joining at the same time private and public interests. It will be necessary to design a regulatory framework able to put into practice the meritorious principles outlined by European legislators.

PAROLE CHIAVE: ccd II, credito al consumo, consulenza sul debito, sovraindebitamento, protezione del consumatore.

KEYWORDS: ccd II, consumer credit, debt advice, over-indebtedness, consumer protection.

INDICE: 1. Le ragioni giustificatrici di nuove forme di protezione nei rapporti di credito ai consumatori. – 2. La configurazione della consulenza sul debito nel rinnovato quadro normativo tracciato dalla *Consumer Credit Directive II*. – 3. La tutela anticipatoria e gli altri tratti distintivi della consulenza sul debito. – 4. I rapporti con le norme sui contratti di credito immobiliare ed il possibile inquadramento sistematico nell'ordinamento interno. – 5. Brevi prospettive di chiusura.

1. Le ragioni giustificatrici di nuove forme di protezione nei rapporti di credito ai consumatori

La nuova Direttiva sui contratti di credito ai consumatori, c.d. *Customer Credit Directive* o *CCD II*¹, intende rinnovare il quadro normativo vigente deli-

¹ Direttiva 2023/2225/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023 relativa ai *Contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 2008/48/CE*, pubblicata in GUUE del 30.10.2023.

neato dalla precedente Direttiva 2008/48/CE², adeguandolo alle profonde trasformazioni provenienti dall'evoluzione tecnologica e dai cambiamenti sociali ed economici in atto. Recependo le diverse istanze manifestate dalle numerose parti coinvolte, il Parlamento Europeo, a conclusione di un articolato percorso di analisi e di verifica dell'applicazione della vigente normativa³, ha adottato il recente provvedimento destinato ad abrogare l'attuale disciplina, ritenuta ormai superata e non adeguata alla moderna realtà⁴. L'intenzione principale è quella di costruire un sistema normativo capace di incrementare la tutela del soggetto finanziato offrendogli nuove misure che, operando su più fronti, riescano a comporre un quadro unitario articolato di protezione: si tratta delle disposizioni volte a favorire un utilizzo corretto ed efficiente degli strumenti di credito al consumo e ad evitare comportamenti irresponsabili dei finanziatori, di quelle che sottopongono a valutazione preventiva la capacità e la propensione del consumatore a rimborsare il finanziamento o che garantiscono piena consapevolezza in ordine alla scelta degli strumenti offerti e ai rischi che essi presentano, limitando pratiche che, nel complesso, possano causare o alimentare situazioni di eccessivo indebitamento. Per realizzare una piena armonizzazione disciplinare che consenta a tutti i consumatori dell'Unione di fruire di medesimi elevati livelli di protezione dei loro interessi e che crei un mercato interno del credito al consumo ben funzionante, evitando la frammentazione normativa e le divergenze tra gli Stati membri, il legislatore europeo è intervenuto su diversi

2 Direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 *relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CE*, in GUUE del 22.05.2008.

3 L'originaria Proposta di Direttiva del 30.06.2021 è preceduta da un'ampia Relazione che inquadra il contesto economico e normativo in cui è sviluppata e che richiama anche i risultati delle diverse consultazioni pubbliche effettuate presso tutti i portatori di interessi coinvolti, dai cui *feedback* è emerso un generale favore per un'ampia revisione della Direttiva 2008/48/CE al fine di risolvere diverse problematiche derivanti dall'inadeguatezza dell'ambito di applicazione della stessa, da pratiche di prestito irresponsabili, dal sovraccarico di informazioni fornite ai consumatori, dall'utilizzo di dati e dall'eccessivo indebitamento dei clienti. Tale Proposta è reperibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT>.

4 La nuova Direttiva *CCD II*, entrata in vigore il 20 novembre 2023, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 20 novembre 2025 ed attuata entro il 20 novembre 2026 data a decorrere dalla quale la Direttiva 2008/48/CE sarà abrogata; essa continuerà ad essere applicata ai contratti di credito in corso al 20 novembre 2026 e fino al loro termine.

aspetti precedentemente tralasciati, per creare una rinnovata rete di regole che offrono al consumatore nuove tutele, più efficienti e più adeguate alle nuove forme di accesso, anche digitale, al mercato del credito al consumo. Esse si inquadrano in un approccio disciplinare che risulta particolarmente attento alle possibili situazioni di sovraindebitamento del consumatore ed alle connesse conseguenze sfavorevoli per lo stesso ma anche per i soggetti erogatori e, più in generale, per l'intero sistema. Si spiega, in tal modo, la marcata enfasi riposta sulle nuove previsioni che, graduate ed organizzate diversamente a seconda dei momenti in cui incidono, dei soggetti prestatori e delle finalità specifiche cui tendono, sono accomunate da un medesimo disegno volto a soddisfare le rinnovate esigenze di protezione dei consumatori mediante l'offerta di servizi altamente specializzati e facilmente accessibili, che precedono il concludersi di eventuali situazioni di crisi. Le disposizioni relative agli obblighi di assistenza, alla prestazione di attività di consulenza sul credito e, soprattutto, quelle in tema di servizi di consulenza sul debito sono destinate a ridisegnare, per come tenderemo di spiegare di seguito, il quadro normativo di riferimento per garantire un corretto andamento dei rapporti tra intermediario e cliente.

Appare chiaro come la nuova *CCD II* intenda costruire, sul punto, un sistema che basi la propria efficacia sulla capacità di allertare il consumatore dai rischi derivanti da un eccessivo indebitamento prima della conclusione di un rapporto di finanziamento, prevedendo particolari meccanismi di collaborazione e di sostegno, in suo favore, del tutto nuovi. Tale collaborazione, infatti, si esplica in attività di elevata professionalità che aiutano il consumatore a comprendere non tanto, e non solo, la portata delle singole clausole negoziali quanto, piuttosto, gli effetti complessivi ed i rischi connessi alla conclusione di un contratto di credito, necessariamente compatibili con il suo quadro d'insieme di carattere personale, patrimoniale, economico e finanziario. Questi servizi si fondano su analisi ampie ed approfondite che guardano alla situazione generale del soggetto finanziato piuttosto che al singolo contratto da concludere.

Il nuovo obiettivo è, quindi, quello di sostenere il consumatore nella comprensione e nella valutazione della propria situazione debitoria e dei propri bisogni, al fine di gestirla in maniera adeguata, efficiente e poco rischiosa.

All'interno dei delineati contorni la consulenza sul debito rappresenta un istituto di assoluto rilievo per il ruolo assegnatole e per le richieste cui dovrà rispondere, tenuto conto che il nostro ordinamento, anche dopo la riforma del codice del fallimento, non contempla presidi di natura anticipatoria o preventiva rispetto all'emersione dello stato di crisi di una persona fisica⁵. La Relazione di accompagnamento alla originaria Proposta di Direttiva ha messo in luce l'elevato apprezzamento, da parte di tutti i portatori di interessi, dei vantaggi derivanti dai servizi di consulenza in materia di debito, sia per i consumatori sia per i creditori, in quanto consentono ai primi di evitare gli effetti dannosi derivanti da situazioni di sovraindebitamento e ai secondi di erogare crediti in maniera più sostenibile e di mantenere sufficienti livelli di efficienza e di stabilità⁶. In particolare, riuscendo a conciliare il fabbisogno di finanziamento di un soggetto con la sua capacità di rimborso, si riducono i rischi di insolvenza e di ina-

⁵ Conforme F. PETROSINO, *Debt advice quale strumento preventivo del rischio da sovraindebitamento. Analisi del fenomeno e potenzialità applicative*, in *Riv. Dir. Banc.* 4/2021, pag. 417 e ss., per il quale un dato comune al vecchio e al nuovo regime in materia di sovraindebitamento è l'assenza di qualsivoglia presidio di natura anticipatoria o preventiva rispetto all'emersione della crisi; questa mancanza contrasta nettamente con le misure che, di contro, sono state apprestate a favore del ceto imprenditoriale e si sono tradotte nei cc.dd. strumenti di allerta, disciplinati dal nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza.

⁶ L'ampio processo di consultazione che ha preceduto la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai crediti al consumo, Bruxelles, 30.6.2021 COM (2021) 347 final, 2021/0171 (COD), ha consentito di esaminare i diversi *feedback* dei portatori di interessi consultati con diverse modalità e strategie, dai quali è emerso, fra l'altro, l'interesse della consulenza sul debito quale strumento utile per tutto il sistema. Da ultimo anche *l'European Consumer Summit 2022* ha ritenuto necessario proteggere i soggetti vulnerabili sotto l'aspetto finanziario potenziando lo strumento del *debt advice*; reperibile su <https://european-consumer-summit-2022.b2match.io/>. Per una accurata analisi sul punto P. FIORIO E A. P. SEMINARA, *Stato e prospettive dei servizi di consulenza del debito in Italia. Il ruolo del debt advisor nella gestione della crisi da sovraindebitamento*, in *Sovraindebitamento e Consulenza sul debito, Un approccio multidisciplinare all'inclusione finanziaria* a cura di P. FIORIO, U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, Pisa, 2023, pag. 47 e ss. che segnalano come, diversi studi condotti su iniziativa delle istituzioni europee, hanno riconosciuto alla figura del consulente del debito un ruolo di primo piano per la soluzione delle situazioni di difficoltà economica dei cittadini, da affiancare agli strumenti normativi vigenti in materia bancaria.

dempimento a vantaggio del finanziato ma anche dei creditori e dell'efficienza dell'intero sistema.

Da qui emerge il chiaro intento riformatore volto a promuovere ed incoraggiare, su scala europea, la diffusione di sistemi di consulenza sul debito quali presidi che ricoprono una posizione centrale nel rinnovato sistema posto a sostegno della posizione dei debitori, *in primis*, e dei creditori⁷. Proprio tali tratti distintivi mettono in luce l'assoluta rilevanza del nuovo istituto nelle dinamiche operative del mercato del credito al consumo legate alla correttezza dello svolgimento dei rapporti ed alla efficiente allocazione delle risorse e dei rischi finanziari.

2. La configurazione della consulenza sul debito nel rinnovato quadro normativo tracciato dalla *Consumer Credit Directive II*

La *CCD II* dedica particolare attenzione, come appena detto, alle attività di sostegno che diversi professionisti dovranno svolgere in favore dei soggetti che chiedono l'erogazione di un finanziamento al consumo. Fra queste rientrano, in primo luogo, l'esecuzione dei doveri di assistenza che si risolvono nel fornire, a titolo gratuito, spiegazioni ulteriori rispetto alle informazioni precontrattuali già fornite, adeguate alla concreta situazione e riferibili alle specifiche esigenze del consumatore che ne abbia bisogno, affinché egli possa comprendere i potenziali effetti sulla sua situazione economica e le conseguenze giuridiche e finanziarie derivanti da una non consapevole assunzione degli obblighi

⁷ Il 10 ottobre 2018 la Commissione Europea ha organizzato un primo *Stakeholder Forum on Debt Advice* per raccogliere le opinioni di tutte le categorie coinvolte (settore finanziario e del servizio del debito, consulenti del debito, enti di beneficenza, associazioni dei consumatori, esperti delle pubbliche amministrazioni e del mondo accademico), affrontando l'importanza e l'efficacia di fornire tale assistenza alle famiglie dell'UE per affrontare il sovraindebitamento. Nelle considerazioni conclusive viene espressamente sottolineata l'importanza della consulenza sul debito come strumento vantaggioso per tutte le parti coinvolte (*as a win-win tool for all parties involved*). Tale documento è reperibile al seguente indirizzo: https://commission.europa.eu/life-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/consumer-financial-products-and-services/consumer-protection-financial-services_en. Una chiara conferma del ruolo positivo ed efficiente della consulenza debitoria, anche per i creditori, è stata fornita dal Progetto sulla consulenza in materia di debito che la Commissione Europea ha svolto tra il 2020 ed il 2021.

contrattuali⁸. Questa attività, in effetti già prevista dalla precedente normativa⁹, trova espressa disciplina nelle previsioni dettate dall'art. 12 della nuova Direttiva che, elencandone i possibili oggetti, sottolinea la stretta riferibilità delle spiegazioni al profilo del cliente, tenuto conto che esse non costituiscono di per sé raccomandazioni personali e che non possono, quindi, configurarsi come un'attività di consulenza.

Accanto a questa forma di ausilio viene introdotto, a differenza di quanto avveniva nella precedente normativa, il servizio di consulenza, prestato sotto forma di raccomandazioni personalizzate erogate per far comprendere al consumatore la natura dei servizi offerti¹⁰. La consulenza sul credito, peraltro, permette di garantire elevati livelli di equità, onestà e professionalità nell'attività di erogazione di crediti al consumo in quanto essenziale per accrescere la capacità dei consumatori di prendere decisioni informate e responsabili, potendo incrementare la loro consapevolezza ed assicurarne la fiducia riposta nei comportamenti dei creditori e nelle offerte da essi presentate.

8 Secondo il Considerando n. 45 “Nonostante le informazioni precontrattuali che gli devono essere fornite, il consumatore potrebbe ancora aver bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, tra quelli proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. Pertanto gli Stati membri dovrebbero garantire che prima della conclusione di un contratto di credito i creditori e, ove applicabile, gli intermediari del credito assicurino tale assistenza sui prodotti di credito che offrono al consumatore, fornendo a titolo gratuito spiegazioni adeguate sulle informazioni rilevanti, incluse in particolare le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti al consumatore in modo personalizzato...I creditori e, ove applicabile, gli intermediari del credito dovrebbero adattare il modo in cui sono fornite le spiegazioni alle circostanze in cui il credito è offerto e al bisogno di assistenza del consumatore, tenendo conto della sua conoscenza ed esperienza in materia di credito e della natura dei singoli prodotti di credito offerti.

9 Per il considerando n. 27 della Direttiva 48/2008/CE, “nonostante le informazioni precontrattuali che gli devono essere fornite, il consumatore può ancora aver bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, tra quelli proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria”.

10 Per il Considerando n. 50 “Prestare consulenza sotto forma di raccomandazioni personalizzate, vale a dire servizi di consulenza, costituisce un'attività che può essere combinata con altri aspetti della concessione o intermediazione del credito. Per poter comprendere la natura dei servizi loro offerti, i consumatori dovrebbero pertanto sapere in che cosa consistono i servizi di consulenza, e se tali servizi sono o possono essere forniti loro o meno.....Nel prestare servizi di consulenza i creditori o gli intermediari del credito dovrebbero indicare se la raccomandazione sarà basata solo sulla propria gamma di prodotti o su un'ampia gamma di prodotti fra quelli reperibili sul mercato, in modo che il consumatore possa comprendere su che base la raccomandazione è effettuata.”

Su tali premesse, si innestano le previsioni in tema di consulenza sul debito che permettono ai consumatori, specie ove versino in una situazione di difficoltà nel rispettare gli impegni finanziari assunti, di usufruire di un “aiuto specializzato” per gestire al meglio i propri debiti mantenendo un tenore di vita decoroso¹¹.

L'art. 3, comma I, n. 22 della *CCD II* definisce il servizio di consulenza sul debito come quell'attività di “assistenza personalizzata di natura tecnica, giuridica o psicologica fornita da operatori professionali indipendenti che non sono, in particolare, creditori o intermediari del credito quali definiti nella presente direttiva o acquirenti di crediti o gestori di crediti quali definiti all'articolo 3, punti 6) e 8), della direttiva (UE) 2021/2167 del Parlamento europeo e del Consiglio, a consumatori che incontrano o potrebbero incontrare difficoltà nel rispettare i propri impegni finanziari”. Il successivo art. 36, inserito nel Capo XI dedicato all'Educazione finanziaria ed all'Aiuto ai consumatori in difficoltà finanziarie, richiede espressamente che gli Stati membri assicurino ai consumatori che incontrano o potrebbero incontrare difficoltà nel rispettare i propri impegni finanziari l'offerta di servizi di consulenza sul debito indipendenti per i quali siano dovute solo spese limitate.

Si tratta, invero, di un tipo di consulenza che non si limita ai soli aspetti prettamente tecnici legati allo specifico tipo di contratto di credito quanto, piuttosto, di un'attività molto più estesa e completa che tende a valutare l'intera situazione in cui versa un consumatore per poi individuare le misure adatte al caso specifico, i comportamenti necessari per garantire l'adempimento corretto delle obbligazioni assunte e, quindi, un indebitamento tendenzialmente sostenibile e proporzionato. Per una maggiore garanzia di obiettività ed imparzialità vengono richieste specifiche condizioni relative ai soggetti prestatori – che devono essere operatori professionali indipendenti che non siano creditori, inter-

¹¹ In tal senso espressamente il considerando n. 81 della *CCD II* per il quale “lo scopo dei servizi di consulenza sul debito è quello di aiutare i consumatori che incontrano difficoltà finanziarie e guidarli nel rimborsare, per quanto possibile, i debiti in essere, mantenendo un tenore di vita decoroso e preservando la dignità”.

mediari del credito, fornitori di servizi di credito tramite *crowdfunding*, acquirenti di crediti o gestori di crediti – alle spese – che devono essere limitate – all'accesso – che deve essere facilitato in tutte le fasi che precedono eventuali procedure esecutive a carico del consumatore. La portata innovativa dell'istituto appare, così, evidente.

I vantaggi della nuova misura sono determinanti anche riguardo ad un ulteriore fattore, individuabile nella promozione e nell'attuazione di pratiche responsabili per l'erogazione di crediti, con l'obiettivo di evitare comportamenti poco corretti da parte di creditori che, offrendo soluzioni apparentemente favorevoli ma in realtà estremamente pericolose, possono concorrere a causare o aumentare l'insostenibilità di un'esposizione debitoria aggravando la posizione di un determinato soggetto¹². Sotto questo aspetto tale servizio potrebbe garantire un'erogazione di credito meno rischiosa e con idonee probabilità di rimborso, pienamente in linea con l'attuazione dei principi del c.d. *responsible lending*. Emerge, in tal modo, una valenza di portata pubblicistica che, affiancandosi a quella privatistica con rinnovate modalità, si presenta particolarmente interessante per l'ampliamento degli strumenti offerti dall'ordinamento deputati a

12 Ci si riferisce, a titolo esemplificativo, alle nuove forme di erogazione digitale di credito al consumo come i prestiti con anticipo sullo stipendio (c.d. *pay day lending*), i prestiti veloci (c.d. *quick loans*), i prestiti erogati presso i punti vendita (c.d. *pos-lending*), il *buy now pay later* e, più in generale, i modelli di accesso c.d. *small ticket* che stanno riscuotendo un gradimento sempre più elevato in tutte le generazioni di utenti, a causa della facilità di accesso e di ottenimento del finanziamento, privo delle tutele tradizionali offerte dalla normativa sul credito al consumo; la nuova *Customer Credit Directive II* li sottopone, al contrario, alla nuova regolamentazione proprio per la presenza di rischi di sovraindebitamento del consumatore non pienamente consapevole degli effetti sfavorevoli che possono derivare dalla conclusione di tali tipi di contratti. Per un'interessante analisi sullo sviluppo di tali nuove forme di accesso e di erogazione al credito si rinvia alla ricerca di Crif del 2023 reperibile all'indirizzo <https://www.crif.it/ricerche-eacademy/ricerche/market-outlook/paper-bnpl-italia-crif-2023>. In particolare sulla configurazione e l'efficacia dei nuovi modelli di *buy now pay later* mi sia consentito rinviare a R. CARATOZZOLO, *Nuovi contratti di credito e tutele del consumatore: i modelli di Buy now pay later*, in corso di pubblicazione su RTDE 2023, si veda anche A. CANEPA, *Super Apps, pagamenti mobile e nuove forme di credito digitale al consumo: il Buy Now Pay Later*, in *La finanza nell'età degli algoritmi*, a cura di L. Ammannati e A. Canepa, Torino, 2023, pag. 95 e ss., L. GOBBI, *Buy Now Pay Later, Caratteristiche del mercato e prospettive di sviluppo*, in *Questioni di Economia e Finanza, Occasional Paper*, Novembre 2022, reperibile sul sito istituzionale della Banca d'Italia.

garantire un corretto bilanciamento tra i tradizionali interessi del mercato bancario¹³.

Per promuovere lo sviluppo di un mercato unico ed omogeneo del credito al consumo la nuova Direttiva si propone di eliminare le disparità esistenti tra le legislazioni dei diversi Stati membri, dovute sia ad alcune imprecise formulazioni normative sia all'applicazione ed all'esecuzione di pratiche diverse, dettando, per quanto di specifico interesse alla presente analisi, una serie di prescrizioni che i singoli legislatori dovranno attuare per offrire ai cittadini europei servizi di consulenza omogenei e con medesime caratteristiche, destinati a soppiantare quelli attualmente offerti in alcuni paesi ed a eliminare le discrasie esistenti¹⁴.

La *CCD II* recepisce ed attua i principi che la Commissione Europea aveva già adottato con lo scopo di delineare le linee riformatrici di un nuovo sistema che rafforza la tutela del consumatore: ci si riferisce al *New Deal* del consumatore¹⁵ ed alla Nuova Agenda dei consumatori¹⁶ nonché al Progetto, promos-

13 Simile valenza viene riconosciuta alla valutazione del merito creditizio in cui si intrecciano e si articolano contestualmente pubblico e privato, tutela civilistica e disciplina della vigilanza bancaria: sul punto G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *B.B.T.C.*, I/2013, pag. 38 e ss., G. FALCONE, *"Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, I/2017, pag. 150 e ss., M. RABITTI, *Credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, in *Riv. Dir. Banc.*, I/2023, pag. 173 e ss., A.A. DOLMETTA, *Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore*, in *Fall.*, 2022, pag. 1581 e ss., F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio del consumatore*, Milano, 2018, G.L. BUCCIANI, *Il merito creditizio del consumatore*, Milano, 2019.

14 Per un'accurata analisi delle modalità di finanziamento, delle tipologie di *debt advice* e dei soggetti che la prestano nei vari Paesi dell'Unione Europea si rinvia a D. ANTENUCCI E G. CALDARELLI, *Il debt advice per il consumatore: natura, dibattito europeo e implicazioni per l'Italia*, in *Sovraindebitamento e Consulenza sul debito, Un approccio multidisciplinare all'inclusione finanziaria*, *Cit.*, pag. 79 e ss.

15 COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, *Un "New Deal" per i consumatori*, Bruxelles, 11.4.2018, COM (2018) 183 final, che si propone di migliorare il quadro normativo esistente, di darne piena attuazione e di integrarne le previsioni con norme modernizzate in materia di protezione dei consumatori, adatte alle attuali sfide dei mercati in rapida evoluzione, alle applicazioni efficaci a livello pubblico e privato e alle migliori opportunità di ricorso.

16 COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Nuova agenda dei consumatori - Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*, Bruxelles, 13.11.2020, COM (2020) 696 final; l'Agenda funge da guida per l'attuazione del programma per il mercato unico nell'ambito del nuovo quadro finanziario pluriennale e si propone di "rafforzare la fiducia dei consumatori, la cui spesa genera il 54% del PIL dell'UE,

so dalla stessa Commissione, volto a facilitare la fornitura di servizi di consulenza sul debito per i cittadini europei¹⁷. Tutte queste iniziative – legate dall'idea comune di garantire che utenti e imprese possano fare affidamento su norme certe, uniformi ed omogenee in tutta Europa e su un sistema adatto ad affrontare nuove sfide - hanno, ripetutamente, messo in luce la necessità che i consumatori, in una realtà sottoposta a continui e profondi mutamenti, usufruiscano di strumenti moderni, efficaci ed accessibili, capaci di limitare la loro vulnerabilità; la consulenza sul debito, certamente, risponde a simili esigenze.

Essa viene configurata come un'attività di assistenza personalizzata e indipendente che può coinvolgere diverse sfere di competenza come quella legale, quella in tema di gestione del denaro e del debito, ma anche sociale e psicologica, tenuto conto delle gravi ripercussioni, anche attinenti alla sfera personale, che l'eccessivo indebitamento può causare. È stato sottolineato, a tal proposito, come il fenomeno del sovraindebitamento possa arrecare pregiudizi non solo ai creditori, che non riescono a soddisfarsi sul patrimonio incapiente dei debitori, ma anche agli stessi debitori, che subiscono le ricadute sociali, relazionali e psico-fisiche, ed alla stessa collettività, che dovrà sostenere i costi, economici e sociali, dipendenti da maggiori servizi di assistenza oltre che da minori introiti fiscali riferibili al finanziato¹⁸. Tenuto conto delle diverse cause che possono portare ad una situazione di criticità sarà necessaria, peraltro, un'opera di adattamento alle esigenze concrete ed alle circostanze contingenti di ogni spe-

stimolando in tal modo la ripresa economica dal lato della domanda”.

17 COMMISSIONE EUROPEA, *Project for the “Provision of actions to extend the availability and improve the quality of debt advice services for European households”*. I principali obiettivi del progetto sono i seguenti: “Facilitate the availability and improve the quality of debt-advice services for European households by way of estimating the costs of debt-advice in relation to the demand and consequently assessing the funding needs, identifying the existing good practices in EU Member States, creating a platform for exchange of ideas, bring forth recommendations on further measures, enhance the training of those providing debt-advisory services and through this indirectly enhance the education of consumers.

18 P. FIORIO, *Tutela del credito, dignità della persona e utilità sociale*, in *Sovraindebitamento e Consulenza sul debito*, *Un approccio multidisciplinare all'inclusione finanziaria*, *Cit.*, pag. 149 e ss. 5; A. SCIARRONE ALIBRANDI, U. MALVAGNA, *I crediti deteriorati tra stabilità finanziaria e «non esclusione» sociale. Verso la sostenibilità dell'ecosistema del credito*, in *An. Giur. Econ.*, n.II/2020, pag. 630 e ss.

cifico caso¹⁹. Ciò potrebbe migliorare la conoscenza dei diritti dei consumatori, accrescendo la loro fiducia e la sicurezza nei prodotti offerti e nei comportamenti dei creditori e degli intermediari, con effetti positivi sul funzionamento dell'intero sistema, in considerazione del rilievo assunto dalla spesa al consumo nel garantire un modello economico sostenibile. La consulenza sul debito rappresenta, certamente, uno di quei cambiamenti tangibili che il citato *New deal* dei consumatori promuove per rendere il mercato del credito al consumo più sostenibile, anche perché, come è stato rilevato, i costi per accedervi sono assolutamente minori rispetto ai benefici prodotti²⁰. Destinata a ricoprire un ruolo fondamentale nel nuovo sistema delineato dalla *CCD II*, colmando i vuoti lasciati aperti dall'attuale disciplina, la consulenza sul debito si caratterizza per la sua capacità di offrire una consapevolezza di ampio respiro, necessaria per gestire al meglio le proprie risorse; l'obiettivo unitario del nuovo strumento, infatti, sembra potersi riassumere nel concetto di sostenibilità dell'indebitamento che, conciliando il fabbisogno di credito di un soggetto con il suo profilo economico e personale, fa comprendere la necessità che un possibile indebitamento ed una sua corretta gestione debbano sempre rispondere a criteri di responsabilità e mantenersi entro determinati livelli, adeguati a garantire piena dignità nello svolgimento della vita privata, sociale e professionale.

3. La tutela anticipatoria e gli altri tratti distintivi della consulenza sul debito

Dalla richiamata definizione, di cui all'art. 3, comma I, n. 22 della Direttiva 2025/2023/UE, emerge con chiarezza uno dei tratti peculiari del nuovo ser-

19 Nel *Report on the 2020-2021 Project of the European Commission on debt-advice*, pubblicato il 12 maggio 2022, viene detto che “*The multi-causal nature of overindebtedness requires debt advisors to tailor their advice to the specific needs and circumstances of the households concerned. Although good quality debt-advice is primarily addressing the needs of debtors, it also facilitates the reimbursement of creditors*”.

20 Secondo lo studio di EUROFOUND, *Addressing household over-indebtedness*, del 12 marzo 2020, richiamato nel *Final Report* di cui alla nota 15, i benefici prodotti dalla consulenza sul debito si propagano dal singolo individuo alla società nel suo insieme, ad es. con la mitigazione delle spese, comprese quelle legate alla sanità, o l'aumento del rimborso del credito. Si stima che i benefici di un sistema di consulenza sul debito universalmente disponibile e liberamente accessibile in ogni paese creerebbero tra 1,4 e 5,3 euro per ogni euro speso.

vizio, nel momento in cui si fa espresso riferimento a “consumatori che incontrano o potrebbero incontrare difficoltà nel rispettare i propri impegni finanziari”. Si tratta, invero, della natura anticipatoria e precauzionale della protezione offerta al consumatore rispetto all'emersione di situazioni di crisi conclamate o di difficoltà finanziarie manifeste: la consulenza sul debito, avendo riguardo anche alle potenziali difficoltà di rientro da impegni già assunti, anticipa, evitandola o gestendola adeguatamente, un'eventuale fase patologica dell'originario contratto di credito, dipendente dall'inadempimento del soggetto finanziato. Ciò potrebbe garantire una certa stabilità del rapporto tra cliente e intermediario, mantenendo integra la reciproca fiducia sottostante in modo da poter incidere, oltre che sulle rispettive posizioni ed aspettative, anche sull'efficienza e sul buon funzionamento dell'assetto complessivo del mercato di riferimento²¹. Naturalmente andranno prese in considerazione le diverse dinamiche che hanno determinato le criticità, legate sia a fattori interni, relativi a scelte ipoteticamente prese senza la dovuta consapevolezza degli effetti di un determinato contratto, sia a fattori esterni, indipendenti dalla volontà del debitore ma che incidono sulla sua posizione economica, poiché impattano sull'originario assetto di interessi. Circostanze queste che, certamente, possono sfuggire all'attenzione anche di un utente attento e che, di contro, dovrebbero costituire il *focus* principale della consulenza.

Medesime caratteristiche sono presenti anche qualora la consulenza venga offerta a consumatori che già incontrano difficoltà nell'adempire le proprie obbligazioni finanziarie: si tratterebbe, comunque, di un tipo di attività che precede eventuali procedure esecutive avviate dai creditori insoddisfatti e che potrebbe, addirittura, evitare simili ipotesi con la ricerca di nuovi accordi di rien-

21 A.M. TARANTOLA, *La Banca d'Italia e la tutela del consumatore nei servizi bancari e finanziari*, in *La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore-cliente nei servizi bancari e finanziari*, 19.03.2010, sottolinea come relazioni non conflittuali, trasparenti e durature incrementano la fiducia del cliente nell'operato dell'intermediario e mantengono inalterata la sua propensione all'utilizzo dei prodotti e servizi offerti.

tro o di nuovi finanziamenti che consolidino i debiti preesistenti all'interno di uno schema complessivo necessariamente sostenibile.

Una conferma di questa impostazione può provenire dalla disposizione dell'art. 25, secondo comma, ultimo capoverso della *CCD II*, per la quale in caso di sconfinamento regolare il creditore offre al consumatore servizi di consulenza, laddove disponibili, e lo reindirizza gratuitamente verso servizi di consulenza sul debito. Viene demandato al creditore una sorta di obbligo di controllo sull'andamento di un rapporto di finanziamento già concluso ovvero ancora da concludere e di sollecitazione del cliente che versa in situazione di difficoltà; naturalmente tale sollecitazione potrebbe anche non essere accolta, non potendosi configurare, allo stato delle previsioni, alcun obbligo per il cliente di accesso alla consulenza sul debito. Ipotesi che, nuovamente, precede eventuali fasi giudiziali e che sembra potersi configurare come una sorta di pre-allarme circa l'insostenibilità di un'esposizione debitoria. Saranno i creditori, questa volta, a svolgere un ruolo importante nel prevenire il sovraindebitamento, attivandosi immediatamente in favore dei consumatori.

Il sistema così delineato, che già di per sé rafforza la protezione del consumatore, potrebbe trovare ulteriore incremento qualora si pensasse di estenderne l'operatività anche in un momento precedente l'accesso al finanziamento, in maniera da presidiare non solo la fase di distribuzione del contratto di credito, affidata a diverse previsioni come quelle dettate in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali o di consulenza sul credito o di merito creditizio, ma, con portata assolutamente innovativa, quella di preventiva indagine volta a valutare la compatibilità dei termini del possibile indebitamento con il profilo economico, finanziario e personale del consumatore. In tal modo la consulenza sul debito potrebbe operare con maggiore incisività ponendosi quale irrinunciabile strumento che, precedendo le fasi di indebitamento, garantirebbe una corretta gestione delle risorse, un'efficiente programmazione economica idonea a realizzare i diversi bisogni da finanziare e, contemporaneamente, un corretto

svolgimento della vita del consumatore, sia sul versante economico sia su quello personale e sociale.

Un altro tratto innovativo del servizio in esame riguarda, certamente, la sua eterogeneità, ricomprendendo attività di analisi e di valutazione composite non solo di tipo giuridico ed economico ma anche personale e psicologico; esse sono necessarie per offrire quell'ampio sostegno richiesto dal consumatore per affrontare le sue difficoltà, evitando, o quantomeno limitando, il sovraindebitamento ed i connessi rischi di esclusione sociale e finanziaria²².

Si è parlato, a tal proposito, di pacchetto integrato di servizi offerti su misura per il debitore in difficoltà, in cui le diverse attività vengono prestate, per l'appunto, in modo combinato proprio per gestire al meglio i problemi di tipo finanziario, psicologico, sociale, legale fortemente interconnessi tra di loro²³. La consulenza, pertanto, potrà riguardare, anche tenendo conto del momento concreto in cui viene svolta, un'articolata combinazione di diversi servizi, quali la gestione del denaro o del debito, per la ricerca di soluzioni più vantaggiose per accedere al credito, la pianificazione del *budget* e la programmazione dei pagamenti da effettuare in relazione alle priorità, l'esame di eventuali richieste dei creditori; la vera e propria assistenza legale, nell'ambito di controversie con i creditori, per evitare l'insorgere delle stesse ovvero per individuare soluzioni transattive adeguate; la gestione dei conti bancari; il supporto psicologico che aiuti il consumatore nel mantenimento o nella ricerca di percorsi di riabilitazio-

22 Lo *Stakeholder Forum on Debt Advice* del 2018, *Cit.*, ha sottolineato, fra l'altro, che il *debt advice* è uno strumento utile per aumentare l'inclusione finanziaria.

23 D. ANTENUCCI E G. CALDARELLI, *Il debt advice per il consumatore: natura, dibattito europeo e implicazioni per l'Italia*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)* della Banca d'Italia, n. 740, novembre 2022, per le quali si tratta di una assistenza personalizzata e trasversale di tipo tecnico-operativo, legale, psicologico, sociale; F. PETROSINO, *Debt advice quale strumento preventivo del rischio da sovraindebitamento. Analisi del fenomeno e potenzialità applicative*, *Cit.*, sottolinea che i servizi relativi al *debt advice* si manifestano "in un apporto dapprima informativo, in seguito gestionale, infine di monitoraggio, nel segno di una visuale riabilitativa, conseguentemente di una ripresa in termini economici e dunque di reinserimento sociale".

ne e di inclusione sociale relativi, ad esempio, alla salute, alla famiglia, al lavoro²⁴.

Anche la personalizzazione dell'assistenza riveste un ruolo determinante per la corretta configurazione del nuovo servizio, prestato non in forma generica a più soggetti ma con riguardo alle specifiche esigenze ed ai particolari bisogni del singolo soggetto al quale è rivolta. È questo un elemento che segna, con decisione, un tratto tipico del servizio, fondato su una relazione personale tra consulente e cliente in forza della quale vengono fornite indicazioni adatte al profilo di quel cliente, strutturate ed erogate su misura, c.d. *tailored made*. La personalizzazione della consulenza richiede, con ogni evidenza, un'accurata analisi preventiva della specifica situazione, quindi una piena conoscenza delle caratteristiche del soggetto, al fine di poterlo profilare ed indirizzare verso scelte coerenti. Si potrebbe ipotizzare, pertanto, un sistema che imponga al cliente obblighi informativi, in favore del consulente, relativi alla situazione personale e finanziaria, alle preferenze, ai bisogni ed agli obiettivi, al fine di essere profilato e quindi, solo a seguito di ciò, consigliato tramite raccomandazioni, indicazioni, soluzioni ritenute vantaggiose e adeguate per gestire al meglio la situazione contingente.

L'indipendenza del consulente rispetto al soggetto erogatore del credito concorre al disegno di un modello che si propone di essere autonomo dai creditori e slegato dalla loro attività di erogazione di finanziamenti; in tal modo si intende garantire la prestazione di un servizio imparziale che elimini alla base eventuali ipotesi di conflitto di interessi che possano minarne l'efficacia. La

24 Cfr. il *Final report - Provision of actions to extend the availability and improve the quality of debt-advice services for European households*, pubblicato nel 2022, secondo il quale "Debt-advice services can combine various services to beneficiaries depending on the provider of the services and the legal framework. The services can be divided in three broad categories, which can be further divided in various subcategories: 1) *Legal counselling*: Verification of legality of legal claims, Settle disputes between debtor and creditor, Support to debt settlement procedures (information about process, assist in getting access and getting through the process); 2) *Money and debt management*: Create structure in financial administration, Prioritisation of payments, Respond to payment requests (letters from creditors), Restructuring of debt (e.g. pass from expensive overdrafts/credit card loans to consumer loan), Renegotiate the payment terms and amounts; 3) *Social and psychological assistance*: Refer to social services such as mental healthcare, employment and welfare services, Contact point for social services concerning the financial matters.

consulenza sul debito, in altri termini, non viene svolta in maniera funzionale all'erogazione di un certo tipo di contratto di credito, configurandosi in questa ipotesi come una fase strumentale rispetto all'attività principale avente ad oggetto l'offerta di credito, quanto piuttosto un'attività pienamente autonoma e distinta che può anche esaurire i propri effetti al momento della prestazione del consiglio o dell'indirizzo: le fasi esecutive sarebbero ulteriori ed eventuali, sebbene necessarie per garantire gli obiettivi propri dell'assistenza, e comunque sempre distinte dalla prima, rimanendo il consumatore libero di operare le proprie scelte.

Completano il nuovo istituto i caratteri relativi alla facilità di accesso ed alla economicità, entrambi volti, chiaramente, ad incoraggiare il ricorso a tale servizio sfruttandone i vantaggi. Quanto al primo, può richiamarsi il terzo comma del citato art. 36 che richiede ai creditori di indirizzare i consumatori verso tali servizi: in tal modo si riconosce agli intermediari un ruolo importante nella diffusione di informazioni, assoggettandoli a nuovi obblighi di carattere preventivo volti a far conoscere al consumatore la possibilità di accedere alla consulenza; il consumatore, pertanto, dovrebbe essere messo in condizione di comprendere la natura del servizio, i soggetti deputati alla sua erogazione, la remunerazione e, soprattutto, la valenza che lo stesso produce nei suoi confronti affinché possa consapevolmente decidere se avvalersene o meno.

Il secondo aspetto dovrà essere attuato tenendo conto della natura professionale dell'attività che verrà prestata e della sua remunerazione. Sul punto si potrebbe pensare, ad esempio, a modalità di finanziamento miste per mantenere entro limiti sufficientemente contenuti il costo del servizio, prevedendo l'intervento sia di soggetti pubblici, come enti nazionali o territoriali, sia di soggetti privati, come gli stessi creditori mediante la costituzione di uno specifico fondo.

Quanto ai soggetti che potranno svolgere tale servizio, la definizione di cui all'art. 3 della Direttiva opera un riferimento generico ad "operatori profes-

sionali indipendenti”. Dovrà, quindi, essere individuata la natura di tali operatori, la loro esatta qualifica, le eventuali condizioni che legittimano lo svolgimento del servizio unitamente a requisiti inerenti alla professionalità, all’indipendenza, alla neutralità, tenendo conto del carattere variegato e composito delle diverse tipologie di servizi che concorrono trasversalmente all’identificazione unitaria della consulenza sul debito. Le richiamate analisi svolte nei Paesi che già conoscono simili esperienze, hanno mostrato che, in assenza di apposita normativa, il *debt advice* viene svolto da soggetti di natura diversa quali, a titolo esemplificativo, associazioni di consumatori, enti locali o organizzazioni pubbliche, consulenti privati, avvocati e commercialisti, organizzazioni non governative, enti di beneficenza²⁵. Sul punto la nuova Direttiva intende svolgere la funzione determinante di uniformare le normative dei diversi Stati membri e renderle omogenee tra loro, in maniera da individuare le condizioni sufficienti per la creazione di un sistema unitario che riconosca l’attività di *debt advice* e la nuova figura del *debt counselor*.

Le poche indicazioni fornite dalla *CCD II* richiedono, pertanto, la costruzione di un rinnovato *framework* normativo idoneo a dare certezza e solidità ad un servizio che può ricoprire stabilmente un ruolo determinante nel panorama degli strumenti di ausilio in favore del consumatore.

4. I rapporti con le norme sui contratti di credito immobiliare ed il possibile inquadramento sistematico nell’ordinamento interno

La nuova *CCD II* appare determinante sotto il profilo del rinnovamento della disciplina in quanto se, per un verso, punta, in maniera decisa, sull’attività consulenziale, ripercorrendo il quadro tracciato dalla precedente *MCD* ed ade-

²⁵ Secondo il *Final report - Provision of actions to extend the availability and improve the quality of debt-advice services for European households*, *Cit.*, la disponibilità e il livello di sviluppo della consulenza sul debito variano ampiamente tra i 27 paesi dell’UE e il Regno Unito: sono circa 15 i paesi che offrono consulenza sul debito in modo più sviluppato, mentre negli altri 13 paesi viene fornita solo sporadicamente o addirittura è inesistente; nella maggior parte dei paesi, viene affidata a ONG, enti di beneficenza, altre organizzazioni sociali, organizzazioni di consumatori e professionisti privati, che spesso incontrano difficoltà nel fornire i propri servizi a grandi gruppi a causa, principalmente, delle limitazioni economiche.

guandosi ad esso, per altro verso, compiendo un ulteriore passo in avanti, lo aggiorna rispetto all'evoluzione del mercato ed alle nuove esigenze, introducendo la figura della consulenza indipendente sul debito.

La c.d. *Mortgage Credit Directive* o MCD²⁶ - emanata a seguito della crisi dei mutui *sub prime* con l'intento di aumentare la protezione dei mutuatari attraverso strumenti che limitassero il loro sovraindebitamento e che garantissero comportamenti responsabili dei finanziatori in attuazione del principio del *responsible lending* ed in contrasto con quello del *predatory lending*²⁷ - aveva avuto il pregio di introdurre il servizio di consulenza, prestato dal finanziatore o da un soggetto terzo eventualmente indipendente, che si affiancava all'obbligo di assistere il consumatore nella fase precontrattuale per fornirgli tutte le informazioni necessarie ad assicurargli una corretta valutazione del contratto di credito proposto e delle relative condizioni in relazione alle proprie esigenze²⁸. L'obiettivo era quello di far recuperare ai consumatori sufficienti livelli di fiducia verso gli operatori specializzati ed il sistema finanziario nel suo complesso, erosi a causa dell'esplosione della crisi dei mutui *sub-prime*²⁹. Recependo le indicazioni della

26 Direttiva 2014/17/UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, in G.U.U.E. del 28.02.2014.

27 Per il considerando n.4 della Direttiva 2014/17/UE sono stati individuati diversi problemi nei mercati del credito ipotecario all'interno dell'Unione legati al comportamento irresponsabile nella concessione e accensione dei mutui e al potenziale margine per comportamenti irresponsabili da parte degli operatori del mercato, fra cui gli intermediari del credito e gli enti non creditizi.

28 R. FERRETTI e A. SANTORO, *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, in *Approfondimenti*, maggio 2016, su dirittobancario.it. Vedi anche E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *B.B.T.C.*, 2016, pag. 211 e ss., S. BELLETTATO, *Obblighi informativi del finanziatore e misure di tutela del consumatore: la disciplina attuativa della Direttiva n. 2014/17/UE*, in *Studium Iuris*, 2017, pag. 292 ss.

29 Secondo P. MANES, *Commento sub art. 120-terdecies Tub*, in AA.VV. *Commentario Breve al Testo Unico Bancario*, a cura di R. COSTI e F. VELLA, Milano, 2019, pag. 785 e ss., la norma ha l'obiettivo di ripristinare il rapporto di fiducia tra finanziatori e consumatori, posto che la crisi finanziaria ha dimostrato come comportamenti irresponsabili degli intermediari possono mettere a rischio l'intero sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare in capo ai consumatori. Nello stesso senso anche F. DI PORTO, *Commento sub art. 120-terdecies*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Milano, pag. 2048 e ss., per la quale il servizio di consulenza rappresenta per il legislatore europeo lo strumento principale per il reale recupero di fiducia nei professionisti del credito, minato dalla crisi. Vedi anche A. PERRONE, *Tanto rumore per nulla? Per un*

Direttiva³⁰ il D. Lgs. 72/2016 ha introdotto nel Tub il Capo I-*bis* il cui art. 120-*quinques*, comma primo, lett. i), provvede a definirlo come quel servizio che si concretizza in “raccomandazioni personalizzate fornite al consumatore ai sensi dell’art. 120-*terdecies* in merito a una o più operazioni relative a contratti di credito” e disciplinato dal successivo art. 120-*terdecises*.

Il servizio di consulenza presenta specifici fattori strutturali e funzionali, in parte ripresi dalla *CCD II*: sotto il profilo soggettivo, si tratta di attività riservate ai finanziatori ed agli altri intermediari del credito, sebbene espressamente distinte dall’offerta di prodotti di credito. La consulenza immobiliare, può essere qualificata come indipendente, ai sensi del secondo comma dell’art. 120-*terdecies*, soltanto eventualmente qualora venga svolta dai consulenti di cui all’art. 128-*sexies*, comma 2-*bis*, vale a dire da mediatori creditizi che, prestando professionalmente in via esclusiva servizi di consulenza indipendente, sono iscritti in una sezione speciale dell’elenco tenuto dall’Organismo degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, di cui all’art. 128-*undecies*³¹. In questi casi i consulenti indipendenti potranno essere remunerati per il servizio reso esclusivamente dal consumatore e non anche dal finanziatore³².

ripensamento della disciplina sugli inducements, in B.B.T.C., 2016, pag. 129 e ss. Il Considerando n. 3 della Direttiva 2014/17/UE ritiene che “La crisi finanziaria ha dimostrato che un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico. Molti consumatori hanno perso fiducia nel settore finanziario e i mutuatari si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti: ciò ha portato all’aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate”.

30 Secondo il considerando n. 63 della Direttiva 2014/17/UE, fornire consulenza sotto forma di raccomandazioni personalizzate costituisce un’attività separata che può, ma non deve necessariamente, essere combinata con altri aspetti della concessione o intermediazione del credito.

31 Per F. DI PORTO, *Commento sub art. 120-terdecies*, *Cit.*, il consulente indipendente, tenuto conto del numero di prodotti che potrà offrire e dei suoi incentivi, è il soggetto che è capace di suggerire un’ampia gamma di contratti di credito presenti sul mercato proponendosi come soggetto non legato ad interessi del creditore o dei suoi rappresentanti e dunque capace di raccogliere la fiducia del consumatore.

32 Sul punto si è sottolineato un certo disallineamento dovuto all’inquadramento sistematico delle norme richiamate nel testo, che crea difficoltà interpretative ed applicative dal momento che mentre l’art. 120-*terdecies* è rivolto alla tutela del consumatore l’art. 128-*sexies*, comma 2-*bis* riguarda la tutela del cliente, indipendentemente dalla qualifica ricoperta nel caso specifico: M. LUPOI, *La direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in B.B.T.C.,

Dal punto di vista oggettivo essa si riferisce ad una o più operazioni relative a contratti di credito, essendo rivolta, per l'appunto, ad una valutazione di sostenibilità o di compatibilità di singole operazioni di credito in ragione della situazione economica e finanziaria del consumatore, così come prescritto dall'*incipit* dell'art. 22 della MCD che delimita il perimetro operativo dei servizi di consulenza riguardo al "contesto di una determinata operazione" attuato dalla lettera c) dell'art. 120-*terdecies* Tub, secondo il quale la raccomandazione personalizzata riguarda "una o più operazioni relative a contratti di credito, adeguata rispetto ai suoi bisogni e alla sua situazione personale e finanziaria". Finalità della consulenza è, quindi, quella di addivenire all'individuazione del prodotto più adatto al consumatore, limitando le sue difficoltà in ordine alla comprensione e all'interpretazione delle clausole contenute nei contratti proposti³³.

Anche considerando un'ulteriore finalità consistente nell'aiuto offerto al consumatore per orientarsi consapevolmente tra le molteplici e complesse offerte di finanziamenti sul mercato, favorendo un'opportuna comparazione, riemerge il tratto caratterizzante dell'attività di consulenza³⁴. Essa segna un "salto qualitativo" nel processo informativo in favore del cliente, potendo coniugare i suoi bisogni personali e finanziari con le informazioni del creditore al fine di adottare la raccomandazione personalizzata³⁵.

I/2016, pag. 234 e ss., sottolinea il ristretto ambito soggettivo delle previsioni che non includono tutti i clienti al dettaglio ma quelli qualificabili come consumatori. Sul difficile rapporto tra le norme richiamate si rinvia a M.-T. PARACAMPO, *Commento sub art. 128-sexies Tub*, in AAVV., *Commentario al Testo Unico Bancario* a cura di S. Bonfatti, Pisa, 2021, pag. 1028 e ss., secondo la quale la consulenza indipendente identifica il perimetro operativo, esaustivo ed imprescindibile ai fini della riserva, a differenza di quella che il mediatore potrebbe svolgere quale modalità eventuale e non necessaria in funzione dell'attività principale di messa in relazione delle parti contraenti.

33 P. MANES, *Commento sub art. 120-terdecies Tub*, *Cit.*, F. DI PORTO, *Commento sub art. 120-terdecies*, *Cit.*

34 In tal senso M. LUPOI, *La direttiva 17/2014*, *Cit.*, che identifica una seconda finalità della consulenza nell'aiutare il consumatore ad orientarsi in modo consapevole tra le molteplici e, spesso, complesse e non facilmente comprensibili offerte di finanziamento presenti sul mercato.

35 Così M.-T. PARACAMPO, *Commento sub art. 120-terdecies Tub*, in AAVV., *Commentario al Testo Unico Bancario* a cura di S. Bonfatti, *Cit.*, per la quale il carattere della personalizzazione non si esaurisce nell'adeguatezza del contratto rispetto ai bisogni ed alla situazione personale e fi-

Sebbene la portata delle previsioni del Tub sia assolutamente rilevante, il ristretto perimetro applicativo nonché l'articolazione e le modalità tecniche attuative finora adottate, ne hanno limitato l'efficacia realmente innovativa³⁶.

La MCD aveva previsto anche un'attività di assistenza, compendiata in una serie di obblighi di informazione ulteriori e di spiegazioni particolari imposti al creditore o ad altro intermediario per garantire che il cliente, prima della conclusione del contratto, potesse prendere una decisione informata ed operare una scelta consapevole. Essa non integra quelle raccomandazioni personalizzate che, al contrario, costituiscono l'oggetto principale dell'attività di consulenza costituendo, in realtà, parte del procedimento volto alla concessione del credito³⁷.

Nel nostro ordinamento gli obblighi di assistenza vengono disciplinati sia in tema di credito immobiliare ai consumatori, dall'articolo 120-*novies* Tub, sia in tema di credito ai consumatori, dall'art. 124 Tub, inquadrandosi all'interno del sistema di obblighi precontrattuali a carico dei creditori; non esiste, invece,

nanziari del cliente ma si connota per ulteriori fattori, riferibili alla sostenibilità dell'operazione di credito raccomandata e la sua estensione anche ad eventuali servizi accessori connessi al contratto di credito; per S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di crediti immobiliare*, Napoli, 2018, pag. 124 e ss., il servizio di consulenza permette di superare la relazione standardizzata tra professionista e cliente a favore della costruzione di un rapporto a misura del singolo consumatore.

36 M.-T. PARACAMPO, *Commento sub art. 120-terdecies Tub, Cit.*, rileva il mancato completamento del quadro normativo delineato dal Tub, atteso che l'indicazione delle caratteristiche peculiari e distintive del nuovo servizio è stata rimessa alla disciplina di una nuova figura professionale (quella dei consulenti indipendenti del credito) a cura di un decreto ministeriale che, ancora, non è stato emanato. "Il mancato intervento del MEF ha prodotto molteplici conseguenze, quali quelle di: a) lasciare incompleto il quadro normativo applicabile e privare di efficacia tutte le disposizioni afferenti alla consulenza e al consulente indipendente; b) alzare indirettamente una barriera all'accesso sul mercato di professionisti indipendenti; c) depotenziare il servizio consulenziale indipendente nel sistema di tutela del consumatore".

37 L'art. 16 della MCD, rubricato "Spiegazioni adeguate" provvede ad elencare dettagliatamente tutte le informazioni precontrattuali che i creditori, gli intermediari del credito o i rappresentanti designati forniscano al consumatore "in modo che questi possa valutare se il contratto di credito e i servizi accessori proposti siano adatti alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria". Secondo F. VELLA e G. BOSI, *Diritto ed Economia di banche e mercati finanziari*, Bologna, 2019, pag. 234, tale obbligo di chiarimento consiste nell'illustrazione delle informazioni precontrattuali, delle caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e degli effetti specifici che possono avere, incluse le conseguenze del mancato pagamento.

alcun riconoscimento giuridico dell'attività di consulenza sul debito nell'ambito del credito ai consumatori.

Le previsioni sulla consulenza sul debito dovranno essere recepite nel nostro ordinamento, chiamato a individuare l'assetto normativo più adeguato alle intenzioni del legislatore europeo e adatto al contesto interno. In tal modo, per garantirne l'efficacia ed incrementarne i vantaggi, sarebbe auspicabile giungere alla configurazione di una attività che, ad ogni modo, punti sul particolare approccio professionale, qualificato e specializzato, che richiede competenze diverse ed articolate in capo ai soggetti deputati alla sua erogazione, tenuto anche conto della libertà riconosciuta agli Stati membri di mantenere o introdurre requisiti specifici a tal fine³⁸. In una prospettiva *de jure condendo* si potrebbe pensare di costruire un sistema che riservi tali attività a soggetti che posseggono determinati requisiti professionali e che saranno autorizzati dall'autorità competente, sul modello del servizio di consulenza finanziaria disciplinata dal Tuf; questi consulenti potranno essere iscritti in un apposito albo, svolgere l'attività secondo canoni e procedure ben definiti ed essere sottoposti a forme di vigilanza. In alternativa, sul modello dell'esperienza già maturata nel campo dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie con l'Arbitro Bancario e Finanziario e con l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, secondo una logica diversa ma che garantisce medesima qualità e indipendenza del servizio reso, si potrebbe immaginare la costituzione di organismi o di gruppi di lavoro che rispecchiano le professionalità richieste dal nuovo servizio, riconoscendo la qualifica di consulente del debito a soggetti dotati di particolari requisiti, nominati dall'autorità di vigilanza preposta che, per la pluralità delle competenze richieste dalla particolare natura del servizio, potrebbe servirsi della collaborazione dei competenti organismi specializzati, come quelli che rappresentano le categorie dei creditori e dei consumatori ovvero gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti, degli assistenti sociali, degli psicologi, nonché delle *ex-*

38 Per il considerando n. 81 gli Stati membri rimangono liberi di mantenere o introdurre requisiti specifici per i servizi di consulenza sul debito.

pertises provenienti dalle istituzioni accademiche cui attingere per l'individuazione e la valutazione delle rispettive professionalità³⁹. Si realizzerebbe, così, una virtuosa collaborazione tra tutti i soggetti coinvolti in questo settore a vantaggio dei loro interessi ma anche del nuovo apparato in generale.

Entrambi i modelli proposti garantirebbero lo svolgimento di un'attività altamente qualificata e specializzata, indipendente e autonoma, informata a precisi obblighi comportamentali e criteri di efficienza, gestita in maniera tendenzialmente omogenea ed unitaria, anche mediante il determinato intervento dell'Autorità di vigilanza competente, in modo da poter ottenere dati e informazioni utili per il buon funzionamento del nuovo strumento e per la diffusione di possibili *best practices* che possono migliorarne utilità ed efficienza, rivolte sia ai consulenti sia ai debitori ed ai creditori.

5. Brevi prospettive di chiusura

Il rinnovato quadro disciplinare tracciato dalla recente *Consumer Credit Directive II* appare di assoluto interesse, per gli sforzi tesi a creare un sistema normativo sempre al passo con le continue trasformazioni sociali, economiche, tecnologiche che si registrano anche nel mercato dei crediti ai consumatori. La reale valenza e l'efficacia delle nuove previsioni potranno essere valutate solo a seguito del loro recepimento nel nostro ordinamento e, come accaduto per tutte le precedenti normative in tema, dopo aver svolto articolate ed approfondite analisi sull'impatto prodotto sui singoli rapporti tra creditori e clienti e sul sistema. Allo stato attuale, oltre ad immaginare alcune linee di indirizzo entro le quali la futura normativa potrà svilupparsi, si possono individuare precisi criteri che, certamente, dovranno informare il nuovo istituto, come quello dell'antecedenza rispetto all'emersione di uno stato di crisi, dell'indipendenza dei consulenti, della loro professionalità, ma anche della collaborazione tra professionisti

39 Per D. ANTENUCCI E G. CALDARELLI, *Il debt advice per il consumatore: natura, dibattito europeo e implicazioni per l'Italia*, *Cit.*, sarebbe opportuno richiedere ai consulenti anche particolari *soft skills*, per favorire un migliore approccio con le persone in difficoltà (la c.d. *emotional intelligence*) e per creare quel rapporto di fiducia con i debitori necessario a garantire un efficiente sistema di *debt advice*.

diversi che la nuova Direttiva richiede, con modi e termini innovativi, per creare una efficace ed elevata rete di protezione adatta ai rinnovati bisogni dei consumatori.

Tenuto conto di ciò, compito dei creditori, come visto, non sarà quello di fornire essi stessi consulenza sul debito ma di organizzare la propria attività e le proprie strutture per comprendere le circostanze concrete per le quali si configura un rischio di sovraindebitamento o di inadempimento da parte dei propri clienti per poi indirizzarli verso consulenti indipendenti. Ciò configurerebbe un più generale obbligo di collaborazione tra creditori e consulenti, strumentale alla diffusione del servizio; sarà necessario, sul punto, stabilire le concrete modalità e i termini di tale obbligo, individuando, con certezza, il momento in cui esso venga ad esistenza e verso quali clienti in difficoltà debba essere rivolto. Andrà stabilito, in altri termini, se tale obbligo, come sembra potersi dedurre dalla lettera del richiamato art.36 della *CCD II*, venga attivato a seguito della verifica di anomalie nell'andamento di uno o più rapporti di finanziamento, già assunti dal debitore, che il creditore ha la possibilità di monitorare direttamente o mediante il ricorso alle banche dati finanziarie e, pertanto, utilizzando le informazioni ivi registrate ovvero se debba essere attivato solo nei casi in cui il debitore voglia accedere ad un nuovo finanziamento, anticipando però, in questa ipotesi, la valutazione del merito creditizio e l'eventuale diniego di accesso al nuovo credito. Dovrà stabilirsi, inoltre, quando ricorrono, in concreto, gli estremi per la configurazione di una situazione di difficoltà di un consumatore e, quindi, comprendere quale tipo di anomalie poter utilizzare (ad esempio un mero ritardo, un numero determinato di ritardi, un termine entro il quale è consentito un adempimento tardivo, le eventuali differenze rispetto al tipo di contratto di credito, un numero di rate insolute, sofferenze formali e simili), i contratti che possono essere presi in considerazione per la valutazione di tali anomalie (solo quelli conclusi con il creditore che sta valutando l'anomalia e deve procedere all'indirizzamento ovvero anche quelli conclusi con altri credi-

tori) e quindi i soggetti sui cui grava tale obbligo (appunto quale creditore) nonché inquadrare entro termini ben precisi il concetto di tempestività connesso alla difficoltà finanziarie ed all'obbligo di indirizzo (ad esempio entro un numero determinato di giorni dalla notizia della causa della difficoltà finanziaria) e le modalità mediante le quali il creditore adempie a tali nuovi obblighi (vale a dire come, materialmente, dovrà indirizzare il cliente).

Ulteriore aspetto sarà quello di stabilire le eventuali conseguenze della responsabilità in capo ai creditori per non aver adempiuto a tali nuovi obblighi verso quei debitori in difficoltà che non sono stati informati e che avrebbero potuto sfruttarne i vantaggi.

Questo sistema risponderebbe alle richieste che la stessa direttiva avanza ai creditori, integrando i casi in cui questi ultimi affrontano in maniera proattiva il rischio di credito emergente in una fase precoce e predispongono le misure necessarie per esercitare, ove opportuno, un ragionevole grado di tolleranza, prima di dare avvio a procedimenti esecutivi.

Si creerebbe, in tal modo, un sistema omogeneo che, in pieno rispetto dei più recenti orientamenti di politica legislativa europea, affronta, con idoneo anticipo rispetto al suo concludersi, una situazione di difficoltà economica, finanziaria e personale di un soggetto; in ciò, inoltre, si potrebbe attuare quell'aiuto specializzato che sta alla base dell'offerta della consulenza sul debito e che concorre, unitamente al verificarsi delle altre circostanze prima esaminate, non soltanto ad evitare al consumatore la stipula di contratti non economicamente sostenibili ma, altresì, a garantire l'interesse generale ad una efficiente allocazione delle risorse economiche.

Il tutto, naturalmente, richiede una necessaria conoscenza in capo al consumatore di tali nuovi efficaci presidi, tenuto conto che la scarsa conoscenza presso il pubblico degli strumenti messi a disposizione dalla legge per superare

temporanei stati di difficoltà è un fattore che, certamente, può ridurre l'impatto e l'efficienza di tali misure⁴⁰.

Il compito che i legislatori dei singoli Stati sono chiamati a svolgere, per dare fattiva attuazione al disegno europeo, è impegnativo ma stimolante, dovendo affrontare un'ulteriore sfida di rinnovamento della normativa che proviene dall'evoluzione dei mercati e dei comportamenti dei soggetti che in essi vi operano, con l'applicazione di principi che non sempre sono pienamente compatibili o accettati dai singoli ordinamenti. In tal senso la definizione della grammatica del nuovo istituto potrà, certamente, rappresentare un'occasione importante per attuare quel disegno complessivo di ampio respiro europeo che necessariamente intende riuscire a coniugare, in modo efficiente, interessi della collettività e dei singoli cittadini con nuovi strumenti che si inseriscono a pieno titolo in questa direzione.

⁴⁰ In tal senso si è espressa M. BIANCO nel *Seguito dell'audizione del 5 aprile 2022 della Capo del Dipartimento Tutela della clientela ed educazione finanziaria della Banca d'Italia*, svoltasi alla Camera dei Deputati innanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sulla tutela dei consumatori e degli utenti, 21 aprile 2022.

LUIGI CARBONE

Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Trieste
luigi.carbone@units.it

L'INSINDACABILITÀ DEI CONSIGLIERI REGIONALI E I RIFLESSI SUL GIUDIZIO DI RESPONSABILITÀ PER DANNO ERARIALE

THE UNQUESTIONABILITY OF REGIONAL COUNCILLORS AND THE EFFECT ON THE LIABILITY JUDGMENT FOR DAMAGE TO THE TREASURY

SINTESI

Il contributo si propone di analizzare la questione dell'estensione della prerogativa dell'insindacabilità dei consiglieri regionali, quale garanzia costituzionale prevista a tutela dell'indipendenza e della libertà dei componenti del Consiglio regionale, onde assicurarne la certezza e continuità della sua fruizione, senza che possa sussistere il pericolo di interruzioni o sospensioni che ne vanifichino e dissolvano la funzionalità. In particolare, emerge l'esigenza di ricostruire l'ambito di applicazione di questa prerogativa con particolare riguardo alle possibili interferenze che possono derivare dall'esercizio dell'azione di responsabilità per danno erariale alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, che ha assunto un diverso atteggiamento a seconda che ricorra l'ipotesi di voto dato in sede di approvazione dei rendiconti dei gruppi consiliari e di attività materiale di gestione delle risorse pubbliche destinate al relativo funzionamento, nonché di deliberazioni consiliari relative ad atti non legislativi. In tale prospettiva, appare opportuno ripercorrere l'itinerario ermeneutico della Corte costituzionale nel tentativo di verificare come possa essere valorizzato, secondo l'autorevole insegnamento di Galeotti, il congegno del conflitto di attribuzione al fine di assicurare che la garanzia di cui all'art. 122, c. 4, Cost. operi senza soluzione di continuità e senza "intromissioni" che possano derivare dal dispiegarsi di iniziative dell'autorità giudiziaria.

ABSTRACT

The paper aims to analyse the issue of the extension of regional councillors' unquestionability, as a constitutional guarantee provided for the protection of the independence and freedom of the members of the Regional Council, in order to ensure the certainty and continuity of its use, without the danger of interruptions or suspensions that would nullify and dissolve its functionality. In particular, there emerges the need to reconstruct the scope of application of this prerogative with particular regard to the possible interferences that may arise from the exercise of the action for liability for damage to the treasury in the light of the most recent constitutional jurisprudence, which has taken a different stance depending on whether the hypothesis of a vote cast during the approval of the accounts of the council groups and the material activity of managing the public resources intended for the relative operation, as well as council resolutions relating to non-legislative acts, is involved. In this perspective, it seems appropriate to retrace the hermeneutic itinerary of the Constitutional Court in an attempt to ascertain how the conflict of attribution can be valued, according to the authoritative teaching of Galeotti, in order to ensure that the guarantee of Article 122, paragraph 4, of the Italian Constitution operates without interruption and without "intrusions" that might result from the deployment of initiatives of the judicial authority.

PAROLE CHIAVE: Consiglieri regionali – Insindacabilità consiliare – Serio Galeotti – Garanzia costituzionale – Conflitto di attribuzione.

KEYWORDS: Regional councilors – Unquestionability council – Serio Galeotti – Constitutional guarantee – Conflict of attribution.

INDICE: 1. Premessa. – 2. Fondamento e *ratio* dell'insindacabilità dei consiglieri regionali – 3. La problematica individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 122, c. 4, Cost. nella giurisprudenza costituzionale. – 4. L'estensione dell'insindacabilità consiliare nell'interpretazione della dottrina. – 5. L'esigenza di continuità nella fruizione dell'insindacabilità consiliare e la valorizzazione dello strumento del conflitto di attribuzione (rileggendo Serio Galeotti).

1. Premessa

La tematica attinente all'estensione della prerogativa dell'insindacabilità di cui all'art. 122, c. 4, Cost. è divenuta di preminente interesse dinnanzi al dila-

gante fenomeno di *mala gestio* delle risorse pubbliche assegnate ai gruppi consiliari regionali, che, come testimoniato dalle cronache recenti, ha interessato numerosi consiglieri regionali.

A fronte di (sempre più frequenti) riscontri di illecito utilizzo di fondi pubblici per il “funzionamento” dei gruppi, nonché di ipotesi di danno erariale derivanti dall'adozione di atti amministrativi da parte di Consigli regionali o di loro articolazioni interne, si è reso, infatti, spesso, necessario, l'intervento del giudice contabile e talvolta di quello penale.

Emerge, quindi, l'esigenza di ricostruire l'ambito di applicazione di questa prerogativa con particolare riguardo alle possibili interferenze che possono derivare dall'esercizio dell'azione di responsabilità per danno erariale alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, che ha assunto un diverso atteggiamento a seconda che ricorra l'ipotesi di voto dato in sede di approvazione dei rendiconti dei gruppi consiliari e di attività materiale di gestione delle risorse pubbliche destinate al relativo funzionamento, nonché di deliberazioni consiliari relative ad atti non legislativi.

In tale prospettiva, appare opportuno ripercorrere l'itinerario ermeneutico della Corte costituzionale, nel tentativo di verificare come possa essere valorizzato, secondo l'ancora attuale insegnamento di Galeotti, il congegno del conflitto di attribuzione al fine di assicurare che la garanzia di cui all'art. 122, c. 4, Cost. operi senza soluzione di continuità e senza “intromissioni” che possano derivare dal dispiegarsi di iniziative dell'autorità giudiziaria¹.

2. Fondamento e *ratio* dell'insindacabilità dei consiglieri regionali

Lo *status* del consigliere regionale costituisce il complesso delle prerogative che assistono questo attore istituzionale nell'assolvimento delle proprie funzioni, quale condizione giuridica speciale in quanto derogatoria rispetto

¹ Cfr. S. GALEOTTI, *L'insindacabilità dei Consiglieri regionali (il problema dell'attuazione dell'art. 122, comma 4, Cost.)*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, 2, p. 711 ss.

all'insieme dei doveri e dei regimi di responsabilità che gravano sul comune cittadino².

Un'importante prerogativa è quella prevista dall'art. 122, c. 4, Cost. che sancisce l'insindacabilità del consigliere regionale per i voti dati e le opinioni espresse, ovvero che configura una prerogativa legata con l'esercizio delle funzioni consiliari e che rinviene la propria giustificazione in base alla carica, nascendo a difesa degli organi elettivi da interferenze esterne³.

La prerogativa dell'insindacabilità si risolve nell'impossibilità, costituzionalmente sancita, di far discendere conseguenze giuridiche negative di qualunque genere, in danno dei loro autori, dalle manifestazioni di pensiero (opinioni espresse e voti dati) compiute nell'esercizio delle funzioni dai componenti degli organi guarentigati, trattandosi quindi di una libertà di opinione qualificata e privilegiata⁴.

Con riferimento alla *ratio* dell'insindacabilità, superato un più risalente orientamento tendente a considerare tale prerogativa come volta a garantire non solo l'indipendenza del collegio, ma anche quella dei suoi singoli componenti nell'esercizio delle loro funzioni, comprensiva di ogni espressione di opinione politica in qualunque sede espressa, appare ormai prevalente la posizione, fatta propria anche dalla Corte costituzionale, secondo cui sono coperte da insindacabilità solo le funzioni attribuite al Consiglio per preservare da interferenze e condizionamenti esterni le determinazioni inerenti alla sua sfera di autonomia costituzionalmente riservata⁵.

2 Q. CAMERLENGO, *Riflessioni controcorrente sul divieto di mandato imperativo negli ordinamenti regionali*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, consultabile sul sito www.giurcost.org, che evidenzia come non a caso si ricorra al termine "guarentigia" per sottolineare la necessità di approntare una peculiare disciplina giuridica idonea a permettere un sereno svolgimento della funzione.

3 A. PERTICI, *Art. 122 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Utet, Torino, 2006, p. 2443 ss.

4 Così S. GALEOTTI, *op. ult. cit.*, p. 713 ss. per il quale, nel caso delle manifestazioni di pensiero protette dalla insindacabilità, la libertà di manifestazione è privilegiata nel senso che essa è insuscettibile di divenire oggetto, anche solo formalmente, di qualunque sindacato.

5 Cfr. M. CARLI, *Art. 121-122 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Le Regioni, le Province, i Comuni. Tomo II*, Zanichelli, Bologna, 1990, p. 38, per il quale la libera esplicazione del mandato rappresentativo sarebbe tutelata solo come strumento

Così, sarebbe possibile rinvenire una *ratio* e un fondamento comune delle disposizioni costituzionali sull'insindacabilità dei parlamentari e dei consiglieri regionali in quanto in entrambi i casi ordinata al fine di assicurare l'indipendenza da ogni altro organo dello Stato o della Regione e con ciò la piena libertà dei componenti di tali organi nell'esercizio delle funzioni di cui sono investiti, sicché per tale via la prerogativa dell'irresponsabilità garantirebbe l'indipendenza e l'autonomia del corpo collegiale nel suo complesso⁶.

La prerogativa dell'insindacabilità è pertanto coesistente per tutti gli organi che sono istituzionalmente investiti delle funzioni dirette alla costituzione, modificazione o caducazione, a livello primario, cioè con forza di legge, dell'ordinamento giuridico⁷.

A fronte di una formulazione sostanzialmente identica dell'art. 122, c. 4, Cost. rispetto a quella prevista per i parlamentari dall'art. 68, c. 1, Cost., si ritiene quindi che non possa prescindersi dagli esiti cui si è pervenuti con riferimento all'immunità di questi ultimi, ai fini della definizione delle attività dei consiglieri regionali coperte da insindacabilità⁸.

In sede di applicazione dell'art. 122, c. 4, Cost., da parte della Corte costituzionale, il perfetto parallelismo vi è stato, infatti, in ordine alle attività insindacabili, ma non anche in merito alla procedura, per la quale è stata prevista una diversa impostazione dei rapporti tra l'autorità giudiziaria e, rispettivamente, le Camere e i Consigli regionali, non applicandosi per l'insindacabilità dei consiglieri regionali il meccanismo della pregiudiziale parlamentare e non essendo, dunque, riconosciuto ai Consigli il potere di inibire l'esercizio della giurisdizione con una deliberazione sulla sussistenza della prerogativa, come invece accade nell'ipotesi dell'insindacabilità di cui all'art. 68 Cost.⁹.

per la piena e totale libertà del processo di formazione della volontà politica dell'organo rappresentativo.

⁶ S. GALEOTTI, *op. ult. cit.*, p. 711 ss.

⁷ *Ivi*, p. 714 ss.

⁸ M. CARLI, *op. ult. cit.*, p. 35 ss., che osserva come l'attenzione della dottrina all'insindacabilità dei consiglieri regionali sia stata più limitata rispetto a quella dei parlamentari.

⁹ Cfr. A. PERTICI, *op. ult. cit.*, p. 2444 ed E. CAVASINO, *Il perimetro variabile dell'insindacabilità dei Consiglieri regionali: la vis politica delle decisioni "strategiche" per l'economia regionale. Nota a Corte costi-*

La guarentigia costituzionale, nell'escludere che i componenti del Consiglio regionale possano essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni e nel concretarsi in un'irresponsabilità giuridica (civile, penale, amministrativa), operante anche dopo la scadenza del mandato, pone il problema della relativa portata applicativa, quale questione dipendente dall'interpretazione della locuzione "nell'esercizio delle funzioni", contenuta all'art. 122, c. 4, Cost.¹⁰.

È proprio con riferimento a quest'ultima espressione che però si registrano diverse posizioni in dottrina e nella giurisprudenza, che finiscono per rendere incerta l'ampiezza effettiva di tale guarentigia.

3. La problematica individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 122, c. 4, Cost. nella giurisprudenza costituzionale

Il profilo maggiormente controverso, rispetto al quale si rinvencono "oscillazioni" della giurisprudenza costituzionale, è quello attinente in particolare alla riconducibilità o meno nell'area delle funzioni consiliari coperte dalla prerogativa dell'insindacabilità degli atti amministrativi adottati da parte di Consigli regionali o di loro articolazioni interne.

La Corte costituzionale è stata inizialmente propensa a individuare in modo molto ampio l'ambito di applicazione dell'insindacabilità consiliare, chiarendo come tale prerogativa comprenda certamente le opinioni e i voti manifestati nell'esercizio delle funzioni spettanti al Consiglio, in parte disciplinate dalla stessa Costituzione e in parte dalle altre fonti normative cui la prima rinvia, tra le quali spiccherebbero la funzione legislativa e di indirizzo politico, senza che la forma amministrativa delle delibere consiliari possa valere a escludere l'irresponsabilità di coloro che le adottino nell'esercizio di tali competenze¹¹.

tuzionale n. 90 del 2022, in osservatorioaic.it, n. 4/2022, p. 212, nt. 3.

¹⁰ Cfr. T. MARTINES, A. RUGGERI, M. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 51.

¹¹ C. cost. 27 marzo 1975, n. 81, che ha ricondotto sotto la sfera della insindacabilità sancita dall'art. 122 Cost. una delibera consiliare di approvazione della stipula di un contratto di assicurazione dei consiglieri regionali, ma solo perché essa rappresentava una forma di esplicazione di una funzione consiliare per garantire l'autonomia del Consiglio.

Successivamente, il Giudice delle leggi ha evidenziato come il criterio di delimitazione dell'immunità consiliare non stia nella forma amministrativa degli atti, bensì nella fonte attributiva delle funzioni stesse, e, ritenendo l'insindacabilità una “*eccezionale deroga all'attuazione della potestà punitiva dello Stato*”, ha precisato però che non sussiste una generale irresponsabilità in riferimento a qualsiasi atto consiliare in forma amministrativa, ma limitatamente a quelli afferenti allo stato giuridico dei consiglieri, ovvero alla funzione di organizzazione interna pacificamente riconosciuta al Consiglio¹².

È stato così individuato il fondamento dell'art. 122, c. 4, Cost. “*sulla corrispondenza fra il livello costituzionale della guarentigia stessa ed il livello costituzionale del tipo di funzioni*”: la Costituzione con tale precetto avrebbe delineato un modello funzionale a garanzia delle attribuzioni di rappresentanza politica da qualsiasi interferenza di altri poteri, tale da giustificare una deroga al normale regime di responsabilità, sicché la guarentigia coprirebbe soltanto le funzioni tipiche ed esclusive riservate al Consiglio, quali la potestà legislativa, di controllo, di indirizzo e regolamentare, nonché, ai sensi dell'art. 121, c. 2, Cost. “*le altre funzioni conferitegli dalla Costituzione e dalle leggi*”¹³.

In base a questo orientamento più restrittivo, sono state ricomprese anche le funzioni di amministrazione attiva, sebbene normalmente estranee alle tradizionali funzioni consiliari, purché le stesse trovino fondamento immediato ed esclusivo nella Costituzione o in leggi dello Stato, escludendosi dalla copertura della prerogativa altre funzioni amministrative, attribuite al Consiglio dalla normativa regionale, compresi gli statuti¹⁴.

In particolare, si è precisato, altresì, che l'intestazione, sulla base di normative regionali, di funzioni amministrative al Consiglio regionale non possa avere come “*riflesso automatico*” la guarentigia dell'insindacabilità in quanto da-

12 C. cost. 20 marzo 1985, n. 69. A tal proposito, cfr. P. COSTANZO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali nel quadro dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di immunità elettive*, in *Quad. reg.*, 1985, p. 1007 ss.

13 C. cost. 20 marzo 1985, n. 69.

14 C. cost. 20 marzo 1985, n. 69.

rebbe luogo a implicazioni paradossali in contrasto sia con il principio di responsabilità per gli atti compiuti, che informa l'attività amministrativa (artt. 28 e 113 Cost.), sia con il principio che riserva alla legge dello Stato la determinazione dei presupposti (positivi e negativi) della responsabilità penale (art. 25 Cost.)¹⁵.

La Consulta, richiamando questo criterio funzionale di delimitazione della garanzia costituzionale, ha così ricondotto nel novero dell'art. 122, c. 4, Cost., le *“attività rivolte a fornire all'organo consiliare i mezzi indispensabili per l'esercizio delle sue funzioni, con la doverosa precisazione, tuttavia, che non si tratta di una immunità assoluta, in quanto essa non copre gli atti non riconducibili ragionevolmente all'autonomia ed alle esigenze ad essa sottese”*¹⁶. A tale conclusione il Giudice costituzionale è pervenuto sul presupposto della sussistenza di una legge statale fondante tale attività, ovvero sul presupposto che la l. n. 853 del 1973, posta a salvaguardia dell'autonomia contabile e funzionale del Consiglio regionale, prevedeva apposite voci di spesa, nell'ambito del bilancio regionale, per far fronte alle esigenze funzionali di tale organo¹⁷.

Tale indirizzo è stato confermato da una successiva pronuncia che, ritenendo l'attività di gestione dei fondi stanziati in bilancio per le esigenze consiliari coperta dall'insindacabilità, ha negato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti su una delibera consiliare concernente spese per missioni, rientranti come tali tra quelle contemplate dalla l. n. 853 del 1973¹⁸.

15 C. cost. 20 marzo 1985, n. 69.

16 C. cost. 30 luglio 1997, n. 289.

17 C. cost. 30 luglio 1997, n. 289, che ha così escluso il sindacato del giudice contabile su una delibera adottata da alcuni consiglieri regionali concernente l'acquisto di cinque autovetture, in quanto ritenuta spesa per attrezzature necessarie per il funzionamento dell'organo regionale e dunque rientrante tra le spese contemplate dalla l. n. 853 del 1973.

18 C. cost. 13 ottobre 1999, n. 392 secondo cui l'addebito rivolto ai componenti dell'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale non è stato formulato, in termini di estraneità o, comunque, di non riconducibilità, alla stregua di un criterio di ragionevolezza, dell'autorizzazione dei viaggi all'autonomia funzionale del Consiglio regionale, essendo stato essenzialmente imperniato, invece, su valutazioni negative in ordine all'utilità, alla proficuità o, addirittura, alla ricaduta pratica concreta dei suddetti viaggi, con apprezzamenti riferibili al merito delle spese e, pertanto, non idonei ad essere elevati a criterio di verifica della riconducibilità o meno delle spese stesse al suddetto principio di autonomia. A tal proposito, cfr. M. PIERONI, *Autonomia*

Il Giudice costituzionale, con un successivo intervento, pur non disconoscendo l'autonomia organizzativa e contabile dei Consigli regionali, che si manifesta tra l'altro nell'autonoma utilizzazione dei fondi messi a disposizione dal bilancio regionale, ha invece escluso che tale attività “*sfugga*” alla disciplina generale, prevista dalle leggi dello Stato, in ordine ai controlli giurisdizionali, negando che l'obbligo di resa del conto e l'eventuale responsabilità per mancata o irregolare resa di questo, relativamente alla gestione dei mezzi finanziari intestati al Consiglio regionale, possa ritenersi espressione di voti e di opinioni, sostanziosi invece in “*semplici operazioni finanziarie e contabili*” non coperte dalla prerogativa dell'insindacabilità¹⁹.

La Corte costituzionale, in altra occasione, nel sottolineare la necessità di discernere, con l'attenzione dovuta alla tutela del fondamentale principio di legalità, quanto sia effettivamente riconducibile alle tipiche funzioni dell'Assemblea regionale siciliana, quali definite dallo statuto regionale ed eventualmente dalla legge statutaria, da quanto non possa che restare soggetto, in virtù di una “copertura” dovuta alla sola legislazione regionale, al regime giuridico proprio dell'ordinaria attività amministrativa²⁰, sembrerebbe aver ammesso invece la possibilità che anche uno statuto e una legge statutaria possano configurare funzioni amministrative rientranti nell'ambito dell'insindacabilità²¹.

Successivamente, lo stesso Giudice costituzionale ha escluso nuovamente in modo chiaro che funzioni previste soltanto da fonti amministrative regionali

contabile e funzionale dei consigli delle regioni a statuto ordinario e responsabilità amministrativa dei consiglieri regionali, in *Riv. C. conti*, 2000, 2, p. 179 ss.

19 C. cost. 25 luglio 2001, n. 292, che, respingendo un conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Trentino-Alto Adige e dalla Provincia autonoma di Trento, ha dichiarato la spettanza della sezione giurisdizionale della Corte dei conti in ordine all'instaurazione dei giudizi di conto nei confronti degli agenti contabili dei rispettivi Consigli; precisando che anche quando l'attività di resa del conto facesse capo ai componenti del Consiglio non sarebbe comunque coperta dalla garanzia dell'insindacabilità. Dal giudizio di conto ben potrebbero emergere spunti per eventuali giudizi di responsabilità amministrativa ove dovrà porsi il problema di distinguere fra atti che, per essere frutto di voti ed opinioni espresse dai componenti del Consiglio nell'esercizio delle loro funzioni, possano risultare coperti dalla insindacabilità, nei limiti oggettivi in cui questa assiste le attività dei consigli regionali, ed atti (od omissioni) invece estranei a tale prerogativa e quindi suscettibili di dare luogo a chiamata in responsabilità.

20 Cfr. C. cost. 18 dicembre 2009, n. 337.

21 Cfr. R. BIN, G. FALCON, *Diritto regionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 202.

possano integrare l'ambito delle attività coperte dall'insindacabilità consiliare²², chiarendo che le delibere dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale, quando hanno natura di atti di autorganizzazione del medesimo, direttamente incidenti sull'attività legislativa di quest'ultimo, sono presidiati dalla garanzia costituzionale della potestà organizzativa di supporto all'attività legislativa dello stesso Consiglio²³. Diversamente, quando hanno natura di atti amministrativi estranei, o comunque non strettamente coessenziali, all'organizzazione dell'attività legislativa del Consiglio si collocano all'esterno di tale autonomia costituzionalmente garantita, pur costituendo legittimo esercizio di un potere, come in particolare l'attività di gestione delle risorse finanziarie che resta assoggettata all'ordinaria giurisdizione di responsabilità civile, penale e contabile.

Con tale ultimo intervento la Corte, nell'ammettere la possibilità che interventi normativi regionali possano in qualche misura contribuire a definire, con riguardo alle attività riconnesse all'autorganizzazione, l'area dell'insindacabilità degli atti amministrativi consiliari, avrebbe dimostrato una qualche "apertura" rispetto agli immediati precedenti in materia, nei quali si era sì riconosciuta l'insindacabilità delle delibere degli Uffici di Presidenza in relazione a funzioni ricondotte alla potestà di autorganizzazione del Consiglio, ma in quanto espressione di competenze amministrative consiliari radicate in leggi dello Stato²⁴.

Più recentemente, la Corte, nel risolvere un conflitto di attribuzione fra Stato e Regione Valle d'Aosta, in favore di quest'ultima, originato da una sentenza, di conseguenza annullata, di condanna per responsabilità erariale dei consiglieri regionale per aver deliberato un atto amministrativo concernente

22 C. cost. 31 gennaio 2019, ord. n. 15.

23 C. cost. 8 marzo 2019, n. 43.

24 Così P. GIANGASPERO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali: alcune conferme e qualche (parziale) novità in due decisioni della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 9/2019, p. 7 ss. che sottolinea però come queste indicazioni, benché per certi aspetti inedite nella giurisprudenza costituzionale precedente, non siano state "teorizzate" compiutamente dalla sent. n. 43 del 2019, precisando che comunque non si riferiscano alla generalità degli atti amministrativi di spettanza consiliare, ma solo a quelli di autorganizzazione.

un'operazione di rifinanziamento del Casinò di Saint-Vincent²⁵, differentemente dai criteri precedentemente seguiti, ha valorizzato un approccio sostanzialistico basato sul criterio della rilevanza strategica sul piano politico-economico dell'atto non legislativo, il cui fondamento era riconducibile all'esecuzione di leggi regionali che disciplinavano il regime applicabile alla casa da gioco²⁶.

4. L'estensione dell'insindacabilità consiliare nell'interpretazione della dottrina

Ciò che emerge dalla giurisprudenza costituzionale è la difficoltà di trovare un equilibrio tra principi costituzionali diversi, cioè i diritti e le prerogative dei consiglieri regionali, le funzioni consiliari costituzionalmente riservate, nonché l'esercizio della giurisdizione, funzione anch'essa indefettibile. Non vi è dubbio che nell'ambito della tutela apprestata dall'art. 122, c. 4, Cost. vi rientrino i compiti primari attribuiti al Consiglio, ovvero legislativi, di indirizzo politico e di controllo, sicché l'esigenza di un bilanciamento tra i suindicati valori costituzionali si pone, dunque, con riferimento alle funzioni amministrative che, in quanto fuoriuscenti dal nucleo essenziale intestato al Consiglio, rappresentano il campo problematico dell'interpretazione dell'insindacabilità consiliare.

Dagli interventi della Corte costituzionale sono ricondotte nell'alveo della garanzia anche la funzione di autorganizzazione interna, risultando poi non univoco se a essere coperte da questa prerogativa siano soltanto le funzioni amministrative attribuite in via diretta e immediata dalla Costituzione e dalle leggi statali, ovvero pure quelle che rinvercano un fondamento nella normativa regionale. Che la funzione di autorganizzazione interna possa ritenersi rientrante nell'ambito di applicazione dell'insindacabilità non pare potersi dubitare, essendo implicita prerogativa di un'assemblea rappresentativa cui è demandato il compito di emanare atti con forza di legge, cioè a dire derivando da un principio generale dell'ordinamento, in base al quale ogni organo politico-legislativo

25 C. cost. 11 aprile 2022, n. 90.

26 E. CAVASINO, *op. ult. cit.*, p. 210 ss.

deve essere dotato di corrispondente autonomia, intesa come capacità di determinarsi senza essere condizionato dall'esterno²⁷.

Maggiormente diversificata appare, invece, la posizione in ordine alle funzioni amministrative, a fronte di una parte della dottrina che vedrebbe coperte dall'insindacabilità anche quelle funzioni amministrative configurate dalla normativa regionale, considerando priva di fondamento una diversa restrizione e pervenendo, in particolare, a tale conclusione sul presupposto che, in virtù della riserva sancita dall'art. 123, c. 1, Cost., l'attribuzione al Consiglio regionale di "altre funzioni", come previsto dall'art. 121, c. 1, Cost., rientra nella potestà statutaria e, sulla base di essa, nella potestà legislativa regionale e non statale, come anche in considerazione del fatto che l'organizzazione regionale costituisce materia residuale ai sensi dell'art. 117, c. 4, Cost.²⁸.

Si ritiene, infatti, come una separazione all'interno delle funzioni consiliari non sembri in alcun modo legittimata dagli artt. 121 e 122 Cost., in quanto nel momento in cui tale ultima disposizione aggancia l'insindacabilità alle funzioni vi ricomprenderebbe dunque tutto quello che il Consiglio è competente a svolgere, ivi comprese le altre funzioni non nominativamente indicate dall'art. 121, il cui elenco non sarebbe tassativo, ma previste come possibili, comprese pertanto la potestà statutaria e le altre funzioni conferite dalle leggi anche regionali²⁹.

Secondo questa ricostruzione, appare difficilmente sostenibile l'esclusione dall'area coperta dall'insindacabilità delle funzioni amministrative definite da fonti regionali, stante la possibilità che la legge regionale legittimamente attribuisca tali funzioni al Consiglio e che lo statuto regionale ordinario conformi in

27 Cfr. M. CARLI, *op. ult. cit.*, p. 70 ss. Si veda però A. AMBROSI, *I consiglieri regionali*, in R. ORLANDI, A. PUGGIOTTO (a cura di), *Immunità politiche e giustizia penale*, Giappichelli, Torino 2005, p. 210 ss., che dubita come, con riferimento alla nozione di autorganizzazione, si possa parlare, in senso proprio, di una funzione del Consiglio regionale, quanto piuttosto di una materia cui i singoli atti amministrativi di provenienza consiliare possano essere ascritti.

28 R. BIN, G. FALCON, *op. ult. cit.*, p. 202.

29 Cfr. M. CARLI, *op. ult. cit.*, p. 41 ss., per il quale sarebbe quasi impossibile, per le opinioni espresse, distinguere la loro inerenza all'esercizio delle funzioni di indirizzo e controllo, coperte da insindacabilità, o invece all'esercizio dell'attività amministrativa, esclusa dalla medesima.

maniera autonoma alcuni aspetti della forma di governo, nonché conferisca alcune funzioni amministrative anche al Consiglio³⁰.

Solo l'estensione integrale della prerogativa dell'insindacabilità a tutte indistintamente le funzioni attribuite costituzionalmente al Consiglio, senza che possa rilevare la natura legislativa o amministrativa della funzione esercitata, difficile da distinguere in concreto, consentirebbe a questa garanzia di essere teleologicamente adeguata alla sua finalità essenziale, impedendo così che altri organi possano giudicare sulla natura delle funzioni e dunque sindacare sui limiti dell'attività garantita, restringendone l'ambito e vanificandone quasi interamente la funzionalità³¹.

A questa interpretazione estensiva, si contrappone chi invece sostiene come non si possa essere irresponsabili per atti compiuti nello svolgimento di attività amministrative, che dovrebbero essere sempre sindacabili³², rilevandosi che funzioni ordinariamente amministrative, benché attribuibili al Consiglio regionale *ex art. 121, c. 1, Cost.*, non rientrerebbero nella garanzia di cui all'*art. 122, c. 4, Cost.*, in quanto ove si opinasse diversamente, questi atti amministrativi sarebbero insindacabili dinnanzi al giudice amministrativo, penale e contabile con conseguente disparità di trattamento rispetto agli amministratori degli enti locali, nonché ai componenti delle Giunte regionali, normalmente responsabili per l'esercizio di funzioni amministrative³³.

Sebbene si ammetta che le altre funzioni cui fa riferimento l'*art. 121 Cost.* possano essere conferite al Consiglio da fonti regionali, cioè a dire statuto e leggi regionali, e che tra queste funzioni vi rientrino anche quelle amministrative, si auspica però che, in sede statutaria, siano limitati al minimo i poteri gestionali del Consiglio, al quale dovrebbero essere più che altro affidate funzioni

30 Cfr. P. GIANGASPERO, *op. ult. cit.*, p. 4 ss.

31 S. GALEOTTI, *op. ult. cit.*, p. 716 ss.

32 G. VOLPE, *Le attività immuni ed insindacabili dei supremi organi regionali: alla ricerca di criteri di delimitazione*, in *Le Regioni*, 1985, p. 839 ss.

33 G. VIRGA, *Le spese dei Consigli regionali ed i giudici di Berlino*, in *www.lexitalia.it*. Cfr. anche Cass., Sez. Un., 18 maggio 2006, ord. n. 11623.

di indirizzo e di controllo, rilevandosi il rischio che lo stesso Consiglio si autoattribuisca con legge funzioni gestionali sottraendole alla Giunta³⁴.

Una lettura restrittiva della prerogativa costituzionale è stata offerta anche dalla Corte di Cassazione che, invocando la valenza generale del principio della tutela giurisdizionale contro gli atti della Pubblica amministrazione di cui all'art. 113 Cost., operante in linea di principio nei confronti di tutte le amministrazioni anche di rilievo costituzionale, ha affermato che deroghe a tale principio sono ammissibili solo ove ancorate in norme costituzionali e ritenuto quindi che l'insindacabilità debba essere circoscritta agli atti del Consiglio regionale espressione diretta di autonomia politica, non anche nei confronti degli atti avente carattere amministrativo, sicché ai fini della deroga deve guardarsi alla natura dell'attività svolta piuttosto che alla natura dell'organo³⁵.

Così, è stato sottoposto a puntuale critica l'ultimo arresto della Corte costituzionale nel quale si è riconosciuta come coperta da insindacabilità una delibera consiliare fondata su una legge regionale e qualificata dal Giudice costituzionale quale atto di indirizzo politico³⁶, in quanto interpretazione che, da un lato, finirebbe per consentire a qualsiasi atto deliberato dai Consiglieri regionali, anche quelli direttamente disciplinati da leggi regionali, di poter essere qualificato come espressione della funzione consiliare compresa entro il perimetro della prerogativa, in contrasto con principi costituzionali di uguaglianza, di legalità in materia penale, del diritto di difesa e della riserva di competenza legi-

34 A. DEFFENU, *Art. 121 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2410, il quale osserva come, a fronte di tale rischio, possano soccorrere quale guida "politica" i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza volti a consentire una distribuzione ragionevole delle funzioni amministrative, nel senso che soprattutto l'adeguatezza dovrebbe guidare le scelte della Regione al fine di individuare l'organo competente a svolgere queste funzioni più nell'esecutivo che nel Consiglio.

35 Cfr. Cass., Sez. Un., 18 maggio 2006, ord. n. 11623, con nota di G. VIRGA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti non politici dei Consigli regionali (I Consigli regionali ed i Giudici di Berlino - atto II)*, in *www.lexitalia.it*.

36 C. cost. 11 aprile 2022, n. 90. Per una critica a tale pronuncia si veda A. DI RENZO, *La Corte costituzionale annulla la sentenza con la quale la Corte dei conti aveva accertato la responsabilità amministrativa dei consiglieri regionali di una regione autonoma che avevano votato a favore dell'approvazione di una delibera di ricapitalizzazione di società per azioni a totale partecipazione pubblica*, in *Riv. C. conti*, 2022, 3, p. 196 ss.

slativa statale esclusiva di cui all'art. 117, c. 2, lett. l) Cost.; dall'altro lato darebbe luogo a uno statuto giuridico a geometria "troppo" variabile che ciascun legislatore regionale potrebbe "liberamente" definire nell'esercizio delle proprie competenze legislative³⁷.

Nonostante le incertezze e le diversità di opinioni sull'estensione dell'insindacabilità consiliare, si registrano tuttavia anche alcuni punti fermi, ritenendosi, a fronte dell'identità testuale e di *ratio* degli artt. 68 e 122 Cost., che gli approdi interpretativi formati in ordine all'insindacabilità parlamentare siano riferibili anche ai consiglieri regionali³⁸, cioè l'estensione della prerogativa anche ai "*comportamenti che, pur non rientrando fra gli atti tipici, siano collegati da nesso funzionale con l'esercizio delle attribuzioni proprie dell'organo di appartenenza*", nonché in tema di dichiarazioni *extra moenia*³⁹.

Benché dall'esame della giurisprudenza e della dottrina emerga un costante confronto tra il Parlamento e i Consigli regionali, che si presenta quale vero e proprio filo conduttore posto a fondamento delle diverse interpretazioni, e che siano messe in luce le analogie tra le attribuzioni delle due assemblee, si osserva come tra le prerogative dei parlamentari e quelle dei consiglieri regionali non possa parlarsi di un parallelismo pieno⁴⁰, sicché dovrebbe escludersi un'applicazione analogica delle prerogative consacrate in disposizioni costitu-

37 E. CAVASINO, *op. ult. cit.*, p. 214 ss., la quale osserva come il Giudice costituzionale non abbia proceduto a una rigorosa verifica del fondamento del potere esercitato dal Consiglio regionale e non abbia correttamente qualificato l'atto, invocando la categoria dell'indirizzo politico rispetto a un'ipotesi in cui non sussisteva un nesso fra l'atto consiliare rispetto al funzionamento della forma di governo regionale, cioè a dire attinente alla dialettica fra maggioranza politica in Consiglio e Giunta, ma espressione piuttosto di un indirizzo politico "assembleare", condiviso fra maggioranza e opposizione all'interno dello stesso Consiglio.

38 Cfr. C. cost. 23 marzo 2001, n. 76. con note di T. F. GIUPPONI, «*Avanti il prossimo!*». *L'insindacabilità dei consiglieri regionali e il diritto di azione e di difesa: il giusto processo "bussa", e la Corte "apre" le porte del conflitto*, in *Giur. it.*, 2002, 4, p. 682 ss., e M. MEZZANOTTE, *La Corte e le immunità dei consiglieri regionali: nascita di un conflitto «sui generis»?*, in *Giur. it.*, 2002, 4, p. 679 ss. che sull'identità propugnata dalla Corte costituzionale tra gli artt. 68 e 122 Cost. condivide tale assimilazione laddove intesa sotto il profilo formale, non anche sostanziale.

39 Cfr. C. cost. 29 settembre 2004, n. 298 e C. cost. 16 dicembre 2011, n. 332. In dottrina si vedano: M. CARLI, *Art. 121-122 Cost.*, cit., p. 37 ss.; A. PERTICI, *Art. 122 Cost.*, cit., p. 2444 ss.; R. BIN, G. FALCON, *Diritto regionale*, cit., p. 202 ss.; Q. CAMERLENGO, *Riflessioni controcorrente sul divieto di mandato imperativo negli ordinamenti regionali*, cit.

40 Così T. MARTINES, A. RUGGERI, M. SALAZAR, *op. ult. cit.*, p. 52.

zionali in favore dei membri del Parlamento, quale in particolare quella prevista dai cc. 2 e 3 dell'art. 68 Cost., attesa la diversa posizione costituzionale e il carattere derogatorio delle norme in materia di immunità che si giustificano in quanto poste a salvaguardia dell'esercizio di funzioni sovrane⁴¹.

5. L'esigenza di continuità nella fruizione dell'insindacabilità consiliare e la valorizzazione dello strumento del conflitto di attribuzione (rileggendo Serio Galeotti)

Le persistenti incertezze sull'estensione dell'insindacabilità dei consiglieri regionali finiscono per compromettere l'esigenza, attentamente evidenziata da Serio Galeotti, di un'eguale certezza e continuità nella relativa fruizione senza che possa sussistere il pericolo di patirne interferenze, derivanti dall'indiscriminato dispiegarsi di iniziative dell'autorità giudiziaria⁴². Ciò dimostra la straordinaria importanza e l'insuperata attualità delle riflessioni maturate da Galeotti in ordine alla necessità che il legislatore ordinario, a cui la Costituzione avrebbe lasciato uno spazio di intervento in materia, e nei limiti di questo, escogiti un congegno che, senza ricreare una sorta di immunità penale per i consiglieri regionali, ponga al riparo tale insindacabilità da indebite intromissioni da parte di altri organi dello Stato, assicurandone la concreta fruizione⁴³.

In particolare, si auspicava che il legislatore predisponesse forme e procedure idonee a garantire, senza soluzioni di continuità, la prerogativa attraver-

41 Cfr. C. cost. 6 marzo 2014, n. 39. A tal proposito, anche la dottrina (R. BIN, G. FALCON, *op. ult. cit.*, p. 202 ss.) suggerisce cautela laddove si voglia fare applicazione analogica di disposizioni dettate per il Parlamento ai Consigli regionali, attesa la possibilità che i principi di continuità, autonomia e di indipendenza che informano il primo possano essere declinati diversamente con riferimento all'assemblee regionali e data la differenza che, con riferimento alle funzioni amministrative, mentre l'attribuzione delle stesse al Parlamento, a fronte del principio di separazione dei poteri, richiede un fondamento costituzionale, l'intestazione ai Consigli regionali è prefigurata come normale dall'art. 121, c. 2, Cost. Si veda però M. CARLI, *op. ult. cit.*, p. 42, che dopo aver rilevato come il Parlamento, tramite le sue commissioni bicamerali, svolga attività amministrativa, senza che nessuno abbia mai dubitato dell'estensione dell'insindacabilità anche a questa attività, parimenti ritiene che l'attività amministrativa consiliare debba essere coperta dalla prerogativa di cui all'art. 122, c. 4, Cost. Cfr. anche Q. CAMERLENGO, *op. ult. cit.*, per il quale la distinzione tra sovranità dello Stato e autonomia delle Regioni dovrebbe suscitare qualche riserva in merito all'automatica e acritica trasposizione del divieto di mandato imperativo anche negli ordinamenti regionali.

42 S. GALEOTTI, *op. ult. cit.*, p. 719 ss.

43 *Ibidem*.

so la previsione di un collegamento necessario tra l'eventuale azione giurisdizionale nei confronti di un consigliere e il Consiglio regionale, cui va imputata la prerogativa prevista in favore dei singoli consiglieri, ovvero mediante la prescrizione di un obbligo di comunicazione, a pena di nullità dell'intero procedimento, nell'ipotesi di avvio di qualunque accertamento di responsabilità pubblica, in modo da consentire immediatamente a quest'ultimo di tutelarsi contro l'eventuale invasione mediante la proposizione del conflitto di attribuzioni di cui all'art. 134 Cost., cui dovrebbe necessariamente essere riconnesso, a fronte del relativo carattere di assoluta pregiudizialità, un effetto automaticamente sospensivo del procedimento giurisdizionale, quale soluzione che non limiterebbe lo stesso potere giurisdizionale e in particolare l'esercizio del potere-dovere di promuovere l'azione penale⁴⁴.

Con riferimento specifico al potere-dovere di proposizione del conflitto l'illustre Autore auspicava, altresì, una modifica di quanto previsto dall'art. 39, c. 3, l. n. 87 del 1953, mediante la relativa attribuzione al Presidente del Consiglio regionale, con portata aggiuntiva rispetto al Presidente della Giunta, ritenendo il primo quale organo più qualificato a tale compito, in quanto portatore più immediato e in posizione di tendenziale imparzialità delle prerogative e degli interessi del Consiglio nella sua distinta unità organica entro l'ordinamento della Regione, sì da far presentare la questione in certo senso a un tempo stesso come conflitto tra Stato e Regione e come conflitto tra poteri⁴⁵.

A tal proposito, occorre però ricordare l'orientamento della Corte costituzionale concernente l'inammissibilità della proposizione da parte di organi diversi dal Presidente della Giunta del conflitto di attribuzione, stante la relativa natura di conflitto intersoggettivo e fondato sul presupposto che le attribuzioni costituzionalmente tutelate, anche nel caso di insindacabilità, sarebbero quelle dell'ente autonomo complessivamente inteso. Sicché, tale possibilità non potrebbe spettare che al Presidente della Giunta, previa sempre deliberazione di

⁴⁴ *Ivi*, p. 721 ss.

⁴⁵ *Ibidem*.

quest'ultima, in quanto titolare della rappresentanza dell'ente, e che risulterebbe esclusa la possibilità sia di conflitti "interni" alla Regione, sia l'estensibilità ai consiglieri regionali delle aperture che la stessa Corte ha manifestato con riguardo all'ammissibilità di un conflitto di attribuzione del singolo parlamentare⁴⁶.

In mancanza di un intervento del legislatore statale, dovendosi escludere che i legislatori regionali nel silenzio della Costituzione possano disciplinare questo tipo di procedimento⁴⁷, si potrebbe allora valorizzare il congegno teorizzato da Galeotti mediante la proposizione di un'interpretazione innovativa dell'art. 37, l. n. 87 del 1953 con cui si riconosca la qualifica di potere dello Stato ai Consigli regionali, analogamente a quanto avviene per le Camere nazionali, onde evitare che la Giunta abbia sempre la facoltà di decidere quali prerogative del Consiglio far valere in giudizio, sussistendo perplessità in ordine alla rappresentanza indifferenziata attraverso essa quando sono in discussione garanzie di organi specifici regionali, come nel caso dell'insindacabilità consiliare, soprattutto per il rischio che i consiglieri di minoranza possano non trovare un'adeguata tutela⁴⁸.

Si pone, in ogni caso, l'esigenza di circoscrivere la discrezionalità in ordine all'interpretazione dell'art. 122, c 4, Cost., non apparendo coerente l'atteggiamento assunto dalla Corte costituzionale che, da un lato, in alcune occasioni, ha escluso l'operatività dell'insindacabilità in caso di illecita utilizzazione dei fondi destinati ai gruppi consiliari da parte sia dei capigruppo, sia dei singoli consiglieri, che restano quindi assoggettati all'ordinaria giurisdizione di respon-

46 P. GIANGASPERO, *op. ult. cit.*, p. 3, nt. 4.

47 Cfr. A. PERTICI, *op. ult. cit.*, p. 2445.

48 Sulla possibilità di riconoscere la natura di potere dello Stato ai Consigli regionali e ai singoli consiglieri si veda P. COLASANTE, *Le zone d'ombra degli interna corporis regionali: e se il Consiglio fosse un «potere dello Stato»?*, in *Giur. cost.*, 2020, 1, p. 205 ss., che, a superamento dell'orientamento escludente inizialmente assunto dalla Corte costituzionale (4 febbraio 1967, ord. n. 10), valorizzando la giurisprudenza costituzionale più recente (7 aprile 2016, ord. n. 82) che ha ritenuto legittimati congiuntamente i cinque Consigli regionali abilitati a promuovere il referendum abrogativo, evidenzia come, qualora si ammettesse la qualifica di potere dello Stato al Consiglio regionale, si colmerebbe la zona d'ombra della giurisdizione in ordine al conflitto tra consiglieri regionali e Consiglio con particolare riferimento alla tutela degli *interna corporis*.

sabilità civile, penale e contabile, in quanto attività materiale di gestione finanziaria, essendosi chiarito che il voto espresso in sede di approvazione dei rendiconti dei gruppi consiliari “*rappresenta una ratifica formale di spese già effettuate dai gruppi e non già un atto deliberativo che ne costituisce ex ante il titolo giustificativo*”⁴⁹. Dall’altro lato, più recentemente, ha ritenuto invece coperto da tale prerogativa un atto di gestione, di natura amministrativa e fondato su una legge regionale, e ha di conseguenza annullato una sentenza di condanna della Corte dei conti che aveva accertato una responsabilità erariale per colpa grave in capo ai consiglieri regionali cui risultava imputabile questo atto⁵⁰.

Sebbene l’art. 121 Cost. ammetta la possibilità della legislazione regionale di attribuire funzioni amministrative al Consiglio, emerge tuttavia una trasversalità che non consente di spingersi al punto di estendere loro la garanzia di cui all’art. 122, c. 4, Cost., non potendo la potestà legislativa regionale ritenersi senza confini e incontrando dei limiti nelle esigenze unitarie rimesse alla cura dello Stato⁵¹, quale nella specie l’indefettibilità della funzione giurisdizionale⁵²; come del resto riconosciuto dallo stesso Giudice costituzionale che ha escluso come le Regioni possano introdurre, nell’esercizio delle rispettive competenze legislative, nuove cause di esenzione dalla responsabilità penale, civile ed amministrativa⁵³.

Se dal sistema delineato dalla Costituzione emerge una linea continua che vede la responsabilità come regola per tutti i soggetti che esercitano il potere⁵⁴,

49 C. cost. 9 giugno 2015, n. 107 e C. cost. 19 novembre 2015, n. 235.

50 C. cost. 11 aprile 2022, n. 90.

51 G. A. FERRO, *La potestà legislativa delle regioni a statuto speciale dopo la riforma del Titolo V. Bilancio di un triennio di giurisprudenza costituzionale*, in R. TARCHI (a cura di), *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 239.

52 Invero, come chiarito dal Giudice costituzionale, un’estensione delle prerogative sancite dalla Costituzione non potrebbe avvenire neanche con legge statale. A tal proposito si rinvia ad A. D’ALOIA, *Immunità e Costituzione. Quale equilibrio tra l’interesse al sereno svolgimento delle funzioni istituzionali e il principio di eguaglianza davanti alla legge e alla giurisdizione?*, in L. D’ANDREA, L. RISICATO, A. SAITTA (a cura di), AA. VV., *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 49 ss.

53 C. cost. 13 giugno 2008, n. 200.

54 L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Cedam, Padova,

le prerogative costituzionali, che si collocano all'interno della più ampia categoria delle garanzie costituzionali⁵⁵, non risultano prive di limiti, in quanto resi necessari dall'esigenza di conciliare l'esenzione dal diritto comune e principio di responsabilità⁵⁶, sì da suggerire una lettura restrittiva all'operatività del limite esterno della giurisdizione di cui all'art. 122, c. 4, Cost.

Così, il bilanciamento delle prerogative previste dal testo costituzionale con altri principi costituzionali, quali in particolare quello di eguaglianza, dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, del giusto processo, e con l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dei terzi offesi, deve tendenzialmente svolgersi in favore di questi valori costituzionali, dovendosi accogliere una concezione relativistica e, per così dire, laica delle prerogative, che guardi alle stesse con flessibilità alla luce dell'evoluzione storica, in quanto coerente all'idea di un diritto comune maggiormente ispirato all'eguale sottoposizione di tutti alla legge⁵⁷.

2003, p. 20 ss.

55 Sul concetto di garanzia costituzionale si veda S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Giuffrè, Milano, 1950, *passim*, che chiarisce come il concetto generale di garanzia presenti delle implicazioni logiche, ovvero che tale termine possieda un contenuto logico comune individuabile nell'esprimere una posizione di sicurezza, di delimitazione di uno stato di precarietà e di incertezza, e nell'avere un significato di una assicurazione, di una predisposizione di sicurezza in ordine ad un qualche interesse, che senza di essa sarebbe invece avvertito come pericolante, nonché nell'apprestamento di una difesa preventiva che potendo reagire contro l'ipotesi possibile di un evento lesivo di un interesse sarebbe idonea ad allontanare il pericolo offrendo la relativa sicurezza in ordine all'interesse del subbietto.

56 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1991, p. 213 ss.

57 A. CARIOLA, *L'immunità dei parlamentari, il giusto processo ed il diritto costituzionale comune*, in AA. VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 276 ss.

BIAGIO G. DI MAURO
Dottore di Ricerca presso l'Università degli Studi "Kore" di Enna
biagiogianluca.dimauro@unikorestudent.it

**PER UNA STRATEGIA OLISTICA DI CONTRASTO
ALL'INQUINAMENTO DA PLASTICA: TRA
FRAMMENTARIETÀ DEI MODELLI NORMATIVI, RUOLO
ATTIVO DEI TRIBUNALI E RESPONSABILITÀ DELLA
SOCIETÀ**

**TACKLING PLASTIC POLLUTION THROUGH A HOLISTIC
APPROACH: BETWEEN PIECEMEAL REGULATORY MEASURES,
ACTIVE ROLE OF COURTS AND RESPONSIBILITY OF THE
SOCIETY**

SINTESI

La plastica è sostanzialmente ovunque e pone non soltanto una questione generazionale, ma soprattutto una questione di sopravvivenza dell'essere umano all'interno della biosfera. Si tratta di una "Tragedy of Commons", che emblematicamente disvela la tendenza umana a sfruttare una risorsa comune fino all'inquinamento o, comunque, fino all'esaurimento. Sebbene nel corso della seconda metà del secolo scorso siano state approntate una serie di teorie correttive politico-economiche, la loro applicazione ha soltanto condotto ad affrontare più seriamente il problema dell'inquinamento da plastica, ma non ad arginarlo complessivamente. In questo contesto, l'obiettivo del contributo è quello di immaginare la problematica globale sotto una duplice lente, che guardi tanto alla necessità di una *governance* stratificata e policentrica in cui non rilevano soltanto i decisori politici ma anche gli organismi giurisdizionali, secondo un'impostazione *top-down*, quanto al coinvolgimento attivo della base sociale attraverso norme di economia comportamentale basate sul *nudging*, secondo una logica *bottom-up*. Se non ci si inganna, tale prospettiva olistica conduce all'elaborazione di una valida strategia di contrasto all'inquinamento da plastica, che passa dal superamento della frammentarietà delle regole attualmente vigenti in

materia - tramite modelli normativi efficaci e multilivello e il riconoscimento del crescente ruolo che il potere giudiziario recita nello sviluppo della base regolatoria - e dalla stimolazione gentile delle coscienze individuali mediante pratiche in grado di apportare nei consociati cambiamenti comportamentali socialmente orientati.

ABSTRACT

Plastic is basically everywhere and this is not only a generational question, but above all it is a question of human survival within the biosphere. It is a "Tragedy of Commons" that emblematically reveals the human tendency to exploit a common resource until pollution or, in any case, until depletion.

Although during the second half of the last century a series of political and economic corrective theories were drawn up, their implementation has only led to a more serious approach to plastic pollution but not to a comprehensive solution.

In this framework, the crux of this essay is to imagine the global problem under a double lens based on top-down and bottom-up approaches. According to the former, there is a need for a stratified and polycentric governance in which not only political decision-makers are taken over, but also judicial bodies. According to the latter, there is a need for an active involvement of the society through rules of behavioural economy based on *nudging*.

Overall, this holistic approach is able to outline an effective strategy to tackle plastic pollution, by overcoming the piecemeal rules currently in force in this sector - that is achieved through multi-level and effective regulatory approaches and the recognition of the growing role of the Courts in the development of the regulatory measures - and by mindly pushing individual consciences through practices capable of bringing social-based behavioural changes to people.

PAROLE CHIAVE: Inquinamento da Plastica, Beni Comuni, Frammentarietà Modelli Normativi, Ruolo Tribunali, Strategie di economia comportamentale.

KEYWORDS: Plastic Pollution, Tragedy of commons, Piecemeal Regulatory Approaches, Courts Role, Nudging.

INDICE: 1. Un preambolo "da tragedia". Introduzione al problema dell'inquinamento da plastica e linee programmatiche di lavoro. - 2. La parabola discendente della plastica: da risorsa a pericolo inquinante. - 3. I frammentari approcci normativi per il contrasto all'inquinamento da plastica: dalla regolazione dei prodotti plastici e delle sostanze chimiche di cui sono composti fino alla disciplina dei rifiuti. Preludio all'intervento delle Corti. - 4. Il ruolo attivo delle Corti e la loro rilevanza nel contrasto all'inquinamento da plastica. - 5. Il nudging come strategia bottom-up per il contrasto dell'inquinamento da plastica.

1. Un preambolo "da tragedia". Introduzione al problema dell'inquinamento da plastica e linee programmatiche di lavoro

Sono ormai note le minacce poste dall'inquinamento da plastica all'ambiente e agli esseri umani, così come sono abbastanza conosciuti i significativi ma pressoché insufficienti avanzamenti tecnologici in risposta alla diffusione dei rifiuti plastici nell'ecosistema, soprattutto marino.

La plastica è sostanzialmente ovunque¹ e pone non soltanto una questione generazionale, ma soprattutto una questione di sopravvivenza dell'essere umano all'interno della biosfera. L'inquinamento da plastica è un fenomeno dilagante e complessivamente plurioffensivo, perché mette in pericolo tanto l'equilibrio naturale dell'emisfero terrestre in sé, quanto la salute delle specie che da esso traggono linfa.

Tuttavia, se da un lato è da ormai lungo tempo che gli studiosi delle scienze naturali e della prevenzione ambientale mettono in rilievo i rischi che discendono dall'incessante avanzare dell'industria di produzione e gestione di plastica nel contesto socio-economico prevalentemente ispirato alle logiche del consumismo e delle matrici pro-neoliberiste² - le quali frenano il processo di maturazione riconducibile alla "svolta sostenibile" e consentono la presenza di detriti plastici nelle zone più remote della terra³ e nei suoi più basilari elementi

¹ Tale fenomeno è plasticamente messo in rilievo dal Report di United Nations Environment Programme (UNEP), *From pollution to solution: a global assessment of marine litter and plastic pollution*, 2021, pp. 14-15.

² Per un fondamentale inquadramento del neoliberismo, si rinvia naturalmente a M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005.

³ Una conferma dell'*escalation* senza freni della plastica si ritrova nella sua presenza in diverse e marginali aree geografiche, come l'Antartide, il deserto di Sonora, la Fossa delle Marianne ed il monte Everest. Per dei riferimenti scientifici, D.K.A. BARNES, A. WALTERS AND L. GONÇALVES, *Macroplastics at sea around Antarctica*, in *Marine Environmental Research*, vol. 70, n.

costitutivi, come acqua, aria, suolo⁴ e organismi esistenti -, dall'altro, pare che tali rischi vengano ampiamente sottovalutati⁵ facendo sì che l'inquinamento da plastica sia classificato una delle crisi planetarie più disattese, una crisi a cui - a meno di innovazioni materiche o tecnologiche dirompenti - difficilmente potrà porsi fine senza un'azione globale coordinata ed efficace.

Va da sé, però, che dietro la questione della contaminazione plastica se ne cela un'altra che è legata alle risorse comuni e alla perdurante concezione che l'individuo ha delle stesse. Si tratta di una dottrina che viene risolutamente definita come "*Tragedy of Commons*" dal suo autore e che emblematicamente disvela la tendenza umana a sfruttare una risorsa comune - come sono l'atmosfera, la biosfera, gli oceani - fino all'esaurimento o, comunque, fino all'inquinamento⁶. In quest'ultima ipotesi, Hardin precisa che "qui non si tratta di sottrarre qualcosa al bene comune, ma di introdurre qualcosa - nelle acque, scarichi, rifiuti chimici e radioattivi, energia residuale; nell'aria, fumi pericolosi e nocivi, e insegne pubblicitarie sgradevoli e disturbanti nel nostro orizzonte visivo"⁷.

A ben vedere, però, la problematica relazionale tra l'uomo e i beni comuni non è certamente una novità all'interno della scienza economica e della filo-

2, 2010, pp. 250-252; E.R. ZYLSTRA, *Accumulation of wind-dispersed trash in desert environments*, in *Journal of Arid Environments*, vol. 89, 2013, pp. 13-15; S. CHIBA ET AL., *Human footprint in the abyss: 30 year records of deep-sea plastic debris*, in *Marine Policy*, vol. 96, 2018, pp. 204-212; I.E. NAPPER ET AL., *Reaching new heights in plastic pollution-preliminary findings of microplastics on mount Everest*, in *One Earth*, vol. 3, n. 5, 2020, pp. 621-630.

4 F.M. WINDSOR ET AL., *A catchment-scale perspective of plastic pollution*, in *global change biology*, vol. 25, n. 4, 2019, pp. 1207-1221.

5 S. VARVASTIAN, *The role of Courts in plastic pollution governance*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 72, n. 3, 2023, Cambridge University Press, pp. 635-669.

6 G.HARDIN, *The tragedy of Commons*, in *Science, New Series*, American Association for the Advancement of Science, Vol. 162, n. 3859, 1968, pp. 1243-1248 e anche in *The social contract*, Fall 2001, pp. 26-35. Si tratta di un articolo che si basa su di una relazione che l'Autore ha presentato al convegno della *Pacific Division of the American Association for the Advancement of Science* in Logan, il 25 giugno 1968, presso l'Università dello Stato dello Utah, e che è stato tradotto in italiano da L. COCCOLI, *La Tragedia dei Beni Comuni*, in *ArchivioMarini.sp.unipi.it*, 2009.

7 Letteralmente G.HARDIN, *The tragedy of Commons*, cit., p. 1245, ove specifica "Here it is not a question of taking something out of the commons, but of putting something in-sewage, or chemical, radioactive, and heat wastes into water; noxious and dangerous fumes into the air; and distracting and unpleasant advertising signs into the line of sight". Tale argomentazione è ripresa, oltre che criticata, da E. OSTROM, *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, 1990.

sofia politica: già Aristotele osservava acutamente che “what is common to the greatest number has the least care bestowed upon it. Everyone thinks chiefly on his own, hardly at all of the common interest”, mentre Hobbes, nel *Leviatano*, presentava uno scenario dove l'uomo era intento a contendersi con i suoi simili i beni che la natura metteva a disposizione⁸. Anche altri autori, in un lasso temporale più prossimo agli studi di Hardin, hanno affrontato specificamente il tema della tragedia dei beni comuni, sostenendo in campo ittico che “everybody's property is nobody's property [...]. The fish in the sea are valueless to the fisherman, because there is no assurance that they will be there for him tomorrow if they are left behind today”⁹.

Si tratta di opinioni tutte accomunate dalla convinzione per la quale gli individui agiscano in modo perfettamente razionale ed egoista tanto da cercare di massimizzare i propri interessi¹⁰, opinioni che se applicate al campo ambientale finiscono per assumere che l'inquinamento da plastica sia soltanto un'esterneità negativa, da mettere in conto e da scaricare sulla collettività, pur di portare avanti un'attività con scopo lucrativo o di qualsivoglia utilità. È quanto il premio nobel Ostrom ha classificato come “*free riding*”¹¹, fenomeno che si caratterizza per la totale assenza di collaborazione tra gli individui che compongono la società nella preservazione del bene comune, sul presupposto che quest'ultimo sia sempre fruibile, disponibile, e per questo funzionale allo scopo a cui è asservito nonostante il suo consumo e deterioramento. Per dirla in termini matematici, nello sfruttamento dei beni comuni il ricavo è personale o unilaterale, mentre il costo è condiviso poiché spalmato sulla collettività.

8 Si vedano E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 2-3 e i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

9 H. S. GORDON, *The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery*, in *Journal of Political Economy*, vol. 62, n. 2, 1954, p. 124 ss.

10 Dato che la sua parte di costo per lo scarico dei rifiuti è minore del costo di trattarli prima di lasciarli nell'ambiente, Hardin sostiene che “we are locked into a system of “fouling our own nest,” so long as we behave only as independent, rational, free enterprisers”. Vedi G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, cit., 1245.

11 M. OLSON, *The logic of collective action. public goods and the theory of groups*, Cambridge, Massachusetts Harvard University Press, 1965, che riprende E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 6.

A tale tendenza umana sono state opposte nel corso della seconda metà del secolo scorso una serie di teorie correttive politico-economiche che vale la pena brevemente menzionare nella consapevolezza che la loro rigidità o radicalità non è riuscita, in sede applicativa, a sconfiggere definitivamente il fenomeno globale dell'inquinamento da plastica.

Posto che la teoria smithiana del *Laissez faire* non abbia buon gioco nell'ambito del dilemma dei beni comuni¹², le soluzioni proposte sono state essenzialmente tre: a) la prima è quella dello stesso Hardin e fa leva sull'affidamento ad un'autorità esterna del compito di dettare regole di disciplina dei beni comuni e di vigilare e sanzionare in caso di loro inadempimento. Sotto l'influenza hobbesiana, Hardin perviene alla conclusione secondo cui la corretta conservazione e l'efficiente gestione dei *commons* - come l'ambiente e la salute pubblica che ne discende - passi da una sorta di Leviatano con poteri regolatori e coercitivi¹³. Al contrario - e veniamo al punto b) - vi è stato chi ha ritenuto che anziché assecondare le spinte centripete si dovesse perorare la causa opposta e, quindi, in senso centrifugo andare verso la privatizzazione¹⁴ dei beni con l'obiettivo di affidare a taluni soggetti privati il compito di proteggere e gestire in via esclusiva i beni comuni e, se del caso, sanzionare le eventuali violazioni. Differentemente, la soluzione c) propugnata da Ostrom - che muove dal presupposto inverso della tendenza umana a sviluppare preferenze ed atteggiamenti non egoistici ma pro-sociali¹⁵ - affonda le radici non tanto nelle azioni collettive di soggetti esterni - come l'autorità o i privati - quanto in azioni che si

12 H. KERBER, J. KRAMM, *From laissez-faire to action? Exploring perceptions of plastic pollution and impetus for action. Insights from Phu Quoc Island*, in *Marine Policy*, vol. 137, 2022.

13 G. HARDIN, *The tragedy of Commons*, cit., p. 1243-1248.

14 V. DI GIOVINAZZO, *I grandi dibattiti dell'economia, La "tragedia" dei beni comuni: Stato o Mercato?*, in *Paramond Online* e D. FIFE, *Killing the goose*, *Environment*, Vol. 13, N. 3, 1971.

15 Le preziose riflessioni di Ostrom vengono ricordate da L. SACCONI, S. OTTONE, *Beni comuni, economia comportamentale e istituzioni*, in L. SACCONI, S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 152, secondo cui "gli esseri umani agiscono solo in modo razionale-strumentale ed egoista (...), un ritratto realistico degli esseri umani (...) dovrebbe includere che gli individui vanno soggetti a errori, sono limitatamente razionali, fruiscono di euristiche, apprendono o approvano norme, sono capaci di sviluppare preferenze ed atteggiamenti non egoistici ma pro-sociali, nonché favorevoli alla conformità alle norme apprese o approvate, secondo modalità che sono contingenti rispetto alle situazioni".

collocano al di dentro dei componenti del gruppo che utilizza i *commons* e affida a quest'ultimi il compito dell'autogoverno sulla base di taluni parametri essenziali come cooperazione e reciprocità. In questo senso, Ostrom specifica che “field research also shows that individuals systematically engage in collective action to provide local public goods or manage common-pool resources without an external authority to offer inducements or impose sanctions”¹⁶

A fronte delle pregevoli soluzioni proposte, però, deve mettersi in rilievo come sul piano fattuale la loro applicazione abbia condotto sì ad affrontare più seriamente il problema dell'inquinamento da plastica, ma non ad arginarlo complessivamente. Ciò per una serie di ragioni che proveranno a essere indagate nel presente contributo, nel tentativo di fornire un approccio pluralista e flessibile che, nel mutuare alcune delle caratteristiche salienti delle teorie descritte, offra una soluzione multilivello che, se non è idonea a risolvere la problematica, è comunque in grado di apportare significative migliorie.

L'obiettivo, dunque, è quello di immaginare la problematica globale sotto una duplice lente, che guardi alla necessità di una *governance* stratificata e policentrica, secondo un'impostazione *top-down*, in cui non rilevano soltanto i decisori politici ma anche gli organismi giurisdizionali, e secondo una logica *bottom-up*, che si fonda sul coinvolgimento attivo della base sociale attraverso le norme di economia comportamentale del *nudging*.

Sotto il primo profilo, l'elaborazione di una valida strategia normativa passa non soltanto dal superamento della frammentarietà delle misure attualmente vigenti che, a seconda della giurisdizione che viene in rilievo, limitano la circolazione e lo smaltimento dei rifiuti plastici o vietano taluni prodotti plastici o alcune sostanze chimiche di cui tali prodotti sono composti, ma anche dal riconoscimento del crescente ruolo che il potere giudiziario recita nel colmare le lacune normative e nel favorire nuove regolazioni, a più ampio spettro, che pre-

16 E. OSTROM, *A behavioral approach to the rational choice theory of collective action: presidential address*, in *The American Political Science Review*, American Political Science Association, vol. 92, n. 1, 1997, p. 10.

vengano l'accumulazione e l'ubiquità della plastica. In questa prospettiva, la disorganicità delle norme avverso l'inquinamento da plastica approda, sotto diverse spoglie, a livello giurisdizionale e le Corti sono chiamate a dare un significativo contributo allo sviluppo della base regolatoria. Come attori istituzionali, le Corti delle varie giurisdizioni si rivelano funzionali alla protezione della salubrità dell'ambiente e della salute umana, ora definendo i limiti che devono essere posti a taluni diritti fondamentali al fine di tutelare l'ambiente, ora riconoscendo un certo grado di potere in capo agli enti nella regolazione dell'inquinamento da plastica, ora ristorando i danni delle vittime di danno ambientale e della salute, ora incentivando i governi ad adottare più alti *standards* normativi in materia¹⁷. Una *governance* efficace, trasversale e multilivello non si caratterizza sempre e solo per il livello governativo che compartecipa alla soluzione normativa del problema, ma anche per l'incidenza del potere giudiziario nell'integrazione e/o formulazione della regola applicabile.

Sotto il secondo profilo, che attiene al piano orizzontale, appare inevitabile rilevare come l'*escalation* globale della crisi non può non essere affrontata tenendo conto del contributo che può essere fornito direttamente da coloro che subiscono il costo sociale della rovina di tale *common*, essendo la contaminazione da plastica un problema che deve stimolare le coscienze individuali ad intraprendere azioni pro-sociali e non puramente egoistiche. La via da tracciare, almeno secondo l'intenzione dello scritto, è quella che insiste nella valorizzazione di una delle categorie delle norme extragiuridiche e sociali che promuove "il *nudging* o la spinta gentile", ossia uno strumento che appare in grado di realizzare un cambiamento comportamentale dei consociati. In tal guisa, vengono sconfessati quegli orientamenti che propugnano l'idea secondo cui l'attenzione vada posta esclusivamente a monte e sul lato dell'offerta, ovvero sulla regolamentazione della filiera imprenditoriale della plastica, e non anche a valle e sul

17 S. VARVASTIAN, *The role of Courts in plastic pollution governance*, cit. pp. 636-637. Sul tema, anche S.J. MORATH, S. HAMILTON, A. THOMPSON, *Plastic pollution litigation*, in *Natural Resources & Environment*, vol. 36, n. 1, 2021, pp. 1-12.

lato della domanda, con un sostanziale abbandonarsi alle logiche del consumismo e della globalizzazione insostenibile (a danno dell'ambiente e, dunque, di noi stessi).

Si tratta, insomma, di un approccio olistico alla materia, ma prima di enucleare gli aspetti fondamentali della ricerca è opportuno dare conto delle minacce poste dalla plastica.

Occorre, anzitutto, comprendere le caratteristiche strutturali della problematica, per elaborare una strategia di contrasto che si fondi su rimedi credibili ed efficaci.

2. La parabola discendente della plastica: da risorsa a pericolo inquinante

La produzione di prodotti plastici non è certamente una novità nello scenario globale, dato che i primi polimeri sintetici sono apparsi nelle indagini scientifiche già sul finire dell'800 e che gli additivi volti al miglioramento delle proprietà dei materiali plastici - come plastificanti, antiossidanti, coloranti e ritardanti di fiamma - risalgono allo scorso secolo¹⁸. Neanche la produzione di plastica su larga scala può dirsi una assoluta novità, dato che essa si è notoriamente infittita a partire dalla metà del secolo scorso¹⁹ sulla scorta di una serie di vantaggi intrinseci che tale materia presenta, come l'alta resistenza e la longevità, la leggerezza e la forza, oltre che soprattutto lo scarso costo²⁰.

La plastica è sempre stata considerata una scoperta scientifica dirimente, una risorsa materica ad ampio spettro, oltre che un bene con assoluto valore

¹⁸ Per una ricognizione storica dello sviluppo della plastica, M. RAHMAN, C.S. BRAZEL, *The plasticizer market: an assessment of traditional plasticizers and research trends to meet new challenges*, in *Progress in Polymer Science*, vol. 29, n. 12, 2004, pp. 1223-1248.

¹⁹ R.C. THOMPSON ET AL., *Our plastic age*, in *Philosophical Transactions on the Royal Society B*, n. 364, 2009, pp. 1973-1976.

²⁰ A.L. ANDRADY, M.A. NEAL, *Applications and societal benefits of plastics*, in *Philosophical Transactions on the Royal Society*, vol. 364, 2009, pp. 1977-1984.

economico²¹ che apre forti prospettive di lucro proprio per le proprietà che hanno rivoluzionato massivamente il mercato²².

In questo scenario, la plastica è divenuta il terzo materiale più diffuso al mondo dopo il cemento e l'acciaio²³ e ha permeato qualsiasi settore dell'economia, dall'elettronica all'edilizia fino ad arrivare all'imballaggio, al trasporto e alla medicina²⁴.

“Un materiale perfetto” come definito da alcuni²⁵, volano dello sviluppo economico ed artefice del cambiamento dello stile di vita dei consociati, che però ha dimostrato tutti i suoi limiti se si considera l'impatto che a lungo termine ha avuto sull'ambiente e sulla società. Basti pensare al costume “dell'usa e getta (o *throwaway culture*)”²⁶, che pur non scaturendo (in sé) dalle qualità innate della plastica, ha comunque favorito la sclerotizzazione di alcune pratiche smodate, eccessive e sproporzionate su larga scala, così sviluppando uno dei fattori più inquinanti per l'ambiente e facendo emergere, più generalmente, il lato oscuro della plastica²⁷.

Così, se da un lato i benefici della plastica sono svariati tanto che essa è stata considerata nel tempo una risorsa, dall'altro, sono molte le minacce ad essa associate per via della produzione smisurata, del brevissimo impiego

21 È noto il ruolo della plastica nell'economia globale sia pure con le complicazioni ambientali che introduce. Per maggiori approfondimenti, D. BARROWCLOUGH E C. DEERE BIRKBECK, *The political economy of the global plastics economy: production, trade and governance*, Oxford, 2020; C. DEERE BIRKBECK, *Strengthening international cooperation to tackle plastic pollution: options for the WTO*, in *Global Governance Brief*, n. 1, 2020.

22 L. PARKER, *Tutto quello che c'è da sapere sull'inquinamento da plastica*, National Geographic, 2022.

23 R. GEYER ET AL., *Production, use, and fate of all plastics ever made*, in *Science Advances*, vol. 3, n. 7, 2017.

24 L. BELVISO, *Lotta alla plastica ed ecosistemi marini. Il quadro giuridico all'indomani della direttiva UE\2019\904*, in *Przegląd Prawa Rolnego*, n. 1(24), 2019, pp. 183-192.

25 D. MICHIELIN, *Storia della plastica, un fallimento di successo*, in *Radar magazine*, 2021.

26 Oggi, le plastiche monouso rappresentano circa il 40% del totale delle plastiche prodotte. Si cfr. L. PARKER, *Tutto quello che c'è da sapere sull'inquinamento da plastica*, cit.

27 S. J. MORATH, *Our plastic problem and how to solve it*, Cambridge University Press, 2022, p. 8, ove definisce la plastica come “workhorse material” e “global problem”.

(come nei casi cd. *single-use plastic products*²⁸), e dell'inadeguatezza dei processi di gestione e smaltimento che sono propri dell'economia lineare²⁹.

Nel rapporto del 2021 "hazardous substances and human rights", le Nazioni Unite hanno identificato l'intero ciclo di vita delle materie plastiche come fonte di diversificati danni e/o pericoli per la salute umana e ambientale, anche se detti pregiudizi non discendono effettivamente soltanto dall'inquinamento da plastica, ma anche da tutte le altre crisi a cui tale contaminazione contribuisce, tra cui il cambiamento climatico³⁰ e l'inquinamento dell'aria³¹.

I dati sono effettivamente allarmanti e basta riprodurre quelli forniti dal rapporto summenzionato e da quello "*Plastica: dalla natura alle persone. È ora di agire*" del Wwf, in occasione della Giornata mondiale dell'Ambiente, per rivelare definitivamente la portata del fenomeno.

Per un verso, la produzione di plastica dall'inizio del millennio ad oggi ha toccato numeri esorbitanti, passando da 234 a 468 milioni di tonnellate e superando di 20 volte le quantità prodotte negli anni '60. Si prevede che tali quantità aumentino del 40% entro il 2036 e, in tutto, di 4 volte entro il 2050³², visto che

28 Si veda il rapporto OCSE sulle materie plastiche del 2022, secondo cui quasi due terzi di questi rifiuti provengono da oggetti con una durata inferiore ai cinque anni.

29 S. FANTI, *Solo il 9% della plastica viene riciclata: i dati allarmanti del nuovo rapporto Ocse*, in *EconomiaCircolare.com*, 2022; R. GEYER, *Production, use and fate of synthetic polymers in plastic waste and recycling*, in T.M. LETCHER (ed.), *Plastic waste and recycling: environmental impact, societal issues, prevention, and solutions*, Academic Press, 2020, pp. 13-27.

Peraltro, l'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) nel suo report "*Global Plastic Outlook*" rappresenta come l'economia globale sia ancora lontana dal raggiungere la cd. *Blue economy* in materie plastiche, prospettando la necessità di apportare cambiamenti radicali in termini di riutilizzo degli scarti, riduzione della produzione, efficienza di raccolta e qualità di riciclo.

30 Le materie plastiche hanno un'impronta di carbonio significativa, contribuendo al 3,7% delle emissioni globali di gas serra durante il loro ciclo di vita. La stragrande maggioranza delle plastiche proviene infatti dal petrolio, che va estratto e raffinato, e una volta utilizzate, se incenerite, causano ulteriori emissioni di CO₂, oltre che gas tossici e diossine cancerogene e mutagene. Oggi circa il 4% dei combustibili fossili è utilizzato per produrre plastica e, entro il 2050, si prevede che questa percentuale aumenterà fino al 20%. Si cfr. P.J. LANDRIGAN ET AL., *The Minderoo-Monaco Commission on plastics and human health*, in *Annals of Global Health*, vol. 89, n.1, 2023, pp. 1-6.

31 UN General Assembly, "*Report of the Special Rapporteur on the implications for human rights of the environmentally sound management and disposal of hazardous substances and wastes*" annotato dal Segretario generale, M.ORELLANA, *The stages of the plastics cycle and their impacts on human rights*, in *United Nations Human Rights Office of High Commissioner*, A/76/207, 2021.

32 Ellen Macarthur Foundation, *The new plastics economy: rethinking the future of plastics*, 2016.

già nel 2016 la produzione aveva raggiunto quota 53 kg di plastica per ogni persona al mondo³³. Per un altro verso, dei 9,2 miliardi di tonnellate di plastica prodotti tra il 1950 e il 2017³⁴, circa 7 miliardi di tonnellate sono diventati rifiuti plastici e la maggior parte di essi è finito negli oceani. Sono circa 30 milioni le tonnellate di rifiuti plastici accumulati nei mari e negli oceani³⁵, con oltre 170 mila miliardi di frammenti di plastica che galleggiano sulla superficie³⁶: tra le zone più colpite, vi è sicuramente l'oceano pacifico, divenuto tristemente famoso per ospitare la più grande isola di plastica al mondo.

Tale isola è chiamata *Pacific Trash Vortex* e si è formata nella zona compresa tra la California e le Hawaii a causa di un gigantesco vortice di correnti superficiali che ha concentrato rifiuti plastici gettati da navi o scaricati in mare dalle coste del Nord America e dall'Asia. È talmente grande da misurare il doppio del Texas o tre volte la Francia³⁷ e, siccome la plastica accumulata non è biodegradabile, è destinata a galleggiare per lungo tempo nelle acque marine

33 Rapporto WWF, intitolato "Responsabilità e rendicontazione, le chiavi per risolvere l'inquinamento da plastica", 2019.

34 La produzione globale della plastica è passata da meno di 2 milioni di tonnellate del 1950 a oltre 390 milioni di tonnellate nel 2021 (un aumento di circa 200 volte), di cui il 90% derivante da materie prime fossili, l'8% da plastica di riciclo e l'1,5% da fonti bio. Si veda *PlasticsEurope, Plastic - The facts*, 2022, p. 4.

35 Si cfr. C. WAYMAN, H. NIEMANN, *The fate of plastic in the ocean environment – a minireview*, in *Environmental Science: Process Impacts*, n. 2, 2021, pp.198-212.

36 M. ERIKSEN ET AL., *A growing plastic smog, now estimated to be over 170 trillion plastic particles afloat in the world's oceans. Urgent solutions required.*, in *PLoS ONE*, vol. 18, n. 3, 2023.

37 Si tratta, in particolare, di 79 mila tonnellate di plastica che ricoprono un'area di circa 1,6 milioni di chilometri quadrati, come affermano P. D'ANNA, *Earth day: Il Pacific Trash Vortex, l'isola di plastica*, in *Passion Astronomia*, 2022; L. LEBRETON ET AL., *Evidence that the Great Pacific Garbage Patch is rapidly accumulating plastic*, in *Scientific Reports*, 8: 4666, 2018, p. 1-15; The Ocean Cleanup, *The Great Pacific Garbage Patch*, in *theoceancleanup.com*.

L'isola di plastica del pacifico è solo la più grande tra quelle presenti nel mare, come evidenziato da P.G. RYAN, *Litter survey detects the South Atlantic "Garbage Patch"*, in *Marine Pollution Bulletin*, n. 79, 2014, 220; M. CONNAN ET AL., *The Indian Ocean "Garbage Patch": empirical evidence from floating macro-litter*, in *Marine Pollution Bulletin*, n. 169, 2021; K.PABORTSAVA, R.S. LAMPITT, *High concentrations of plastic hidden beneath the surface of the Atlantic Ocean*, in *Nature Communications*, n. 11, 2020, pp. 1-12.

In Italia, secondo l'indagine "*Beach litter*", è presente una media di 834 rifiuti ogni 100 mt di spiaggia (e dunque di otto rifiuti ogni passo) con la plastica che rappresenta il materiale più trovato (84% degli oggetti rinvenuti, di cui il 46% è plastica monouso). Per approfondire, si cfr. B. CASULA, *Spiagge italiane, una media di 834 rifiuti ogni 100 metri: l'84% in plastica, il 46% oggetti monouso*, in *ecodallecitta.it*, 2022.

provocando danni incommensurabili. Tra questi, vale la pena menzionare i danni che vengono cagionati alle specie marine, che oltre a morire imbrigliate o ingerire frammenti plastici che danneggiano irreversibilmente i loro polmoni e tratto intestinale³⁸, finiscono per accedere, dopo la pesca e la commercializzazione, alla cd. *food chain*.

Il fenomeno è quello delle microplastiche, particolarmente note per accumularsi nei tessuti degli organismi marini esposti fino al punto da danneggiarli e tracciare un viatico diretto al trasferimento di detti frammenti all'interno dell'intera catena alimentare³⁹, colpendo dunque anche gli esseri umani⁴⁰. Le microplastiche, peraltro, possono anche agire come vettori di vari contaminanti, come metalli pesanti, idrocarburi policiclici aromatici o antibiotici, che si attaccano alle particelle plastiche poi ingurgitate dalla fauna ittica⁴¹.

Un'altra ragione di preoccupazione è quella che si fonda sulle sostanze chimiche di cui le materie plastiche sono composte. I prodotti plastici, infatti, sono la risultante di un insieme di sostanze e additivi che raggiungono quota 10.000, di cui almeno un quarto è classificato come pericoloso, producendo un

38 C. WILCOX, E. VAN SEBILLE, B.D. HARDESTY, *Threat of plastic pollution to seabirds is global, pervasive, and increasing*, in *proceedings of the national academy of sciences*, 2015; S. KÜHN, E.L. BRAVO REBOLLEDO, J.A. VAN FRANEKER, *Deleterious effects of litter on marine life*, in M. BERGMANN, L. GUTOW, M. KLAGES (ed.), *Marine Anthropogenic Litter*, Springer, 2015, p. 75-116.

39 S.L. WRIGHT, R.C. THOMPSON, T.S. GALLOWAY, *The physical impacts of microplastics on marine organisms: a review*, in *Environmental Pollution*, n. 178, 2013, pp. 483-492. Le microplastiche non sono un'esclusiva degli ambienti marini, tanto che alcuni report ne hanno rintracciato la presenza anche in aree di montagna, come i Pirenei, dove si registra un tasso giornaliero di 365 microparticelle plastiche per metro quadrato. Si cfr. S. LEAHY, *Microplastics are raining down from the sky*, National Geographic, 2019.

40 Per un approfondimento, si veda T. KÖGEL, A. REFOSCO, A. MAAGE, *Surveillance of seafood for microplastics* in T. ROCHA-SANTOS, M.F. COSTA, C. MOUNEYRAC (ed.), *Handbook of microplastics in the environment*, Springer 2022, p. 1311. Peraltro, un recente studio condotto sull'ingestione umana di microplastiche attraverso la catena alimentare ha messo in rilievo come ogni essere umano sia capace potenzialmente di assumere settimanalmente una quantità pari al peso di una carta di credito. Per un riferimento specifico, G. TALIGNANI, *Ogni settimana ingeriamo microplastiche pari al peso di una carta di credito*, in *Repubblica.it*, 2019.

41 A.A. KOELMANS ET AL., *Microplastic as a vector for chemicals in the aquatic environment: critical review and model-supported reinterpretation of empirical studies*, in *Environmental Science & Technology*, n. 50, 2016, pp. 3315-3326; P. MA ET AL., *Research on ecotoxicology of microplastics on freshwater aquatic organisms*, in *Environmental Pollutants and Bioavailability*, 31:1, 2019, pp. 131-137; T.S.M. AMELIA ET AL., *Marine microplastics as vectors of major ocean pollutants and its hazards to the marine ecosystem and humans*, in *Progress in Earth and Planetary Science*, 8:12, 2021, pp. 1-26.

forte impatto sulla salute ambientale ed umana. Tra queste sostanze⁴², merita particolare attenzione il Bisfenolo A (BPA) - alla cui esposizione l'uomo è soggetto⁴³ non soltanto per mezzo della catena alimentare, ma anche per via della sua dispersione negli elementi ambientali come acqua, suolo e aria - che è in grado di cagionare effetti nocivi sulla riproduzione, sullo sviluppo e sul metabolismo, oltre che sul sistema immunitario ed endocrino⁴⁴.

Tali argomentazioni assumono particolare rilievo nel momento in cui ci si avvede della perdurante presenza di tali sostanze nocive anche all'interno dei prodotti plastici riciclati, così compromettendo l'idea che il riciclaggio e il riutilizzo dei sottoprodotti sia un'autorevole viatico per la lotta all'inquinamento da plastica. Sicché, pare opportuno agire a monte, oltre che a valle, attraverso modelli normativi fortemente radicati sulla concezione *end plastic waste*.

È questa, infatti, l'impostazione che dovrà essere alla base delle negoziazioni per la conclusione entro fine del 2024 del primo e vincolante trattato internazionale in materia di inquinamento da plastica, a seguito della risoluzione "End Plastic Pollution: Towards an Internationally Legally Binding Instrument" adottata nel marzo 2022 dalla United Nations Environment Assembly (UNEA)⁴⁵.

42 Il bisfenolo è soltanto la sostanza più studiata e che vale da caso paradigmatico, dato che vi sono ulteriori sostanze che hanno raggiunto il medesimo livello di allarme sociale poichè idonee a cagionare disordini come asma, allergie e vari tipi di carcinoma. Tale argomentazione è condivisa da S.BENJAMIN ET AL., *Phthalates impact human health: epidemiological evidences and plausible mechanism of action*, in *Journal of Hazardous Materials*, vol. 340, 2017, pp. 360-383 e R.U. HALDEN, *Plastics and health risks*, in *Annual Review of Public Health*, n. 31, 2010, pp. 179-194.

Senza contare tutti gli additivi che sono utilizzati nella produzione di prodotti plastici giornalieri, i quali sono stati definiti tra i più pericolosi per la salute umana. A tal proposito, si rinvia a J. EALES ET AL., *Human health impacts of exposure to phthalate plasticizers: an overview of reviews*, in *Environmental International*, n. 158, 2022.

43 H. WIESINGER, Z. WANG, S. HELLWEG, *Deep dive into plastic monomers, additives, and processing aids*, in *Environmental Science & Technology*, n. 55, 2021, pp. 9339-9351; L.N. VANDENBERG ET AL., *Human exposure to bisphenol A (BPA)*, in *Reproductive Toxicology*, vol. 24, n. 2, 2007, pp. 139-177; J-H KANG, F. KONDO AND Y. KATAYAMA, *Human exposure to Bisphenol A*, in *Toxicology*, vol. 226, 2006, pp. 79-89.

44 J.R. ROCHESTER, *Bisphenol A and human health: a review of the literature*, in *reproductive toxicology*, vol. 42, 2013, pp. 13-155; Y. MA ET AL., *The adverse health effects of Bisphenol A and related toxicity mechanisms*, in *Environmental Research*, vol. 176, 2019.

45 UNEA Resolution 5/14, 2022, "End plastic pollution: Towards an international legally binding instrument".

Tale prossima disciplina - che si posiziona tra i più importanti risultati ottenuti in sede negoziale negli ultimi decenni in tema di tutela ambientale⁴⁶ - si propone, secondo la risoluzione, di considerare l'intero ciclo di vita della plastica, includendo le fasi riguardanti la sua produzione, la sua progettazione e il suo smaltimento, sul presupposto che tale materia sia fonte di contaminazione, in particolare dell'ambiente marino, e che la sua natura sia tipicamente transfrontaliera⁴⁷.

3. I frammentari approcci normativi per il contrasto all'inquinamento da plastica: dalla regolazione dei prodotti plastici e delle sostanze chimiche di cui sono composti fino alla disciplina dei rifiuti. Preludio all'intervento delle Corti

Una volta enucleate le conseguenze poste dall'inquinamento da plastica, occorre verificare come i sistemi di *governance* degli Stati, sia congiuntamente che disgiuntamente dagli altri, abbiano affrontato e tentato di risolvere tale crisi di portata planetaria.

In linea di massima, il rilievo complessivo della problematica necessiterebbe una risposta globale e coordinata, oltre che urgente, ma come già evidenziato in apertura l'insieme delle regole approntate dalle varie giurisdizioni si caratterizza per essere abbastanza lacunoso e frammentario.

Le ragioni che stanno alla base della perdurante frammentarietà delle misure normative per il contrasto all'inquinamento da plastica sono molteplici e possono essere riassunte brevemente nell'assenza di una politica di coordinamento tra gli Stati, nella mancanza di cooperazione tra gli Stati e le Istituzioni internazionali, nella carenza di uniformità tra le politiche nazionali e locali, nella contraddittorietà ed insufficienza degli *standards* normativi, nelle numerose la-

46 Stando alle dichiarazioni rilasciate dal Segretario esecutivo del Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente nel corso di un'intervista del 3 febbraio 2022, l'eventuale trattato costituirà "the most important instrument since the Paris Agreement".

47 Sul tema, si cfr. I. TANI, *Oceani di plastica: il quadro giuridico internazionale*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 3, 2018, pp. 613-659.

cune normative, nella inesatta attuazione delle misure e nelle ormai sistemiche pratiche illegali⁴⁸.

A questo si aggiunge un dato essenzialmente incontrovertibile: nessuna giurisdizione è in grado di affrontare e risolvere complessivamente da sé una problematica che ha carattere transnazionale e che pone la necessità di un contrasto fondato su di un'impostazione il più possibile relazionale, di collaborazione e di dialogo. A tal uopo, infatti, la ragione che appare più dirimente tra quelle delineate affonda le radici nella totale assenza di un trattato internazionale vincolante per gli Stati⁴⁹, anche se esso pare essere in via di sviluppo per come emerge dalle negoziazioni susseguenti alla risoluzione della UNEA del 2022. Ad ogni modo, non si tratta soltanto di adottare un'apposita disciplina di diritto internazionale pattizio, ma si tratta di porre in essere un regime di contrasto dell'inquinamento da plastica direttamente vincolante nei confronti della comunità internazionale. In questa prospettiva, il contenuto del trattato sarà importante tanto quanto la natura delle prescrizioni pattizie, la cui attuazione non dovrà essere affidata alla volontà degli stati aderenti. La questione della vincolatività del trattato in formazione si pone soprattutto perché la risoluzione dell'UNEA presenta un passaggio alquanto ambiguo che sembra inaugurare un regime differenziato delle prescrizioni in materia nella parte in cui fa riferimento a "both binding and voluntary approaches"⁵⁰ nella lotta alla plastica.

48 Di questo avviso, P. DAUVERGNE, *Why is the global governance of plastic failing the oceans?*, in *Global Environmental Change*, n. 51, 2018, pp. 22-31.

49 Sul punto, è chiara la posizione di J. VINCE, B.D. HARDESTY, *Plastic pollution challenges in marine and coastal environments: from local to global governance*, in *Restoration Ecology*, vol. 25, n. 1, 2017, pp. 123-128.

Deve osservarsi come iniziative volte al conseguimento di una disciplina pattizia non siano mancate in passato, soprattutto grazie alla dottrina. Per un approfondimento, si rinvia a K. RAUBENHEIMER, A. MCLIGORM, *Can the Basel and Stockholm Conventions provide a global framework to reduce the impact of marine plastic litter*, in *Marine Policy*, 2018, n. 96, pp. 285-290; E.A. KIRK, N. POPATTANACHAI, *Marine plastics: fragmentation, effectiveness and legitimacy in international lawmaking*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 27, n. 3, pp. 222-233; I. TESSNOW-VON WYSOCKI, P. LE BILLON, *Plastics at sea: treaty design for a global solution to marine plastic pollution*, in *Environmental Science & Policy*, vol. 100, 2019, pp. 94-104.

50 Per maggiore precisione, si rimanda al passaggio contenuto nella UNEA Resolution 2022, n 12, par. 3, ove si chiarisce che "The intergovernmental negotiating committee is to de-

In attesa della normativa pattizia, però, vale la pena significare i diversificati modelli normativi attivati dagli Stati in risposta all'inquinamento da plastica, i quali sono cumulativamente identificabili alla stregua del ciclo di vita della materia che è suddivisa in produzione, utilizzo e smaltimento.

Sono enucleabili, quindi, tre modelli⁵¹: il primo muove da un approccio legato alla circolazione e allo smaltimento della materia plastica utilizzata; il secondo ha un'impostazione che guarda alla regolazione della produzione dei prodotti plastici; il terzo offre una regolazione delle sostanze chimiche di cui i prodotti plastici sono composti.

A ciascuno di essi corrisponde una certa classe di misure regolatorie che, a sua volta ed in parte, è rifluita in contestazione davanti ai Tribunali delle diverse giurisdizioni, sicché è necessario muovere atomisticamente dai singoli modelli per verificare l'impatto che il potere giudiziario ha avuto nell'integrazione e/o correzione della disciplina in vigore.

Venendo al merito di ciascun modello normativo, il primo da analizzare è quello che concerne la circolazione e lo smaltimento dei rifiuti plastici e che rappresenta il punto di maggiore interesse della comunità internazionale e delle comunità regionali⁵².

Nell'ambito internazionale si colloca indubbiamente la Convenzione di Basilea del 1989 sul controllo dei movimenti transfrontalieri dei rifiuti pericolosi e del loro smaltimento, che emendata dal famoso "Plastic Waste Amendments" del 2019 rappresenta oggi la prima e unica normativa pattizia universalmente vincolante in materia di rifiuti plastici. Essa, infatti, ad eccezione della classificazione di taluni rifiuti plastici come non nocivi, include la generalità dei rifiuti di questo tipo nell'ambito della categoria che richiede speciale considerazione

velop an international legally binding instrument on plastic pollution, including in the marine environment (...), which could include both binding and voluntary approaches, based on a comprehensive approach that addresses the full life cycle of plastic."

51 Di questo avviso, S. VARVASTIAN, *The role of Courts in plastic pollution governance*, cit. p. 642.

52 H. JOHNSON ET AL., *Conceptualizing the transnational regulation of plastics: moving towards a preventative and just agenda for plastics*, in *Transnational Environmental Law*, vol.11, n. 2, 2022, pp. 325-355.

con la specifica che alcuni di essi rientrano, invece, in quella dei materiali certamente pericolosi. Tale qualificazione dei rifiuti plastici consente l'assoggettamento alla stringente disciplina della convenzione laddove prevede particolari requisiti per la circolazione e lo smaltimento o vi impone significativi divieti o restrizioni.

Sotto il profilo regionale, invece, deve farsi menzione delle Convenzioni di Bamako e di Waigani che impediscono, rispettivamente, l'importazione di rifiuti plastici in Africa e nel Forum delle Isole del Pacifico, nonché delle decisioni di molti Stati asiatici che hanno inserito gli scarti plastici tra i rifiuti solidi da non importare per mancanza di abilità e tecnologie nel loro trattamento e riciclaggio. Tali divieti alla circolazione dei rifiuti plastici si spiegano alla luce della tendenza degli Stati ad economia avanzata ad esportare grandi quantitativi di rifiuti plastici nei confronti dei paesi in via di sviluppo che spesso non dispongono di idonee strutture e adeguati metodi per il trattamento e il riciclaggio dei loro rifiuti finendo così per bruciarli a danno dell'ambiente⁵³.

Oltre ai movimenti e allo smaltimento, la comunità internazionale ha prestato particolare attenzione anche al fenomeno dello scarico a mare dei rifiuti plastici, concludendo una serie di convenzioni che ne dispongono il divieto assoluto. Il riferimento è alla Convenzione sulla prevenzione dell'inquinamento marino causato dallo scarico di rifiuti ed altre materie del 1972, alla Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato dalle navi del 1973 e, infine, alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla Diritto del mare del 1982 che richiede agli Stati di “to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from any source”.

53 J. CAPP, *Toxic exports: the transfer of hazardous wastes from rich to poor countries*, Ithaca: Cornell University Press, 2001; D. N. PELLOW, *Resisting global toxics. transnational movements for environmental justice*, in *The Mit Press*, Cambridge, 2007; J. FURNISS, *Alternative framing of transnational waste flows: reflections based on the Egypt-China PET plastic trade*, in *Area*, vol. 47, n. 1, 2015. pp. 24-30 e, di recente, Y. LIANG ET AL, *An analysis of the plastic waste trade and management in Asia*, in *Waste Management*, n. 119, 2021, pp. 242 -246.

In ambito italiano, è stata adottata la legge “SalvaMare” n. 60 del 2022 con l'intento di prevenire l'inesorabile invasione di rifiuti di qualsiasi provenienza delle coste e dei mari della penisola. A ben vedere, a discapito della denominazione che lascia desumere una presunta originalità dell'intervento normativo, si nutrono forti perplessità circa molteplici aspetti: a) l'ambito applicativo, che riguarda soltanto i rifiuti accidentalmente pescati e volontariamente raccolti e non anche le cd. microplastiche o comunque quei materiali plastici che non sono percettibili ad occhio nudo ; b) la qualificazione giuridica dei rifiuti accidentalmente pescati, dato che essi vengono pleonasticamente equiparati, talvolta, ai rifiuti delle navi ai sensi della convenzione MARPOL, talaltra, ai rifiuti urbani ai sensi del T.U. Ambiente; c) le modalità di gestione dei rifiuti accidentalmente pescati, nella parte in cui è prescritto che non sia necessaria l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali per la raccolta ed il trasporto e che, pertanto, pone il dubbio circa la sanzionabilità delle condotte ante legge SalvaMare. Condotte - ci si deve intendere - anche in precedenza del tutto prive di qualsivoglia rilievo penale alla luce della costruzione tipica della fattispecie criminosa di cui all'art 256 c.p. e che, anzi, configurano un illecito amministrativo ex art 192 T.U. Ambiente laddove disattese tramite il compimento di atti di scarico a mare dei rifiuti raccolti; d) la carenza di norme che prevengano l'inquinamento da plastica a monte piuttosto che a valle, dato che esse si preoccupano soltanto di fronteggiare il problema dei rifiuti plastici e non anche il processo di produzione che in tali rifiuti sfocia⁵⁴.

Come emerge nel caso italiano, anche il modello normativo delineato a livello internazionale e regionale sconta difetti e lacune che impediscono di fronteggiare compiutamente il fenomeno della contaminazione plastica⁵⁵. Per un

⁵⁴ Tali elementi controversi sono messi in rilievo da I. TANI, *La Legge SalvaMare: una disciplina per il recupero dei rifiuti in mare e nelle acque interne tra dubbie premesse e vecchi propositi*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2, 2022, pp. 579-593.

⁵⁵ La convinzione che non esista una compiuta strategia globale sui rifiuti poiché i modelli normativi ad essi riferiti perseguono obiettivi in realtà diversi dalla protezione dell'ambiente non è comune in dottrina. Per un approfondimento del tema, si rinvia a M. FITZMAURICE ET AL. (a cura di), *Research handbook on international environmental law*, Cheltenham-Northampton, 2010; P. BIRNIE, A. BOYLE E C. REDGWELL, *International law and the environment*, Ox-

verso, la plastica dispersa nell'ambiente marino proviene dalla terra ferma⁵⁶ e, dunque, proibire lo scarico a mare dei materiali plastici costituisce soltanto una delle forme di affrontare il fenomeno. Per un altro verso, l'imposizione di diversificati vincoli alla circolazione e smaltimento dei rifiuti plastici non riguarda tutti i paesi in via di sviluppo e, quindi, non preclude l'eventuale esportazione di detti rifiuti verso gli Stati che non prevedono simili divieti e che non dispongono di strutture e competenze adeguate al loro trattamento⁵⁷.

Sicché, l'attenzione non può che concentrarsi sul lato della produzione dei materiali plastici⁵⁸ e delle sostanze di cui essi si compongono.

Il modello normativo concernente la limitazione della produzione, dell'uso e della distribuzione dei materiali plastici non è certamente una novità nel panorama internazionale, ma anzi trova recente conferma nella fine del secondo scorso quando taluni paesi cominciarono a sperimentare rudimentali regole che imponevano restrizioni o divieti nei confronti di specifici prodotti a base plastica al fine di ridurre l'impatto ambientale.

Se a partire dagli anni '90 tali misure erano a esclusivo appannaggio di pochi paesi con particolare vocazione *green*⁵⁹, è soltanto recentemente, a partire dal 2015⁶⁰, che molti Stati hanno maturato un'adeguata consapevolezza circa le potenzialità inquinanti di certi prodotti plastici, approntando un più articolato sistema di divieti, restrizioni e requisiti che rappresenta la naturale evoluzione del modello in oggetto.

ford, 2009.

56 Sull'inquinamento marino da fonti terrestri, si veda Y. TANAKA, *Regulation of land-based marine pollution in international law: a comparative analysis between global and regional legal frameworks*, in *Zeitschrift fuer Auslaendisches Oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, n. 66, 2006, pp. 535 e ss.

57 Y. LIANG ET AL., *An analysis of the plastic waste trade and management in Asia*, cit., p. 246.

58 R.C. HALE ET AL., *A Global perspective on microplastics*, in *Journal of Geophysical Research: Oceans*, vol. 125, n.1, 2020 e M. Parolini et al., *A global perspective on microplastic bioaccumulation in marine organisms*, in *Ecological Indicators*, vol. 149, 2023.

59 E. RITCH, C. BRENNAN AND C. MACLEOD, *Plastic bag politics: modifying consumer behaviour for sustainable development*, in *International Journal of Consumer Studies*, vol. 33, n. 2, 2009, pp. 168-174.

60 UNEP, Report "Legal Limits on Single-Use Plastics and Microplastics", 2018.

Questo *trend* è confermato principalmente dalla disciplina europea in materia di prodotti plastici che risulta dal combinato disposto tra la *Plastic Bag Directive* del 2015 e la *Single-use Plastics Directive* del 2019. Tali norme di diritto europeo secondario, oltre a introdurre specifiche regole per disincentivare l'uso di borse di plastica, vietano la collocazione sul mercato di nove prodotti plastici usa e getta e prevedono diversificate misure come restrizioni di marketing, disincentivi economici e obiettivi progressivi, per ridurre l'uso di specifici materiali plastici usa e getta.

Anche fuori dall'Europa la situazione non è dissimile: Stati come Canada, Costa Rica, India e Giappone⁶¹ hanno adottato (o stanno adottando) misure consimili a quelle europee, mentre altri come Svezia, Francia, Corea del Sud, Nuova Zelanda e Canada hanno vietato la produzione e la vendita di cosmetici che contengono microplastiche⁶².

Tuttavia, nonostante il modello normativo delineato abbia il pregio di affrontare la problematica a monte guardando alla fase di produzione e di uso dei materiali plastici, deve osservarsi come esso sconti numerose lacune ed eccezioni che finiscono per comprometterne la validità. Se esaminiamo la disciplina europea sui prodotti plastici, scorgiamo agevolmente il fatto che bandire alcuni prodotti usa e getta non significa precluderne totalmente la loro produzione e circolazione all'estero, così come ridurre la presenza di alcuni beni a base plastica all'interno del mercato interno non significa dismetterne l'uso. Nel contempo, se ragioniamo *a contrario* e poniamo attenzione sul fatto che la normativa europea impone limitazioni soltanto nei confronti di specifici prodotti plastici, come le borse e i beni usa e getta, ci accorgiamo che ciò non comporta la pre-

61 Per un riferimento normativo, si rinvia, per il Canada, al Canadian Environmental Protection Act, Single-use Plastics Prohibition Regulations, Canada Gazette, parte II, vol. 156, n. 13, 1999; per il Costa Rica, al Plastic Pollution and Environmental Protection Law, n. 9786, 2019; per l'India, al The Gazette of India: Extraordinary, parte II, sez. 3, lett. (i), 2021; per il Giappone, al Public Relations Office of the Government of Japan, Concerning the Act on Promotion of Resource Circulation for Plastics, 2022.

62 Per il riferimento a tali paesi, si veda R. KARASIK ET AL., *20 Years of Government Responses to the Global Plastic Pollution Problem: The Plastics Policy Inventory*, Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions, 2020.

visione di una regola preclusiva o restrittiva nei confronti di altre classi di beni in plastica.

A ciò aggiungasi che l'effetto conseguente alla frammentarietà e alla lacunosità del modello normativo sui prodotti plastici è chiaramente enfatizzato dalle già delineate insufficienze del modello normativo sui rifiuti e dal fatto che il tasso di riciclaggio della plastica si attesta a meno del 10%⁶³.

Inoltre, porre regole preclusive e/o restrittive sulla circolazione e sull'uso di specifici prodotti plastici non comporta, essenzialmente, alcuna limitazione in ordine alle sostanze chimiche utilizzate per la loro produzione.

E veniamo così al terzo modello che, occupandosi delle sostanze chimiche di cui sono composti i prodotti plastici, assume rilievo tanto a livello nazionale quanto a livello europeo.

Per chiarire le caratteristiche salienti di tale modello basti richiamare, oltre il già citato Bisfenolo, il caso paradigmatico dei Policlorobifenili (PCB) che ha visto protagonista, inizialmente, gli Stati Uniti, poi altri Stati e, infine, la comunità internazionale. La vicenda è particolarmente famosa in quanto tale sostanza chimica, utilizzata sin dal 1929 come plastificante nei vari prodotti, è stata scoperta cagionare una serie di effetti nocivi alla salute, tra cui il cancro, molti anni dopo la messa in commercio. Così, tramite l'US Toxic Substances Control Act, gli Stati Uniti decisero di vietare la produzione e la distribuzione commerciale di tale sostanza e, successivamente, molti altri Stati adottarono le medesime misure. Ciò comportò anche l'adeguamento della comunità internazionale, tramite la Convenzione di Stoccolma del 2001 sugli inquinanti organici persistenti, tanto che tale sostanza può dirsi oggi universalmente vietata.

La domanda, dunque, sorge spontanea: cosa desumiamo da un caso simile?

63 S. FANTI, *Solo il 9% della plastica viene riciclata: i dati allarmanti del nuovo rapporto Ocse*, cit., e R. GEYER, *Production, use and fate of synthetic polymers in plastic waste and recycling*, in T.M. LETCHER (ed.), *Plastic waste and recycling: environmental impact, societal issues, prevention, and solutions*, cit., pp. 13-27.

La risposta è che anche tale modello sconta dei limiti che sono propri degli altri approcci normativi. Al di là della lentezza burocratica lo caratterizza, si tratta di un modello tanto parcellizzato quanto dispersivo perché sebbene prevenga l'utilizzo di talune sostanze chimiche nocive nella produzione di svariati materiali plastici, non riesce comunque a prevenire né limitare la produzione di prodotti plastici che potranno continuare ad essere immessi nel mercato sotto composizioni chimiche differenti⁶⁴. Infatti, il Bisfenolo come i Policlorobifenili potranno essere sostituiti con altre sostanze ugualmente nocive, che non essendo proibite a livello nazionale o internazionale sono libere di circolare nel corpo dei prodotti plastici di cui fanno parte.

Ne consegue, qualunque sia il modello normativo preso a riferimento, che gli effetti derivanti dall'inquinamento da plastica continuino a persistere.

In tale contesto caratterizzato da perdurante frammentarietà e lacunosità, il contributo offerto dai giudici delle varie giurisdizioni pare piuttosto essenziale nella misura in cui tende a compensare, sia pure non integralmente, le insufficienze normative che palesano le regolazioni in vigore.

Se da un lato, infatti, non sorprende che i modelli normativi proposti abbiano fallito nel tentativo di arginare la contaminazione da plastica, dall'altro, era inevitabile che molte delle misure ad essi ascrivibili finissero per essere contestate davanti alle Corti.

4. Il ruolo attivo delle Corti e la loro rilevanza nel contrasto all'inquinamento da plastica

Nell'ambito di un modello di *governance* trasversale e multilivello, che non guardi esclusivamente ai decisori politici secondo una scala che parte dal livello internazionale e arriva fino al livello nazionale e locale, la strategia di contrasto all'inquinamento da plastica necessita - in senso olistico - anche della partecipazione attiva degli organismi giudiziari che sempre più spesso vengono inve-

⁶⁴ Tale posizione è espressa da L. HERMABESSIERE ET AL., *Occurrence and Effects of Plastic Additives on Marine Environments and Organisms: A Review*, in *Chemosphere*, vol. 182, 2017, pp. 781-793 e M. SENDRA ET AL., *An integrative toxicogenomic analysis of plastic additives*, in *Journal of Hazardous Materials*, vol. 409, 2021.

stiti degli aspetti più problematici delle normative in vigore. Si tratta, peraltro, di una considerazione che non verrà certamente meno una volta che saranno ultimati i negoziati per un trattato internazionale in materia e che avremo uno strumento vincolante per la comunità internazionale, soprattutto nelle fasi iniziali di assestamento in cui i giudici internazionali e/o locali saranno investiti delle prime controversie in materia.

Nel contesto normativo delineato, la disorganicità delle norme avverso l'inquinamento da plastica è approdata, sotto diverse spoglie, a livello giurisdizionale e i Tribunali sono stati chiamati a dare un significativo contributo allo sviluppo della base regolatoria.

La statistica, in questo senso, ci viene incontro rappresentando come nel corso degli ultimi anni siano emersi sempre più contenziosi, sia all'interno dell'Unione Europea, con il coinvolgimento della Corte di Giustizia, sia all'interno di più di 30 paesi di tutto il mondo, interessando le Corti nazionali e/o locali di Argentina, Australia, Bangladesh, Belgio, Brasile, Canada, Cile, Cina, Colombia, Francia, Germania, Guatemala, India, Indonesia, Irlanda, Israele, Italia, Giappone, Kenya, Malawi, Malesia, Messico, Nepal, Olanda, Nuova Zelanda, Pakistan, Paraguay, Filippine, Portogallo, Sud Africa, Spagna, Svezia, Thailandia, Uganda e Stati Uniti⁶⁵.

Non potendosi in questa sede ripercorrere gli aspetti salienti di ciascuna delle liti menzionate, pare comunque necessario sottolineare alcuni profili comuni che valgono a fondare la tesi secondo cui l'apporto delle Corti si è rivelato fondamentale nello sviluppo e nella correzione della base regolatoria in vigore.

Se incanalato il ragionamento lungo tali linee direttrici, è possibile enucleare due antitetiche tendenze alla base delle liti in oggetto: da un lato, gli individui e le comunità cercano tutela dall'inquinamento da plastica contestando le misure normative e chiamando in giudizio gli enti e le imprese operanti nel set-

⁶⁵ Per un riferimento essenziale sul tema, S. VARVASTIAN, *The role of Courts in plastic pollution governance*, cit. p. 648.

tore; dall'altro, l'industria della plastica e altre parimenti interessate agiscono in giudizio con l'obiettivo di sindacare la legittimità delle norme in essere per ragioni di insoddisfazione e/o di convenienza economica.

Sulla base di queste tendenze, è possibile classificare due tipi di liti: la prime sono quelle contro gli enti regolatori e hanno ad oggetto pretese che riguardano l'adozione o l'attuazione delle regole normative oppure la loro contestazione sul piano della legittimità; le seconde sono quelle contro l'industria del settore e hanno ad oggetto pretese volte a riparare i danni derivanti dal ciclo di vita della plastica o dall'ingannevole pubblicità dei prodotti⁶⁶.

A sua volta, ciascun tipo di lite menzionato ha una diretta corrispondenza nei modelli normativi analizzati: ad esempio, la pretesa all'adozione o attuazione di misure di regolazione o la loro contestazione è tipica del modello normativo sui prodotti plastici e, soltanto nel secondo caso, anche del modello normativo sulle sostanze chimiche; di converso, la pretesa ad ottenere ristoro dei danni derivanti dal ciclo di vita della plastica o dall'ingannevole pubblicità dei prodotti è tipica del modello normativo sui rifiuti plastici.

Fatta tale premessa, occorre passare all'esame dei principali casi giurisprudenziali che riguardano le classificazioni per ciascuno dei modelli normativi.

Nell'ambito del modello normativo sui prodotti plastici, si registrano numerosi casi che vengono definiti "pro-regolazione" e che hanno l'obiettivo di implementare nuove o già esistenti regole normative. Uno dei casi più paradigmatici è sicuramente quello che ha riguardato l'Uganda nel 2002⁶⁷, fondamentalmente caratterizzato dalla richiesta dell'NGO Greenwatch all'Alta Corte di dichiarare la produzione, la distribuzione, l'uso e lo smaltimento di specifici prodotti plastici - come borse e contenitori di cibo - in contrasto con il diritto costituzionale alla salubrità ambientale. Sebbene il governo pro tempore avesse

⁶⁶ Tale complessiva ricostruzione corrisponde, fondamentalmente, a quella di S. VARVASTIAN, *op. cit.*, pp. 648-649.

⁶⁷ *Greenwatch v. Attorney General*, n. 140/2002, deciso dall'Alta Corte dell'Uganda il 5 Ottobre 2012.

già introdotto alcune misure restrittive, la Corte gli intimò all'esito della lite di adottare urgentemente ulteriori precetti sul presupposto che i danni avrebbero potuto essere estremamente gravi e che l'inquinamento da plastica costituisse una seria violazione del diritto all'ambiente salubre.

Di recente, anche lo Stato di Israele è stato interessato da un vicenda pro-regolatoria in cui l'NGO Adam V'Din (ATD) aveva contestato dinanzi all'Alta Corte la ragione per la quale le grandi bottiglie di plastica non erano state ricomprese nella legislazione sul deposito delle bottiglie. La Corte, nel condividere le addotte argomentazioni⁶⁸, ha ordinato al Governo di Israele di chiarire la ragione alla base dell'esclusione tanto che nella successiva modifica legislativa sul deposito del 2020 le grandi bottiglie vi sono state inserite⁶⁹.

Anche sul fronte dell'attuazione delle misure normative di contrasto ai prodotti plastici si registrano recenti approdi giurisprudenziali in varie parti del mondo, ma di preminente rilievo è il caso *Larroza López* del 2020 in Paraguay⁷⁰.

Nonostante il governo paraguaiano avesse adottato nel 2015 una legge che imponeva pesanti restrizioni sull'uso delle borse di plastica, questa era rimasta inattuata sul presupposto - almeno per il ministro competente - che fosse "legally and factually impossible to implement". Tuttavia, la Suprema Corte di Giustizia, ritenendo che l'inquinamento da plastica svolga un ruolo predominante anche nell'esacerbare di altre crisi come quella climatica, oltre ad essere pericolosa *ex se*, ha ordinato di attuare immediatamente la legge del 2015 nell'ottica di ridurre l'impatto ambientale.

Venendo ai casi che vengono definiti "anti-regolazione" e che hanno l'obiettivo di contestare la legittimità delle regole normative di contrasto ai prodotti plastici e ai loro componenti chimici, è possibile affermare che essi abbraccino una pluralità di pretese tra cui principalmente le ragioni economiche

68 Per un approfondimento, T. STAFF, *High Court orders Minister to explain why no deposit for large plastic bottles*, in *The Times of Israel*, 2019.

69 ATD, *Victory in the war on plastic*, in *Adam Teva V'Din - Waste and recycling*, 2020.

70 *Derlis Humberto Larroza López v. Ministry of Industry and Commerce*, n. 91/2020, deciso dalla Suprema Corte di Giustizia il 3 giugno 2020.

dell'industria del settore e la mancanza di potere in capo agli enti regolatori e/o le antinomie normative.

È scontato che l'interesse economico degli operatori commerciali rappresenti la più datata e sentita ragione che ha mosso buona parte delle controversie che riguardano la tenuta delle regole poste dai modelli sui prodotti plastici e sulle sostanze di cui essi sono composti. Il più delle volte, però, tale criterio si è rivelato largamente insufficiente a minare la legittimità delle previsioni vigenti.

Merita segnalare, a tal proposito, alcuni casi giurisprudenziali sudamericani che hanno specificamente riguardato l'Argentina nel 2016⁷¹ ed il Brasile nel 2018⁷². Essi sono accomunati dal fatto che, per un verso, l'industria della plastica ha tentato di contestare la legittimità del divieto di distribuzione ai consumatori di borse di plastica della *Ciudad de Buenos Aires* e della *Cidade de São Paulo*, per un altro, che le rispettive Corti hanno proclamato la prevalenza del diritto alla salute umana e ambientale sulla libertà di impresa ritenendo quest'ultimo un valore non assoluto e, dunque, insufficiente a conculcare il primo. Peraltro, le Corti hanno anche precisato che vietare la distribuzione delle borse di plastica non significasse precluderne la produzione e la vendita e che, pertanto, tale divieto non fosse neanche così tanto pregnante da minare *tout court* l'interesse economico degli imprenditori della plastica.

Dello stesso avviso anche l'Alta Corte di Madra nel 2018⁷³, la quale ha ritenuto l'interesse economico dell'industria della plastica subvalente rispetto al diritto alla vita sancito dalla Costituzione indiana, così confermando la legittimità del divieto di produzione, uso e distribuzione di specifici prodotti plastici usa e getta introdotto dallo Stato di Tamil Nadu. Si tratta, comunque, di una

⁷¹ *ADOC Envases SRL v. GCBA*, n. A35.780-2016/0, deciso dal Juzgado de lo Contencioso Administrativo y Tributario il 15 dicembre 2016.

⁷² *Union of the Plastic Material Industry of the State of São Paulo v. Mayor of São Paulo*, n. 901.444, deciso dalla Suprema Corte federale del Brasile il 4 giugno 2018.

⁷³ *Chennai Non Woven's Private Limited v. State of Tamil Nadu*, n. 33453, 33461, 33463, 33738, 33770, 33897 e 34243 del 2018, decisi dall'Alta Corte di Madras.

tendenza giurisprudenziale seguita anche dalle altre Alte Corti dell'India, tra cui quelle di Mumbai sempre nel 2018 e di Kerala nel 2020⁷⁴.

Ad ogni modo, se la tendenza a privilegiare il diritto alla salute ambientale e umana rispetto all'interesse commerciale degli imprenditori della plastica è stata costante con riferimento ai prodotti plastici, lo stesso non si può dire nel campo delle sostanze chimiche utilizzate nella loro produzione, come dimostrato dal recente caso francese⁷⁵ del Bisfenolo. Il *Conseil Constitutionnel*, infatti, nell'osservare che i divieti relativi alla produzione, importazione, esportazione e vendita di piccole bottiglie di plastica contenenti tale sostanza chimica erano volti alla tutela della salute di una vulnerabile categoria di persone, ha anche precisato che quelli relativi alla produzione ed esportazione dalla Francia erano comunque da censurare atteso che il bisfenolo era ammesso in altre Nazioni e che, ad ogni modo, le misure non contribuivano alla tutela della salute in Francia.

Nell'ambito delle pretese anti-regolatorie legate alla mancanza di potere in capo agli enti regolatori e/o alle antinomie normative, preme rilevare come sia generalmente accettata la tendenza che vede le Corti respingere, per svariate ragioni, le iniziative della manifattura della plastica, sebbene si riscontrino casi in cui le norme siano state comunque annullate.

Un riprova di detta tendenza si ha nel caso che ha interessato gli Stati Uniti nel 2020⁷⁶, ove l'industria della plastica aveva provato a contestare la legittimità del divieto di distribuzione di borse di plastica istituito dallo Stato di New York tramite il “*Bag Reduction Act*” del 2019 e successive integrazioni normative sostenendo come fosse in contrasto - e qui sta l'antinomia - con il precedente “*Bag Recycling Act*” del 2008 nella parte in cui richiedeva alle imprese di

⁷⁴ *Maharashtra Plastic Manufacturers Association v. State of Maharashtra*, n. 4033/2018, decisa dall'Alta Corte di Mumbai il 13 aprile 2018; *Kerala Bottled Water Manufacturers Association v. State of Kerala*, WA. n. 304/2020, decisa dall'Alta Corte di Kerala il 23 marzo 2020.

⁷⁵ Sentenza n. 2015-480 QPC del *Conseil Constitutionnel* francese resa il 17 Settembre 2015.

⁷⁶ Il riferimento è a *Poly-Pak Industries, Inc. v. State of New York*, n. 902673-20, deciso dalla Suprema Corte di New York il 20 Agosto 2020.

dotarsi di programmi di riciclaggio. La Suprema Corte ha rigettato tali argomentazioni sostenendo come le regolazioni, nelle parti ontologicamente non conciliabili, fossero in successione normativa, con conseguente abrogazione delle disposizioni del *Bag Recycling Act* per sopravvenuta inefficacia.

In Brasile, invece, la ragione della contestazione delle misure di contrasto all'inquinamento da plastica si fondava tanto sull'antinomia con altre norme quanto sulla presunta carenza di potere dell'autorità che aveva adottato dette misure. Si trattava, vista la costruzione tridimensionale dell'ordinamento federale brasiliano che riparte la funzione legislativa tra livello federale-unionale, statale e municipale⁷⁷, di un caso dove l'industria della plastica contestava il fatto che i divieti sulle borse di plastica fossero adottati dal municipio di Sao Paulo anziché dal livello statale o federale. La Suprema Corte brasiliana, nel rigettare tali argomentazioni⁷⁸, ha affermato che le costituzioni federali e statali riconoscono ai Municipi il potere di adottare atti legislativi nelle materie di "*peculiar interesse local*", tra cui la gestione dei rifiuti solidi, al fine di adempiere il compito costituzionale di protezione dell'ambiente.

Anche in Spagna nel 2020, la relazione tra i vari livelli istituzionali di governo ha dato luogo a dispute in ordine alla validità di misure restrittive su specifici prodotti plastici, come quelle sulle borse di plastica della *Comunidad de Navarra* che il governo nazionale contestava in quanto idonee ad introdurre ulteriori limitazioni rispetto a quelle già previste dalla legislazione nazionale. Il *Tribunal Constitucional* ha risolto la lite⁷⁹ sancendo il principio secondo cui rientra nella "autonomia de las comunidades" la potestà approntare una tutela aggravata e aggiuntiva rispetto a quella base fornita a livello statale.

⁷⁷ Per un approfondimento strutturato della posizione dei municipi nell'ordinamento federale brasiliano, si rinvia a A.CLINI, *L'autonomia locale nell'ordinamento federale. Il caso del Brasile*, Cedam, 2008.

⁷⁸ Si tratta del caso brasiliano precedentemente citato, ovvero *Union of the Plastic Material Industry of the State of São Paulo v. Mayor of São Paulo*, n. 901.444, deciso dalla Suprema Corte federale del Brasile il 4 giugno 2018.

⁷⁹ Sentenza n. 100/2020 del Tribunal Constitucional resa 22 luglio 2020.

Sul piano delle eccezioni, invece, si registrano *cases law* del tutto simili a quelli brasiliani e spagnoli in cui i giudici, però, sono giunti a conclusioni diametralmente opposte. In Colombia nel 2021, il giudice amministrativo di Quindío⁸⁰ ha rilevato come il divieto di uso di prodotti plastici potesse essere disposto soltanto dalle autorità nazionali e non, come era stato fatto, dall'autorità municipale, mentre in Messico nel 2022, la Suprema Corte di Giustizia⁸¹ ha affermato che il divieto potesse essere imposto soltanto dall'autorità federale e non statale.

Venendo al modello normativo sui rifiuti plastici, è possibile registrare numerosi casi che hanno ad oggetto pretese volte a riparare i danni derivanti dal ciclo di vita della plastica o dall'ingannevole pubblicità dei prodotti.

Sotto il primo profilo, uno dei casi più celebri è quello americano del *San Antonio Bay Estuarine Waterkeeper*, venuto alla luce per mezzo delle denunce presentate dai residenti locali che mal sopportavano la tracce galleggianti di pellet nei paraggi dello stabilimento Formosa plastiche in Texas e che ha portato l'autorità ambientale a determinarsi nel senso che sussistessero molteplici violazioni del divieto di scarico di rifiuti nelle acque locali. Giungendo la questione dinanzi la giurisdizione distrettuale del Texas⁸², il giudice ha rilevato non soltanto l'insufficienza delle misure di controllo alla prevenzione delle perdite di pellet nelle acque, ma anche che l'impresa fosse autrice seriale di violazioni di rilevante entità a danno della comunità e dell'ambiente locale. Inoltre, il giudice distrettuale ha approvato un accordo tra Formosa e i ricorrenti, accordo che, oltre a obbligare Formosa a soddisfare la regola del “zero discharge” nei corsi d'acqua, si caratterizza per essere il più grande accordo mai realizzato secondo

80 Decisione n. 37/2021 del Juez Administrativo de Quindío resa il 15 aprile 2021.

81 *Propimex Ltd*, n. 173/2022 e *Commercial Chain*, n. 230/2022 decisi dalla Suprema Corte di Giustizia del Messico.

82 *San Antonio Bay Estuarine Waterkeeper v. Formosa Plastics Corp. Texas*, n. 6:17-CV-0047, deciso dalla Corte distrettuale del Texas nel 2019 e poi, in sede di gravame, dalla Corte di Appello americana nel 2021.

il “*Clean Water Act*” e per aver finanziato sei progetti pilota con l’obiettivo di mitigare l’inquinamento delle zone contaminate.

Sotto il secondo profilo, vale la pena menzionare la recente lite commerciale italiana in materia di *greenwashing* (o *green marketing*) tra due competitor operanti nel settore dell’automotive, Alcantara s.p.a e Miko s.r.l..

Nella specie, la prima impresa aveva contestato alla seconda di avere realizzato una falsa ed ingannevole pubblicità su “Dinamica”, una microfibra - come si leggeva nel sito del produttore - ecosostenibile, 100% riciclabile, con un alto livello di resistenza a leggerezza e con un uso assai versatile, poiché realizzata in parte con poliestere riciclato.

Sul caso, il Tribunale di Gorizia ha statuito con ordinanza che “inibisce, con effetto immediato, in via diretta e indiretta, la diffusione dei messaggi pubblicitari ingannevoli”, sia quelli oggetto di denuncia dell’attrice, sia “ogni informazione non verificabile sul contenuto di materiale riciclato nel prodotto Dinamica, sia nella versione in italiano che in inglese, in qualsiasi forma ed in qualsiasi contesto e sito, a mezzo internet su qualunque sito e social media, reti televisive, quotidiani e stampa, riviste, messaggi promozionali televisivi, volantini e in ogni caso veicolati con qualsiasi canale di comunicazione, online e offline, ordinandosi l’immediata rimozione da ogni possibile contesto dei predetti messaggi pubblicitari”⁸³. Nel contempo, il giudice ha comminato la pena accessoria della pubblicazione dell’ordinanza di condanna sulla *home page* del sito internet della convenuta, con evidenti ricadute in termini reputazionali.

⁸³ *Alcantara SPA v Miko SRL*, deciso con Ordinanza del 25 novembre 2021 del Tribunale di Gorizia, R.G. 2021/712, p. 8, punto 1.

Il Tribunale friulano, inoltre, ha anche affermato che “la sensibilità verso i problemi ambientali è oggi molto elevata e le virtù ecologiche decantate da un’impresa o da un prodotto possono influenzare le scelte di acquisto del consumatore medio”, sicché “le dichiarazioni ambientali verdi devono essere chiare, veritiere, accurate e non fuorvianti. Basate su dati scientifici presentati in modo comprensibile”. In questo contesto, la campagna di *marketing* posta in essere da Miko S.r.l. è stata valutata come “molto generica”, nonché idonea ad integrare una pratica commerciale scorretta (o di concorrenza sleale) e ad ingenerare nel consumatore un affidamento che si traduceva in una falsa “immagine green dell’azienda, senza peraltro dar conto effettivamente di quali siano le politiche aziendali che consentono un maggior rispetto dell’ambiente”.

In totale contrasto con il caso italiano, devono collocarsi due controversie statunitensi del 2022 in cui i giudici, rispettivamente, la Corte distrettuale di New York e dell'Illinois⁸⁴ hanno concluso nel senso che la presenza di materiali non riciclabili, come etichetta e/o tappo all'interno del prodotto plastico dichiarato come riciclabile al 100% o l'assenza di disponibilità di strutture di riciclaggio, non sono in grado di compromettere la riciclabilità del prodotto, ora perché trattasi di componenti marginali o complementari, ora perché il prodotto rimane comunque potenzialmente riciclabile in relazione alla sua natura.

All'esito di quanto sinora esposto, è possibile osservare come nonostante l'analisi delle pronunce giurisdizionali dei vari Stati sia ampiamente condizionata dalla cornice legale in cui si inserisce ed, in qualche modo, dipenda da molteplici fattori come quelli che accordano ai giudici il potere di imporre, far rispettare, integrare o correggere regole che attengono ai modelli normativi delineati, appare evidente, oltre che indispensabile, l'emersione di un dato incontrovertibile: non soltanto il fatto che i giudici siano in grado di fornire un contributo essenziale allo sviluppo della normativa di contrasto all'inquinamento da plastica, soprattutto in un contesto ove manca una disciplina che abbia valenza trasversale e multilivello e che ci si augura possa essere conseguita all'esito delle negoziazioni sul campo internazionale, ma anche il fatto che vi siano molteplici modi attraverso cui tale intervento può essere svolto. Come emerge dalle controversie in rassegna, i giudici della varie giurisdizioni, per un verso, sono capaci di intimare l'adozione o l'attuazione di regole di contrasto all'inquinamento da plastica e, al contempo, di difenderne la loro applicazione di fronte a coloro che tentano di sindacarne la validità. Per un altro verso, essi sono in grado di riconoscere profili di responsabilità in capo a talune imprese operanti nel settore allorquando la loro attività si risolva nel cagionare danni alla comunità o ai con-

⁸⁴ *Duchimaza v. Niagara Bottling, LLC*, n. 619 F.Supp.3d 395, deciso dalla Corte distrettuale di New York il 5 agosto 2022; *Curtis v. 7-Eleven, Inc.*, n. 21-civ-6079, deciso dalla Corte Distrettuale dell'Illinois il 13 settembre 2022.

sumatori per ragioni legate al ciclo di vita della plastica o alla pubblicità ingannevole.

Tale compito giurisdizionale, - sia pure svolto nell'ambito di diversi sistemi giuridici, con tradizioni e regole cangianti - pare inserirsi in un quadro generale che si caratterizza per mostrare un'ampia e maturata consapevolezza circa le minacce poste dall'inquinamento da plastica alla salute degli esseri umani e dell'ambiente e, di riflesso, una crescente disponibilità all'approccio ai problemi legali che ne derivano. Non pare, dunque, pleonastico affermare che il riconoscimento della contaminazione da plastica come fattore di danno e/o pericolo per gli esseri umani e per l'ambiente, che si traduce in una violazione dei diritti fondamentali⁸⁵, sia effettivamente cruciale nella misura in cui consente di sviluppare regole procedurali e sostanziali che impongono obblighi di protezione a carico degli enti pubblici e degli operatori di settore. In quest'ottica, l'autoconservazione del genere umano e dell'ecosistema passa inevitabilmente tanto dalla società stessa - che è chiamata ad esercitare direttamente la sua sovranità in cui si trattengono i diritti fondamentali⁸⁶, ora conformando l'azione degli operatori di settore, ora azionando una serie di meccanismi volti alla auto-pre-

85 J.H. KNOX, *Human rights, environmental protection, and the sustainable development goals*, in *Washington International Law Journal*, vol. 24, n. 3, 2015, pp. 517-536 e H. JOHNSON ET AL, *Conceptualizing the transnational regulation of plastics: moving towards a preventative and just agenda for plastics*, in *Transnational Environmental Law*, cit., p. 332.

86 Per un maggiore approfondimento della teoria, occorre rinviare ai molteplici scritti dell'autore. Si cfr. L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubb.*, 2013; Id., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 299 ss.; Id., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss.; Id., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, p. 1153 ss.; Id., *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori trattenuti e potere pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 393 ss.; Id., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016, p. 195 ss.; Id., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, p. 99 ss.; Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 119 ss.; Id., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, I, 2017, p. 3 ss.; Id., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 98, 2019, p. 43 ss.; Id., *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021; e per una analisi più dettagliata e recente, Id., *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2021.

venzione dell'inquinamento - quanto dalle autorità pubbliche, incluso i giudici. Da un lato, dunque, vi sono le autorità pubbliche che dispongono di una parte di sovranità per mezzo del principio democratico-rappresentativo e che devono governare in modo funzionale al soddisfacimento dei diritti dell'ambiente e delle società che ivi vivono, dall'altro vi sono i giudici, che sono chiamati a svolgere una funzione essenzialmente strumentale all'applicazione e all'integrazione delle regole di contrasto all'inquinamento da plastica e che sembra abbiano sviluppato una particolare sensibilità in materia.

In questa prospettiva, per quanto frammentarie, lacunose e spesso inattuuate possano essere le prescrizioni in materia di contrasto alla contaminazione da plastica a livello locale, nazionale e sovranazionale, esse rappresentano un utile banco di prova per le giurisdizioni che intendano valutare la bontà degli interventi degli enti regolatori e delle iniziative delle imprese. E siccome la tendenza normativa è quella per cui si sta progressivamente formando un pacchetto più organico e coordinato di norme, ora con le iniziative nazionali, ora con le negoziazioni internazionali, pare sempre più essenziale il *know-how* sviluppato a livello giurisdizionale per affrontare le future questioni che si porranno all'attenzione.

Questo significa che il ruolo dei Tribunali nel contrasto all'inquinamento da plastica sia destinato a crescere in proporzione alle questioni che la materia e le future regolazioni porranno. Nella consapevolezza che i Tribunali non siano in grado di risolvere da soli una crisi di tale dimensione, è opportuno enfatizzare come l'azione degli stessi sia necessaria e funzionale all'individuazione e al superamento degli aspetti problematici che pone tale crisi, come già accaduto con altri fenomeni planetari⁸⁷.

87 Ci si riferisce a casi già indagati in sede giudiziaria come quelli degli oppioidi, del tabacco e del cambiamento climatico. In ordine, si veda A.R. GLUCK, A. HALL, G. CURFMAN, *Civil litigation and the opioid epidemic: the role of courts in a national health crisis*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 46, n. 2, 2018, pp. 351-366; M.A. DERTHICK, *Up in smoke: from legislation to litigation in tobacco politics*, CQ Press Books, 2011; J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *Climate change litigation: regulatory pathways to cleaner energy*, Cambridge University Press, 2015.

Pare naturale, allora, concludere nel senso che il contenzioso costituisca una valida ed indispensabile strategia di contrasto all'inquinamento da plastica.

5. Il nudging come strategia bottom-up per il contrasto dell'inquinamento da plastica

Come anticipato in apertura, l'elaborazione di una valida strategia normativa di contrasto all'inquinamento da plastica passa non soltanto dal superamento della frammentarietà e della lacunosità delle regole giuridiche attualmente vigenti e dal riconoscimento di un sempre più rilevante ruolo del potere giudiziario statale e sovranazionale, ma anche e soprattutto dal contributo che può essere fornito direttamente da coloro che subiscono il costo sociale della rovina del bene ambiente e del bene salute, essendo la contaminazione da plastica un problema che deve stimolare le coscienze collettive a intraprendere azioni pro-sociali e non puramente egoistiche.

In quest'ottica, insistere nella valorizzazione di una delle categorie delle norme extragiuridiche e sociali che promuove “il *nudging* (o la spinta gentile)”⁸⁸ pare uno strumento indispensabile per il conseguimento di un cambiamento comportamentale dei consociati. Si tratta, dunque, di affermare la teoria del consumatore consapevole, contrariamente a quegli orientamenti che propugnano l'idea secondo cui l'attenzione vada posta esclusivamente a monte e, dun-

88 R.H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *La Spinta Gentile: La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano: Feltrinelli Edizione (2018), traduzione dall'inglese di Adele Olivieri dalla versione “*Nudge, improving decision about health, wealth and happiness*” (Yale University Press, 2008). Per un aggiornamento della teoria anche in riferimento ai problemi relativi alla tutela del pianeta, si rimanda all'edizione definitiva: R.H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. The final edition*, Allen lane, Penguin, 2021 e, più specificamente, al capitolo intitolato “*Saving the Planet*”, pp. 281- 310.

Per una recensione italiana della teoria in commento, si rimanda a D. VESE, *Book Review: Nudge: The final edition, edited by Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein*, London: Allen Lane, Penguin, 2021, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 13, 2022, Cambridge University Press, pp. 350-355; Id., *Recensione dei libri: Nudge: The Final Edition*, R. H. Thaler and C. R. Sunstein, London, Allen Lane, Penguin, 2021, edition Final, xiv, 366 pp. e *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Alberto Zito, *Editoriale Scientifica*, Napoli, 2021, 123 pp, in *P.A. Persona e Amministrazione*, vol. IX, n.2, 2021, pp. 864-875.

que, sui modelli normativi che riguardano il bene plastica con riferimento alla filiera imprenditoriale del settore⁸⁹.

L'argomentazione necessita una precisazione.

Fermo restando la prioritaria necessità di agire sul sistema di produzione attraverso discipline che siano meno simboliche e più efficaci, non può sottrarsi come una parte dell'ambizione legata all'*end of plastic* risieda nell'idea del neoliberismo etico e, quindi, nel coinvolgimento attivo dei consociati nella lotta "comune" all'abuso dei materiali plastici. L'*Homo* non deve più essere soltanto "*Oeconomicus*", nel senso di agire per scopi meramente egoistici, ma deve sommare su di sé anche il rilievo del "*Ethica*" che lo conduce a scelte di economia comportamentale improntate al senso di collettività e alla responsabilità. Non si tratta soltanto di "fare ciascuno la propria parte", in ossequio ad un'impostazione individualizzante che solleva l'industria dalle pesanti responsabilità capitalistiche e le riversa sulle persone nel tentativo di cambiarne le abitudini di consumo nel contesto di una politica normativa che non cambia nei confronti delle imprese, ma di "remare tutti nella stessa direzione" della lotta alla plastica. Lungi, quindi, dal voler "globalizzare" il consumatore attraverso la riproposizione della dinamica individualizzante che si fonda sulla contrapposizione di due dimensioni, da un lato, la resistenza del sistema produttivo ai necessari cambiamenti dell'impianto capitalistico-consumistico, dall'altro, la pretesa autosufficienza delle pratiche individuali in grado "di fare la differenza", qui si intende proporre un modello che, in via complementare, renda realmente partecipe il cittadino ad un progetto di lotta alla plastica che è combattuto principalmente a monte e soltanto in un secondo momento - per ciò che residua - a valle.

89 Il riferimento è principalmente a A.B. JAEGER, *Forging Hegemony: How Recycling Became a Popular but Inadequate Response to Accumulating Waste*, in *Social Problems*, 2018 e G. CHAMAYOU, *La société ingouvernable. Une généalogie du libérisme autoritaire*, Parigi, 2018, e ID. *Eh bien, recyclez maintenant!*, in *Le Monde Diplomatique*, 2019. Per una ricostruzione italiana, si veda I. TANI, *Considerazioni in tema di end of waste tra carenti norme internazionali e attribuzione al consumatore di responsabilità*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2, 2020, pp. 266-277.

Nell'aderire ad un'impostazione quanto più olistica possibile, si ritiene che parte della soluzione del problema globale presupponga l'analisi delle norme che si collocano al di fuori dell'ambito giuridico e, precisamente, di quelle sociali in quanto idonee ad incidere sui comportamenti individuali e collettivi.

Se non ci si inganna, porre l'attenzione su tali norme, che si qualificano come *norme-nudges*, è essenziale per determinare un cambiamento delle abitudini dei consociati coerente con l'emergenza plastica e, dunque, far in modo che si consegua un uso moderato e razionale di tale materiale, specialmente quello mono-uso, che inquina grandemente l'ecosistema.

In questa prospettiva, si è detto della “*Tragedy of Commons*” e della tendenza umana a sfruttare - tramite la produzione, l'uso e lo smaltimento della plastica - una risorsa comune - come l'ambiente - fino all'esaurimento o, comunque, fino all'inquinamento. Teoria che, facendo leva sul “*free riding*”, finisce per configurare i consociati come soggetti che agiscono in modo perfettamente razionale ed egoista al fine di massimizzare i propri interessi e rispondere positivamente alle proprie necessità. Nell'impostazione che studia l'influenza dei comportamenti collettivi su quelli individuali⁹⁰, dette condotte sono qualificate nel senso di *customs*, cioè come comportamenti socialmente indipendenti che ambiscono ad assicurare all'agente una specifica utilità e che prescindono dall'aspettativa di un gruppo circa la loro doverosità. Si tratta, in altri termini, di quanto accade in materia di inquinamento da plastica, dove il consumatore utilizza tale materiale per assecondare un proprio bisogno o comunque per conseguire un'utilità personale, senza tuttavia tenere conto dell'effetto nocivo e distorsivo che si produce nella comunità e nell'ambiente. Nella logica della “*Tragedy of Plastic Pollution*”, ciascuno dei consociati agisce secondo abitudini indipendenti perché l'utilizzo della plastica dipende esclusivamente dalla necessità di soddisfare un bisogno personale ed è legato dall'aspettativa secondo cui gli altri componenti del gruppo la useranno o meno.

90 C. BICCHIERI, E. DIMANT, *Nudging with Care: The Risks and Benefits of Social Information*, University of Pennsylvania, Behavioral Ethics Lab, 2019.

Ed è proprio su tale ordine di idee che bisogna intervenire con l'obiettivo di costruire un modello comportamentale che si svincoli dalle necessità personali e approdi ad un dimensione che, promuovendo azioni socialmente utili e interdipendenti, si caratterizzi per essere affine all'idea dell'*end of plastic*.

In questo senso, le norme sociali basate sul *nudging* sono un potente strumento per il raggiungimento di questo obiettivo, poiché prevedono due tipi di aspettative su cui è possibile fare leva: le aspettative empiriche, dettate dalla percezione che molti altri seguono il comportamento che la norma prescrive e creano un impegno nell'individuo, e le aspettative normative, che agiscono tramite sanzioni credibili che portano a rinunciare a comportamenti socialmente scorretti⁹¹. L'introduzione di un diverso paradigma comportamentale, dunque, deve passare da tale categoria di norme e dallo sfruttamento delle aspettative su cui esse sono fondate. Lavorare sulle aspettative, attraverso la teoria del *nudging*⁹², significa modificare la percezione della natura della condotta relativa all'utilizzo della plastica, facendo in modo che essa dipenda non più da una necessità personale ma da una rappresentazione sociale e normativa che vi attribuisce un certo disvalore nella misura in cui il gruppo di cui l'agente fa parte crede che egli, a pena di sanzione, debba agire diversamente.

Ai fini della corretta formazione delle aspettative e, conseguentemente, del pungolo che è idoneo ad orientare la condotta dei consociati nel senso dell'*end of plastic* o, almeno, del *plastic less*, occorre scendere nei particolari di tale forma di inquinamento e mettere in rilievo due elementi che caratterizzano il

91 C. BICCHIERI, E. DIMANT, *Nudging with Care*, cit. pp. 1-10.

92 R.H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *La Spinta Gentile*, cit., p. 50, secondo cui "Siamo esseri umani, non calcolatori perfettamente razionali, e siamo condizionati da troppe informazioni contrastanti, dall'inerzia e dalla limitata forza di volontà. È per questo che abbiamo bisogno di un "pungolo", di una spinta gentile che ci indirizzi verso la scelta giusta". Tale spinta prende il nome di nudge, da qui la teoria del nudging. Tali strumenti hanno ampia applicazione, dal sistema pensionistico allo smaltimento dei rifiuti, e possono essere usate dai governi per fornire una buona architettura delle scelte, tutelando, da un lato, la libertà dei cittadini e nel contempo, incoraggiarli a decisioni più sagge. In riferimento alla questione ambientale, "by introducing changes to the environment - or nudges - you encourage people to stop and think about what would otherwise be an unconscious behavior. It's about persuading people to make certain decisions - without removing their freedom of choice". Cfr. O. BOLSON, *Is Nudge Theory The Answer To Our Single-Use Plastics Problem?*, in Huffington Post, 15 giugno 2018.

consumo di plastica: da un lato, la mancanza di incentivi, in positivo o in negativo, che mirino ad evitare che il costo sociale equivalente ai danni all'ambiente e alla salute collettiva sia spalmato sull'intera comunità e non su chi effettivamente inquina; dall'altro, l'assenza di *feedback* in ordine alle conseguenze ambientali e di salute che susseguono alle condotte inquinanti.

Nella prima ipotesi, la soluzione può essere, in negativo, quella di far pagare tasse o sanzioni a chi inquina⁹³, o in positivo, di promuovere il riconoscimento di sgravi, incentivi o qualunque altra utilità a chi potrebbe inquinare ma sceglie di non farlo. In questo contesto, il principio di chi inquina paga o, nella sua versione negativa, di chi non inquina non paga, assume valenza cruciale nella misura in cui è in grado di educare, secondo un approccio paternalistico, la società ad essere meno egoista e a rispettare l'ambiente.

Nella seconda ipotesi, la soluzione è quella di rendere il consumatore consapevole⁹⁴, attraverso politiche di sensibilizzazione fondate sulla corretta informazione e divulgazione, circa gli aspetti positivi legati alle scelte conformi alla tutela dell'ambiente e quelli negativi derivanti da condotte avversative. In questo settore, l'associazionismo svolge un ruolo fondamentale, fungendo da motore propulsore per l'orientamento della società verso l'idea dell'*end of plastic*, attraverso campagne innovative di sensibilizzazione e di formazione, incontri tematici ed iniziative di protagonismo civico. In questo senso, sono divenute particolarmente famose le iniziative sociali portate avanti da "Plastic Free July" e "Bye Bye Plastic Bags", movimenti inizialmente confinati a livello locale, rispettivamente in Australia e Bali, e ormai divenuti noti in tutto il globo⁹⁵, così come ampiamente sviluppati sono i progetti che implementano il *nudging* al turismo per stimolare l'azione dei visitatori a rispettare il luogo in cui soggiornano mediante comportamenti virtuosi di risparmio dell'uso della plastica.

93 R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *La Spinta Gentile*, cit., p.191.

94 R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *La Spinta Gentile*, cit., p. 197.

95 J. VINCE, B.D. HARDESTY, *Governance Solutions to the Tragedy of the Commons That Marine Plastics Have Become*, in *Frontiers in Marine Science*, 2018, p. 6.

Si tratta di iniziative provenienti dal basso, che collocandosi nell'ambito di una strategia di tipo *bottom-up*, soccorrono, sotto diverse forme, alle deficienze e alla frammentarietà dei modelli normativi a matrice *top-down*, nella consapevolezza che tali caratteristiche persistano nonostante il pregevole operare dei Tribunali nel contrasto dell'inquinamento da plastica. Nel contempo, si auspica che un siffatto modello possa essere non soltanto implementato ma anche incentivato e valorizzato dal futuro trattato internazionale, nell'ottica di approccio sempre più olistico nel contrasto al fenomeno inquinante.

In altri termini, riconvertendo l'*Homo Oeconomicus* in *Homo Sapiens* (o *Ethicus*) attraverso una spinta gentile che gli consente di fuoriuscire da una dimensione prettamente egoistica e di entrare in uno scenario dominato dalle norme sociali che gli fanno credere che debba agire secondo la regola *end of plastic* o *del plastic less* perché il gruppo sociale di cui fa parte se lo aspetta (doverosità che, a sua volta, discende da una maturata conoscenza degli effetti nocivi del materiale e dalla minaccia di una sanzione o dalla promozione di un incentivo), si perviene alla conclusione secondo cui le norme sociali basate sul *nudging*⁹⁶ sono in grado di compensare e correggere le inefficienze dei modelli normativi in vigore. Perché laddove non arrivano le regolamentazioni e gli strumenti governativi locali, nazionali e sovranazionali, può arrivare lo sforzo da parte degli individui tramite le *norme-nudges*.

D'altra parte, soltanto la combinazione tra la dimensione socio-culturale e la dimensione giuridica può condurre ad un cambio di paradigma nei modelli comportamentali complessivi e, dunque, a dare una risposta organica e globale al fenomeno planetario dell'inquinamento da plastica. La soluzione ottimale, dunque, per invertire il *trend* negativo rilevato da un esperimento americano secondo cui il rapporto tra la quantità di oggetti in plastica e quelli in altro materiale con cui viene in contatto l'essere umano durante la sua giornata è di almeno due a uno a favore della plastica⁹⁷.

96 C. BICCHIERI, E. DIMANT, *Nudging with Care*, cit. p. 10.

97 S. FREINKEL, *Plastic - A Toxic Love Story*, Boston-New York, 2011.

PASQUALE IORIO
Funzionario Amministrativo dell'Università degli Studi di Salerno. Abilitato all'esercizio della
professione di Avvocato
piorio@unisa.it

**LA STABILIZZAZIONE DEL PERSONALE A TEMPO
DETERMINATO DELLE AUTONOMIE LOCALI, CON
ALMENO 36 MESI DI SERVIZIO, PREVISTA DAL
DECRETO-LEGGE N. 44/2023**

**THE STABLE HIRING OF FIXED-TERM EMPLOYEES OF LOCAL
ADMINISTRATIONS, WITH AT LEAST 36 MONTHS OF SERVICE,
PROVIDED FOR BY DECRETO-LEGGE NO. 44/2023**

SINTESI

Il contributo approfondisce le prospettive di stabilizzazione dei precari della Pubblica Amministrazione previste dal decreto-legge n. 44/2023, coordinato con la Legge di conversione n. 74/2023, che reca disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa pubblica. Ricostruito il quadro normativo vigente, si metterà poi a fuoco l'aspetto pratico della formalizzazione dell'istanza da parte del candidato interessato, volgendo infine lo sguardo alla precedente normativa in materia, anche alla luce delle interpretazioni della giurisprudenza amministrativa.

ABSTRACT

The contribution explores the possibility for temporary public administration staff to be hired permanently, thanks to the provisions of decreto-legge no. 44/2023, coordinated with the Conversion Law no. 74/2023, which contains urgent provisions to strengthen the administrative capacity of public bodies. Once the current regulatory framework has been reconstructed, the practical aspect of how to formalize the employment application by the interested candidate will be explored, looking, then, at the legislation previously in force on the same subject, also taking into consideration the interpretations of administrative jurisprudence.

PAROLE CHIAVE: enti locali, reclutamento delle risorse umane, precari, diritto, interpretazione.

KEYWORDS: local authorities, human resources recruitment, temporary staff, law, interpretation.

INDICE: 1. Orientamento preliminare. – 2. Impianto normativo. – 3. La ratio. – 4. Modalità di predisposizione dell'istanza di stabilizzazione. – 5. Una mera facoltà per gli enti. – 6. Il precedente Decreto "Madia", normativa transitoria generale. – 7. Conclusioni.

1. Orientamento preliminare

La previsione di assunzioni dirette nei ruoli dell'Amministrazione costituisce una considerevole eccezione al principio costituzionale, inderogabile, dell'accesso attraverso pubblici concorsi.

Il legislatore, di fronte all'evidenza dell'invalso ricorso all'utilizzo di personale precario, ha dovuto, tuttavia, farsi carico della posizione di quanti, per anni, hanno prestato la propria attività lavorativa in favore della pubblica amministrazione con contratti di lavoro a tempo definito.

«La giurisprudenza costituzionale ha in più occasioni chiarito che la regola del pubblico concorso non incide sulla discrezionalità del legislatore di scegliere criteri di reclutamento diversi nei limiti segnati dall'esigenza di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione o di attuare principi di rilievo costituzionale. Ne consegue che le norme contenenti deroghe al principio del concorso, per non incorrere in pronunce di illegittimità costituzionale, debbono adeguatamente motivare la presenza di peculiari situazioni giustificatrici, nonché la ragionevolezza e la congruità del diverso criterio adottato in relazione al fine da raggiungere ed all'interesse da soddisfare¹».

Tale previsione è contenuta al quarto comma dell'art. 97 della Costituzione², ove, dopo la puntualizzazione che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede unicamente mediante concorso, si fanno salvi determinati casi stabiliti dalla legge.

¹ TENORE V. (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, EPC Editore, Roma, 2020.

² Per un approfondimento sul tema si rimanda a: S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, Società Ed. Libreria, Milano, 1912 - G.P. ROSSI, *Diritto amministrativo - Principi*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2005.

Da ciò discende che il principio della selezione pubblica non è, quindi, tassativo, attesa la facoltà riconosciuta al Parlamento di varare norme derogatorie finalizzate a reclutamenti speciali, maggiormente funzionali al buon andamento della P.A. e corrispondenti ad eccezionali esigenze di pubblico interesse, a condizione, però, che il personale da stabilizzare sia stato assunto, all'atto dell'incardinamento, all'esito di una procedura concorsuale, sebbene a tempo determinato.

Nel novero delle modalità di tal tipo di reclutamento speciale figura il meccanismo della *stabilizzazione*, lemma che identifica uno specifico quadro normativo a mezzo del quale la titolarità di precedenti rapporti di lavoro a tempo definito, prestati presso la pubblica amministrazione, costituiscono il presupposto d'ingresso a tempo indeterminato nei ruoli delle PA.

La *ratio* sottesa alla norma è la valorizzazione di esperienze maturate da una determinata platea di aspiranti, i quali non vengono selezionati grazie al possesso di requisiti d'ordine generale, ma in ragione di una professionalità già acquisita che consente la graduale eliminazione del precariato nella pubblica amministrazione.

Muovendo dal decreto-legge n. 44/2023, coordinato con la Legge di conversione n. 74/2023³, il lavoro si propone di fare chiarezza sulle prospettive di *stabilizzazione* previste.

Ricostruito il quadro normativo vigente, si metterà a fuoco l'aspetto pratico della formalizzazione dell'istanza da parte del candidato interessato, volgendo poi lo sguardo alla precedente normativa in materia, anche alla luce delle interpretazioni della giurisprudenza amministrativa.

³ Recante «Disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche».

2. Impianto normativo

La disciplina della *stabilizzazione* rappresenta una rilevante eccezione di legge che consente di reclutare⁴ risorse umane in deroga alle procedure ordinarie previste dal D.P.R. n. 487/1994⁵, rispondendo così all'esigenza di contenimento delle spese legate all'indizione di procedure selettive e centrando l'obiettivo dell'attuazione dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, grazie ad uno spedito ed efficace il procedimento finalizzato alla provvista di personale.

L'art. 3, comma 5, del decreto-legge n. 44/2023⁶ - convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 74/2023⁷ - prevede che *«le regioni, le province, i comuni e le città metropolitane, fino al 31 dicembre 2026, possono procedere, nei limiti dei posti disponibili della vigente dotazione organica, previo colloquio selettivo e all'esito della valutazione positiva dell'attività lavorativa svolta, alla stabilizzazione, nella qualifica ricoperta, del personale non dirigenziale, che, entro il predetto termine, abbia maturato almeno trentasei mesi di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che procede all'assunzione, che sia stato assunto a tempo determinato a seguito di procedure concorsuali conformi ai principi di cui all'articolo 35⁸ del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e*

4 Sull'argomento cfr: BUSICO L. e TENORE V., *La disciplina giuridica dei concorsi nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2006 - TENORE V. (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, EPC Editore, Roma, 2020 - FIORILLO L., *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, Padova, 2019 - GALANTINO L. (continuato da M. La Notte), *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2019.

5 Ai sensi dell'art. 1 del D.P.R. n. 487/1994: «L'assunzione a tempo determinato e indeterminato nelle amministrazioni pubbliche avviene mediante concorsi pubblici, orientati alla massima partecipazione e alla individuazione delle competenze qualificate, che si svolgono secondo le modalità definite nel presente regolamento, nel rispetto delle disposizioni e dei criteri di cui agli articoli 35, 35-ter e 35-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. L'amministrazione che indice il concorso adotta, tra le seguenti, la tipologia selettiva più funzionale alla natura dei profili professionali richiesti nel bando di concorso: a) concorso per esami; b) concorso per titoli ed esami; c) corso-concorso. Il concorso pubblico si svolge con modalità che ne garantiscano l'imparzialità, l'efficienza, l'efficacia nel soddisfare i fabbisogni dell'amministrazione reclutante e la celerità di espletamento ricorrendo, ove necessario, all'ausilio di sistemi automatizzati diretti anche a realizzare forme di preselezione e a selezioni decentrate per circoscrizione territoriali. [...]».

6 Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 95 del 22 aprile 2023.

7 Pubblicata nel Supplemento Ordinario n. 23 relativo alla Gazzetta Ufficiale n. 143 del 21 giugno 2023.

8 «L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro [...] tramite procedure selettive [...] volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno [...]. Le procedure di reclutamento [...] si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e ce-

che sia in possesso dei requisiti di cui all'articolo 20, comma 1, lettere a)⁹ e b)¹⁰, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75. Le assunzioni di personale di cui al presente comma sono effettuate a valere sulle facoltà assunzionali di ciascuna amministrazione disponibili a legislazione vigente all'atto della stabilizzazione».

Il successivo comma 5-bis prevede, poi, che in attuazione dell'articolo 117 della Costituzione, i regolamenti dei menzionati enti possano individuare requisiti ulteriori¹¹ rispetto a quelli stabiliti per l'accesso al pubblico impiego dal D.Lgs. n. 165/2001, al fine di rispondere ad esigenze di specificità territoriale.

La norma, com'è evidente, va a modificare, con esclusivo riferimento alle regioni, alle province autonome, alle città metropolitane e ai comuni, la disciplina di cui all'art. 20 del D.Lgs. 75/2017 che, in via transitoria, consente la *stabilizzazione* del personale già in servizio a tempo determinato presso la medesima amministrazione.

lerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali; e-bis) (lettera abrogata dalla Legge n. 145/2018; e-ter) possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento di alta specializzazione, il possesso del titolo di dottore di ricerca o del master universitario di secondo livello o l'essere stati titolari per almeno due anni di contratti di ricerca di cui all'articolo 22 della legge 30 dicembre 2010, n. 240. In tali casi, nelle procedure sono individuate, tra le aree dei settori scientifico-disciplinari definite ai sensi dell'articolo 17, comma 99, della legge 15 maggio 1997, n. 127, afferenti al titolo di dottore di ricerca o al master universitario di secondo livello o al contratto di ricerca, quelle pertinenti alla tipologia del profilo o livello di inquadramento [...].».

9 «Risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015 con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione o, in caso di amministrazioni comunali che esercitano funzioni in forma associata, anche presso le amministrazioni con servizi associati».

10 «Sia stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione».

11 Sul punto appare utile richiamare il terzo periodo del comma 5-ter, dell'art. 35, del D.Lgs. n. 165/2001 a norma del quale «[...] Il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato [...].».

La disciplina consente, quindi, le indicate Autonomie Locali¹² fino al 31 dicembre 2026, data di conclusione delle attività legate al P.N.R.R., il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* approvato nel 2021 dall'Italia per rilanciarne l'economia dopo la pandemia da Covid-19, al fine di permettere lo sviluppo verde e digitale del Paese.

La normativa transitoria generale del Decreto “Madia”, invece, pone il termine del 31 dicembre 2023, prevedendo condizioni in parte analoghe a quelle stabilite dalla menzionata disciplina.

Resta inteso che l'ente può procedere nei limiti dei posti disponibili della vigente dotazione organica e nell'ambito delle facoltà assunzionali ammesse per il medesimo a legislazione vigente.

Più in dettaglio, il richiamato comma 5 dell'art. 3 del decreto-legge n. 44/2023 prevede che, entro il termine prescritto, le Autonomie Locali possano procedere alle *stabilizzazioni* del personale interessato previo colloquio selettivo e all'esito della valutazione positiva dell'attività lavorativa svolta. Tali procedure, strettamente collegate alla qualifica già ricoperta, possono riguardare il solo dipendenti di natura non dirigenziale già in servizio a tempo determinato e che abbiano i seguenti tre requisiti: 1) almeno trentasei mesi di servizio, anche non continuativi, maturati negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che procede all'assunzione. Per il computo del triennio dei contratti di lavoro subordinato utile si considererà la maturazione di almeno 1095 giorni di servizio; 2) essere stato in servizio in data successiva al 28 agosto 2015, data di entrata in vigore della Legge n. 124/2015, con contratto di lavoro dipendente a tempo de-

12 Con riguardo alle autonomie locali si segnalano, tra gli studi monografici e le raccolte giurisprudenziali di portata generale, senza pretesa di esaustività: CARINGELLA F., *Manuale ragionato di Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2019 – CARINGELLA F. e TORIELLO O., *Argomenti di parte speciale Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2021 - CARPINO R., *Testo unico degli Enti locali commentato*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2018 - CHIEPPA R. e GIOVAGNOLI R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011 - DE MARZIO G. e TOMEI R., *Commentario al Testo Unico sugli Enti Locali*, Cedam, Padova, 2002 - VANDELLI L., *Il Sistema delle Autonomie Locali*, Il Mulino, Bologna, 2021.

terminato presso l'Ente¹³ procedente; 3) essere stato reclutato a tempo definito con selezioni pubbliche indette in relazione alle medesime attività svolte, anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione, conformi ai principi di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, vale a dire tramite procedure che abbiano garantito in misura adeguata l'accesso dall'esterno e che siano state conformate ai principi di adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento (così da garantire l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento), di adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti (idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti), di rispetto delle pari opportunità, di composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso (scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle relative confederazioni. Le assunzioni cui si fa riferimento dovranno essere procedure selettive di natura concorsuale previste dal D.P.R. n. 487/1994: per titoli (fino alla data del 13.07.2023, tenuto conto che, con l'entrata in vigore del D.P.R. n. 82/2023, è stata modificata la previgente disciplina), per esami, per titoli ed esami, corso-concorso.

Rispetto al terzo requisito è bene precisare che non sono ritenuti servizi utili i periodi di lavoro prestati con tipologie contrattuali diverse dal lavoro subordinato a tempo determinato, quali ad esempio, i contratti di lavoro a tempo determinato aventi ad oggetto il conferimento di incarichi dirigenziali, quelli relativi a contratti ex art. 90 e 110 del D.Lgs. n. 267/2000, i contratti di lavoro interinale e/o di somministrazione di lavoro. Così come non potranno essere valutati servizi presso datori di lavoro privati, anche se svolti nell'ambito di servizi comunali esternalizzati.

13 In caso di amministrazioni comunali che esercitino funzioni in forma associata, anche presso le amministrazioni con servizi associati.

Sebbene nell'ambito della normativa transitoria generale siano esclusi i comuni che per l'intero quinquennio 2012-2016 non abbiano rispettato i vincoli di finanza pubblica, a rigore dell'art. 20, comma 4, del D.Lgs. n. 75/2017, tale preclusione non è, però, prevista nelle norme speciali in argomento, non rinvenendosi nel comma 5 alcun tipo di riferimento.

3. La ratio

La norma in commento è volta a ridurre il ricorso a contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato delle Autonomie Locali.

Proprio grazie all'attuazione della disposizione di legge, gli Enti non solo risultano orientati al perseguimento dell'interesse pubblico dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'apparato organizzativo, ma diventano coscienti del fatto che il ricorso ad ulteriori contratti a tempo determinato, oltre a non trovare una adeguata soluzione al problema delle gravi carenze all'interno della propria dotazione organica - negli anni destinato ad aumentare a causa dell'elevata età media del personale in servizio - evidenzia anche la necessità dell'accertamento, in concreto, di motivi atti a giustificare, di volta in volta, il ricorso ad assunzioni stagionali per brevi periodi.

Il Consiglio di Stato, nel parere¹⁴ espresso sullo schema del D.Lgs. n. 75/2017, recante all'art. 20 proprio il superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni, ha rilevato che «[...] la previsione di assunzioni dirette costituisce una rilevante eccezione al principio del concorso pubblico di cui all'art. 97 Cost., la cui inderogabilità è stata più volte ribadita Corte costituzionale (oltre che dalla giurisprudenza civile e amministrativa). Non può sottacersi tuttavia che, per effetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la normativa nazionale non può ricorrere all'utilizzo abusivo e potenzialmente perenne del c.d. precariato, senza farsi nel contempo carico della posizione di quanti, per anni e magari per decenni, hanno prestato attività lavorativa in favore della pubblica

¹⁴ Si fa riferimento al punto n.3.3.2.2 del parere espresso dal Consiglio di Stato sullo schema del D.Lgs. n. 75/2017, adunanza commissione speciale del 11 aprile 2017 n. affare 00422/2017 (n. 00916/2017 del 21/04/2017).

amministrazione con contratti di lavoro flessibile. La stessa giurisprudenza interna richiamata ammette, del resto, la eccezionale possibilità di derogare per legge al principio del concorso pubblico per il reclutamento del personale nei soli casi in cui ciò sia maggiormente funzionale al buon andamento della amministrazione e corrispondente a straordinarie esigenze di interesse pubblico, individuate dal legislatore in base a una valutazione discrezionale, effettuata nei limiti della non manifesta irragionevolezza. Orbene, proprio la finalità di prevenire il precariato perseguita dalla legge delega (art. 17, comma 1, lett. o), sembra poter integrare la suddetta esigenza di interesse pubblico, anche in ragione della dimensione che ha assunto il precariato nella pubblica amministrazione, e giustificare così la deroga al principio costituzionale del concorso pubblico, purché il personale da stabilizzare sia stato all'epoca assunto, seppure a tempo determinato, mediante una procedura concorsuale [...]».

In altri termini il qualificante obiettivo del comma 5 dell'art. 3 del decreto-legge n. 44/2023, coordinato con la Legge di conversione n. 74/2022, è il superamento del precariato con la conseguente *stabilizzazione* – id est: assunzione – del cosiddetto *personale avventizio* con l'individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e con le esigenze organizzative e funzionali di queste ultime.

Come evidenziato nella circolare n. 5/2013¹⁵ del Dipartimento della Funzione Pubblica «[...] il tema del precariato è particolarmente emergente in quanto determina situazioni incompatibili con i principi dell'articolo 97 della Costituzione che sono alla base dell'organizzazione e del corretto funzionamento delle amministrazioni pubbliche, ma anche con quelli dell'articolo 1 e 4 della Carta Costituzionale che il datore di lavoro pubblico, ancor più di quello privato, ha l'obbligo di rispettare; favorisce il proliferare di contenzioso che sempre più diffusamente vede le amministrazioni pubbliche soccombenti. [...] anche laddove i giudici del lavoro riconoscono la specialità del settore pubblico e non sentenziano per la conversione del rapporto di lavoro, condannando, nei casi di abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato, le amministrazioni pubbliche al risarcimento del danno; sono sempre più

15 Cui al Prot. DFP 0053485 P-4.17.1.7.1 del 21.11.2013.

pressanti gli effetti delle procedure di infrazione avviate, in sede comunitaria, nei confronti dell'Italia per il fenomeno del precariato storico nella PA; si riflette sulla responsabilità amministrativa e dirigenziale, in caso di accertato utilizzo improprio del lavoro flessibile, atteso, tra l'altro, che le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave; si riflette, non da ultimo, sul piano sociale e sulla dignità dei lavoratori».

4. Modalità di predisposizione dell'istanza di stabilizzazione

Le richiamate disposizioni, volte al superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni, definiscono una procedura speciale di reclutamento che deroga rispetto alle modalità ordinarie del concorso pubblico, proprio perché riservata ad una platea di destinatari per i quali si è scelto di valorizzare la loro maturata esperienza professionale presso la PA.

Le citate assunzioni prescindono quindi dall'espletamento di una ulteriore prova concorsuale, essendo previsto solo un colloquio selettivo e la valutazione positiva dell'attività lavorativa svolta, nella considerazione che gli aspiranti erano già stati assunti, con contratti a tempo determinato presso l'Ente procedente, in esito a procedure selettive pubbliche.

In termini più generali le Amministrazioni, al fine di poter dare attuazione alla norma, sono chiamate a pubblicare un *Avviso di Ricognizione* finalizzato alla presentazione delle domande di *stabilizzazione* riservata ai soggetti in possesso dei requisiti di legge per la copertura, con contratto di lavoro a tempo indeterminato, di unità di personale. Non si tratta di un vero e proprio bando di selezione, atteso che non sono previste, al termine del procedimento, delle graduatorie¹⁶, ma unicamente una dichiarazione di idoneità, presupposto indispen-

¹⁶ Per una accurata ricognizione normativa e della casistica giurisprudenziale sul tema *cf.* P. IORIO, *Lo scorrimento delle graduatorie quale eccezionale all'indizione di nuovi concorsi pubblici. Norme afferenti e interpretazione del c.d. diritto vivente*, in *Osservatorio sulle fonti*, ISSN 2038-5633, n. 1/2022. Con riferimento, invece, alla normativa relativa ai nuovi limiti allo scorrimento delle graduatorie si rimanda a: P. IORIO, *Stretta sugli idonei ai concorsi pubblici, le recenti e mutevoli novelle alle norme sullo scorrimento delle graduatorie*, in *Osservatorio sulle fonti*, ISSN 2038-5633, n. 3/2023.

sabile per essere chiamati a sottoscrivere il contratto di lavoro a tempo indeterminato.

L'avviso sarà pubblicato sul portale sarà poi pubblicato contestualmente sul Portale Nazionale del Reclutamento *InPA.gov.it*¹⁷ e sul sito dell'amministrazione interessata, a termini dell'art. 15, comma 6, del D.P.R. n. 487/1994. Dalla data di tale pubblicazione, che esonera l'Ente dall'obbligo di pubblicazione della selezione per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, IV Serie speciale "Concorsi ed esami", decorrono i termini per le eventuali impugnative.

Qualora questo non avvenga il candidato interessato può presentare una istanza finalizzata all'attuazione delle disposizioni previste dall'art. 3, comma 5, del decreto-legge n. 44/2023, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 74/2023.

Con propria nota, inoltrata via PEC al protocollo generale dell'Ente, indirizzata al Legale Rappresentante dell'Ente, all'eventuale componente dell'organo esecutivo con delega al personale, al Dirigente dell'Area Risorse Umane e, per conoscenza, al Segretario Generale, l'aspirante andrà a premettere di aver prestato servizio alle dipendenze della data P.A., nella qualità e per il periodo che specificherà, a seguito della partecipazione a procedure concorsuali pubbliche indette dall'Ente destinatario della nota.

In seguito preciserà: a) che risultava in servizio in data successiva all'entrata in vigore della Legge n. 124/2015, vigente dal dì 28.08.2015, con contratto a tempo determinato presso l'Ente, specificando segnatamente i vari contratti; b) che era stato reclutato a tempo definito, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali indette dal medesimo Ente (o anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione); c) di aver maturato, alla data di presentazione della richiesta, al-

¹⁷ Ai sensi dell'art. 35-ter del D.Lgs. n. 165/2001, disponibile all'indirizzo *www.InPA.gov.it*, sviluppato dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, che ne cura la gestione.

meno trentasei mesi di servizio, anche non continuativi, maturati negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che procede all'assunzione; d) di aver ricoperto un determinato profilo professionale, con indicazione dell'area di appartenenza nell'Ente di appartenenza (Operatori, Operatori esperti, Istruttori, Funzionari e dell'Elevata Qualificazione), specificando di non essere stato inquadrato tra il personale dirigenziale.

Evidenziato che, quindi, il precario interessato risulta in possesso di tutti i requisiti previsti dalla norma, avrà anche facoltà di indicare nella nota eventuali carenze dell'ente in relazione alle risorse umane, come ad esempio l'evidenza di alcuni settori che risultano gravemente sottodimensionati rispetto alla ordinaria dotazione organica, anche con l'indicazione di tati percentuali delle carenze in funzione del rapporto Dipendenti/Cittadini. Nella nota parrebbe utile anche richiamare la programmazione triennale del fabbisogno di personale¹⁸, oggi confluita nel P.I.A.O.¹⁹ - il Piano Integrato di Attività e Organizzazione della Pubblica Amministrazione - che le amministrazioni con più di cinquanta dipendenti sono tenute ad adottare entro il 31 gennaio di ogni anno.

Con riferimento a questa ultima scadenza è bene precisare che, a mente dell'art. 8, comma 2, del Decreto Interministeriale²⁰ n. 132 del 30 giugno 2022, in ogni caso di differimento del termine previsto a legislazione vigente per l'approvazione dei bilanci di previsione, il termine è differito di trenta giorni successivi a quello di approvazione dei bilanci.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 6, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2000.

¹⁹ Introdotto dall'art. 6 del decreto-legge n. 80/2021, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 113/2021, il P.I.A.O. è il documento unico di programmazione e governance che, dal 30 giugno 2022, assorbe molti dei piani che le amministrazioni pubbliche erano tenute a predisporre annualmente: performance, fabbisogni del personale, parità di genere, lavoro agile, anticorruzione. Ha una durata triennale e viene aggiornato annualmente entro la data di approvazione. Il P.I.A.O. è predisposto esclusivamente in formato digitale ed è pubblicato sul portale istituzionale del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri raggiungibile all'indirizzo www.piao.dfp.gov.it e sul sito istituzionale di ciascuna amministrazione.

²⁰ Recante il regolamento di definizione del contenuto del Piano Integrato di Attività e Organizzazione, emanato dal Ministro per la Pubblica Amministrazione di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 209 del 07.09.2022.

La citata programmazione, va evidenziato, non è immodificabile nel corso dell'anno. Come previsto dalla legge, infatti, può essere rivista in relazione a nuove diverse esigenze incrementare la dotazione effettiva di personale, tenuto conto del forte sottorganico di personale in cui, sovente, versano gli Enti.

Una volta esplicitata la motivazione della richiesta, legata alla necessità dell'Ente di ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato, l'aspirante avanzerà formale istanza affinché i destinatari dispongano, ciascuno per le proprie specifiche competenze, gli atti necessari alla attuazione dell'art. 3, comma 5, del decreto-legge n. 44/2023, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 74/2023, con la convocazione del richiedente per il previsto colloquio selettivo e procedendo, al contempo, alla valutazione dell'attività lavorativa svolta.

«Sarà, quindi, necessario prevedere una prova orale a carattere di selettività e aperta a tutti coloro che dispongono dei requisiti di legge per la conversione a tempo indeterminato. Inoltre, dovrà essere espressa - si ritiene da parte dello stesso soggetto che verifica l'idoneità nella prova selettiva - una valutazione positiva dell'attività lavorativa svolta, da intendersi come giudizio complessivo rispetto al servizio prestato presso l'ente a tempo determinato²¹».

Il colloquio si svolgerà, ai sensi dell'art. 7 del D.P.R. n. 487/1994, in un'aula aperta al pubblico, di capienza idonea ad assicurare la massima partecipazione. Le amministrazioni assicurano la partecipazione alle prove, senza pregiudizio alcuno, anche alle candidate che risultino impossibilitate al rispetto del calendario previsto dal bando a causa dello stato di gravidanza²² o allattamento, anche attraverso lo svolgimento di prove asincrone e, in ogni caso, la disponibi-

²¹ Quaderno operativo Associazione Nazionale Comuni Italiani n. 45, ottobre 2023.

²² Per un approfondimento sul punto si rimanda a: P. IORIO, *Concorsi pubblici, il legittimo impedimento delle donne in gravidanza e il diritto all'espletamento della prova in modalità asincrona*, in RU. *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, ISSN 1723-9877, Maggioli Editore, n. 6 - novembre/dicembre 2023.

lità di appositi spazi per consentire l'allattamento. In nessun caso il ricorrere di tali condizioni potrà compromettere la partecipazione al concorso.

Per la valutazione della prova, la Commissione esaminatrice appositamente nominata, composta almeno da tre componenti²³ (di cui un Presidente) e un segretario, disporrà di un punteggio massimo pari a 30 e si intende superata con un punteggio non inferiore a ventuno trentesimi. Il colloquio potrà essere articolato in due fasi. Una prima volta ad una verifica oggettiva sui seguenti aspetti: conoscenza delle attività lavorative oggetto di selezione, con riferimento agli aspetti teorici, ai concetti basilari nonché alle nozioni specifiche; capacità tecniche ed esecutive relative allo svolgimento della predetta attività; effettivo possesso delle specifiche competenze indicate per la posizione e conoscenza della lingua inglese. Una seconda che consisterà nell'accertamento della conoscenza teorica delle materie relative dell'area di appartenenza nell'Ente di appartenenza (Operatori, Operatori esperti, Istruttori, Funzionari e dell'Elevata Qualificazione). Al termine di ogni seduta, la commissione giudicatrice formerà l'elenco dei candidati esaminati con l'indicazione dei punteggi conseguiti. L'elenco sarà pubblicato contestualmente sul sito dell'amministrazione che ha bandito il concorso.

L'esito positivo inerente all'attività lavorativa svolta dev'essere attestata da idonea documentazione sottoscritta dal responsabile di struttura presso cui il personale che intende partecipare alla procedura di *stabilizzazione* ha prestato servizio e dovrà essere allegata, a pena di esclusione, all'atto di inserimento della domanda di partecipazione nella sezione dedicata all'interno del portale *In-PA.gov.it*.

Resta inteso che tutti i requisiti richiesti devono essere posseduti alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione

²³ Ai sensi dell'art. 9, comma 1, secondo periodo, del D.P.R. n. 487/1994 «In ogni caso nella composizione delle commissioni esaminatrici si applica il principio della parità di genere, secondo quanto previsto dall'articolo 57, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

alla selezione. Nella formazione della graduatoria²⁴ si applicano le preferenze di cui all'art. 5²⁵, comma 4, del D.P.R. n. 487/94.

Qualora tra i concorrenti dichiarati idonei nella graduatoria di merito ve ne siano alcuni che appartengono a più categorie che danno titolo a differenti riserve di posti, si tiene conto prima del titolo che dà diritto ad una maggiore riserva nel seguente ordine.

Nel caso di ulteriori condizioni di parità potrà essere quale criterio di priorità la data di instaurazione del primo rapporto di lavoro a tempo determinato alle dipendenze dell'Ente e la data di maturazione del requisito dei 36 mesi di servizio in data successiva al 28.08.2015. Tali parametri consentono di orientarsi in senso più favorevole verso quei precari storici, a tutela della posizione

24 Per una esaustiva trattazione si rinvia a P. IORIO, *Pubblici impieghi, l'elaborazione della graduatoria definitiva tra obbligo di pubblicazione dei nominativi dei candidati e applicazione delle modificate riserve o preferenze previste dal d.P.R. n. 487/1994*, in *Il Diritto Amministrativo*, ISSN 2039-6937, anno XV, pubblicato in data 11.12.2023. Con riferimento, invece, alla normativa relativa alla validità delle graduatorie degli Enti Locali si rimanda a: P. IORIO, *Concorsi pubblici, le graduatorie degli Enti Locali conservano una efficacia biennale*, in *Amministrazione in Cammino*, ISSN 2038-3711, pubblicato in data 19 luglio 2023.

25 «A parità di titoli e di merito, e in assenza di ulteriori benefici previsti da leggi speciali, l'ordine di preferenza dei titoli è il seguente: a) gli insigniti di medaglia al valor militare e al valor civile, qualora cessati dal servizio; b) i mutilati e gli invalidi per servizio nel settore pubblico e privato; c) gli orfani dei caduti e i figli dei mutilati, degli invalidi e degli inabili permanenti al lavoro per ragioni di servizio nel settore pubblico e privato, ivi inclusi i figli degli esercenti le professioni sanitarie, degli esercenti la professione di assistente sociale e degli operatori socio-sanitari deceduti in seguito all'infezione da SarsCov-2 contratta nell'esercizio della propria attività; d) coloro che abbiano prestato lodevole servizio a qualunque titolo, per non meno di un anno, nell'amministrazione che ha indetto il concorso, laddove non fruiscono di altro titolo di preferenza in ragione del servizio prestato; e) maggior numero di figli a carico; f) gli invalidi e i mutilati civili che non rientrano nella fattispecie di cui alla lettera b); g) militari volontari delle Forze armate congedati senza demerito al termine della ferma o rafferma; h) gli atleti che hanno intrattenuto rapporti di lavoro sportivo con i gruppi sportivi militari e dei corpi civili dello Stato; i) avere svolto, con esito positivo, l'ulteriore periodo di perfezionamento presso l'ufficio per il processo ai sensi dell'articolo 50, comma 1-quater, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114; l) avere completato, con esito positivo, il tirocinio formativo presso gli uffici giudiziari ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, pur non facendo parte dell'ufficio per il processo, ai sensi dell'articolo 50, comma 1-quinques, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114; m) avere svolto, con esito positivo, lo stage presso gli uffici giudiziari ai sensi dell'articolo 73, comma 14, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98; n) essere titolare o avere svolto incarichi di collaborazione conferiti da ANPAL Servizi S.p.A., in attuazione di quanto disposto dall'articolo 12, comma 3, del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26; o) appartenenza al genere meno rappresentato nell'amministrazione che bandisce la procedura in relazione alla qualifica per la quale il candidato concorre, secondo quanto previsto dall'articolo 6; p) minore età anagrafica».

degli aspiranti che hanno instaurato rapporti con la PA in data anteriore rispetto agli altri.

Non appare estranea al tema la disposizione contenuta all'art. 6 del citato D.P.R., a rigore della quale *«al fine di garantire l'equilibrio di genere nelle pubbliche amministrazioni, il bando indica, per ciascuna delle qualifiche messe a concorso, la percentuale di rappresentatività dei generi nell'amministrazione che lo bandisce, calcolata alla data del 31 dicembre dell'anno precedente. Qualora il differenziale tra i generi sia superiore al 30 per cento, si applica il titolo di preferenza di cui all'articolo 5, comma 4, lettera o)²⁶, in favore del genere meno rappresentato [...]»*. In altri termini, prima di bandire un concorso, le singole amministrazioni saranno chiamate ad operare una verifica - al 31 dicembre dell'anno precedente - del differenziale di generi tra i dipendenti che appartengono all'area in cui è incardinato il posto e l'intero ente. In difetto di più dettagliate indicazioni ministeriali, appare opportuno procedere al calcolo nel modo seguente. A mero titolo di esempio, se per l'Area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione, a fine anno, risultavano in servizio 8 dipendenti, di cui 5 uomini e 3 donne, si avrà un differenziale del 25%. (più in dettaglio, infatti, gli uomini rappresentano il 62,50% e le donne il restante 37,50%). In questo caso la norma non sarà, però, applicabile: il differenziale tra i generi deve essere superiore al 30 per cento. Tale condizione si realizzerà nel caso in cui degli 8 dipendenti in servizio, si registrano 6 uomini (quindi il 75% dei dipendenti dell'Area di riferimento) e 2 donne (solo il 25%): in questo caso il differenziale sarà del 50%. Questa percentuale, per quanto detto, avrà un ruolo predominante nell'applicazione delle preferenze²⁷ all'atto della formazione della graduato-

26 Ai sensi dell'articolo 5, comma 4, lettera o), del D.P.R. n. 487/1994 *«a parità di titoli e di merito, e in assenza di ulteriori benefici previsti da leggi speciali, l'ordine di preferenza dei titoli è il seguente: [...] o) appartenenza al genere meno rappresentato nell'amministrazione che bandisce la procedura in relazione alla qualifica per la quale il candidato concorre, secondo quanto previsto dall'articolo 6»*.

27 Per una esaustiva trattazione si rinvia a IORIO P., *La graduatoria finale di un pubblico concorso e l'insidiosa applicazione delle preferenze previste dal D.P.R. n. 487/1994, anche alla luce delle imminenti modifiche alla norma*, in *Amministrazione in Cammino*, ISSN 2038-3711, pubblicato il 28 novembre 2022.

ria²⁸ finale, che costituisce la fase conclusiva del procedimento concorsuale. All'esito positivo delle predette formalità l'Ente procederà all'assunzione a tempo indeterminato dell'aspirante.

5. Una mera facoltà per gli enti

Dal tenore letterale della disposizione contenuta all'art. 3, comma 5, del decreto-legge n. 44/2023, come è reso palese dell'utilizzo della forma verbale «possono» si evince chiaramente che non sussiste alcun obbligo per le pubbliche amministrazioni, pur in presenza di soggetti *stabilizzabili*, di soddisfare il proprio bisogno assunzionale con dette procedure in luogo di quelle concorsuali pubbliche «aperte», al fine di permettere la più ampia partecipazione possibile e assicurare, dunque, la massima trasparenza delle selezioni.

«Il fatto che si distinguono diverse platee di “precariato” [...] non significa che l'assunzione diretta sia preferita al concorso riservato né che alcune categorie di precari siano di necessità ammesse all'assunzione diretta ed altre debbano essere escluse, ben potendo tradursi la distinzione in un regolamento di requisiti e titoli da far valere nell'ambito di procedure selettive di tipo comparativo e concorsuale. In ogni caso, si tratterà di scelte discrezionali dell'Amministrazione, come ben si evince dalla locuzione “*le Amministrazioni possono...*” utilizzata²⁹ [...]».

Va dunque esclusa qualsiasi pretesa al riconoscimento di un diritto soggettivo alla *stabilizzazione* in linea con l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa.

Come evidenziato al punto 3.3 della circolare n. 5/2013³⁰, emanata dal Dipartimento della Funzione Pubblica, l'avvio del reclutamento speciale è «*facoltativo e non configura un diritto soggettivo in capo agli interessati. L'avvio del reclutamento speciale, come del resto l'avvio del reclutamento ordinario, è subordinato: alla disponibilità*

28 Per un approfondimento sul tema cfr. IORIO P., *Concorsi pubblici, le graduatorie degli Enti Locali conservano una efficacia biennale*, in *Amministrazione in Cammino*, ISSN 2038-3711, pubblicato in data 19 luglio 2023.

29 Cfr., *ex multis*, TAR Molise, sez. I, 7 giugno 2018, sentenza n. 335.

30 Cui al Prot. DFP 0053485 P-4.17.1.7.1 del 21.11.2013.

di posti in dotazione organica, fatto salvo quanto previsto per le categorie protette nel limite della quota d'obbligo, all'effettiva capacità assunzionale delle amministrazioni secondo il relativo regime, tenuto anche conto dei vincoli di spesa e delle situazioni di bilancio³¹, all'effettivo fabbisogno. [...] perciò, l'avvio delle relative procedure è subordinato alla verifica delle condizioni di legge necessarie, in assenza delle quali scatta un impedimento, e alle valutazioni organizzative che ciascuna amministrazione può operare in autonomia. È senz'altro esclusa la configurabilità di un diritto soggettivo, in capo agli eventuali interessati, all'avvio del reclutamento speciale. [...]».

Parimenti va precisato che rispetto all'eventuale scelta dell'amministrazione di non optare per la *stabilizzazione*, i precari sono comunque titolari di situazione giuridica qualificata e differenziata, proprio perché la norma si fa carico, all'evidenza, dell'interesse degli ex dipendenti a tempo definito. Ne consegue che la scelta di bandire una procedura concorsuale, al pari di qualsiasi altra scelta espressiva di potere amministrativo, dovrà essere frutto di un'adeguata istruttoria che tenga conto di tutti gli interessi coinvolti.

Sul punto vale rimarcare la funzione della programmazione triennale del fabbisogno di personale³², oggi confluita nel Piano Integrato di Attività e Organizzazione della Pubblica Amministrazione, che rappresenta lo strumento attraverso il quale l'Amministrazione predetermina le linee di azione che intende seguire in merito al reclutamento di unità di personale. Il citato piano triennale costituisce, l'atto di programmazione con cui le amministrazioni provvedono all'organizzazione e alla disciplina degli uffici, determinando la consistenza della dotazione organica, le esigenze assunzionali e gli strumenti per soddisfarle.

6. Il precedente Decreto “Madia”, normativa transitoria generale

È agevole osservare che il citato articolo 3, comma 5, del decreto-legge n. 44/2023 si atteggia come fonte di una normativa speciale perché introduce,

³¹ Per un approfondimento su tema delle assunzioni da porre in essere nelle more dell'approvazione del Bilancio di Previsione si rimanda a: P. IORIO, *Enti Locali, con l'interpretazione autentica dell'art. 163, comma 3, del TUEL, assunzioni possibili anche in esercizio provvisorio*, in *Il Diritto Amministrativo*, ISSN 2039-6937, anno XVI, pubblicato in data 12.04.2024.

³² Ai sensi dell'art. 6, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2000.

nel suo ristretto ambito di applicazione, una deroga al principio costituzionale³³ del concorso espresso dall'art. 97, comma 4, della Carta.

Nell'ordinamento giuridico, tuttavia, è vigente anche una normativa transitoria generale, che prevede condizioni in parte analoghe a quelle stabilite dalla disciplina analizzata nel contributo in lettura.

Il D.Lgs. n. 75/2017³⁴, cd. "Decreto Madia", all'art. 20, stabilisce che «*le amministrazioni, al fine di superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato, possono, fino al 31 dicembre 2023*³⁵, *in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all'articolo 6, comma 2, e con l'indicazione della relativa copertura finanziaria, assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che possieda tutti i seguenti requisiti: a) risulti in servizio successivamente alla data*³⁶ *di entrata in vigore della Legge n. 124/2015 con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione o, in caso di amministrazioni comunali che esercitino funzioni in forma associata, anche presso le amministrazioni con servizi associati; b) sia stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione; c) abbia maturato, al 31 dicembre 2022*³⁷, *alle dipendenze dell'amministrazione di cui alla lettera a) che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni*».

A mente del secondo comma, poi, «*fino al 31 dicembre 2024, le amministrazioni possono bandire, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all'articolo 6,*

³³ Per un approfondimento sul tema si rimanda a: ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo*, Società Ed. Libreria, Milano, 1912 - ROSSI G.P., *Diritto amministrativo - Principi*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2005.

³⁴ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 130 del 07.06.2017, entrato in vigore il 22 giugno 2017.

³⁵ Modifica introdotta dall'art. 1, comma 3-bis, del decreto-legge n. 228/2021 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 15/2022) che ha disposto la sostituzione del precedente termine fissato al 31 dicembre 2022 con la nuova data 31 dicembre 2023.

³⁶ La norma prevede come requisito l'essere stato in servizio in data successiva al 28 agosto 2015, data di entrata in vigore della Legge n. 124/2015.

³⁷ Termine, questo, rimasto invariato anche dopo il decreto-legge n. 228/2021, cd. "Milleproroghe".

comma 2, e ferma restando la garanzia dell'adeguato accesso dall'esterno, previa indicazione della relativa copertura finanziaria, procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, al personale non dirigenziale che possieda tutti i seguenti requisiti: a) risulti titolare, successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124/2015³⁸, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso; b) abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2024, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso».

Ferme restando le norme di contenimento della spesa di personale, le pubbliche amministrazioni, fino al 31 dicembre 2022, ai soli fini di quanto previsto nei primi due commi dell'art. 20, possono elevare gli ordinari limiti finanziari per le assunzioni a tempo indeterminato previsti dalle norme vigenti, al netto delle risorse destinate alle assunzioni a tempo indeterminato per reclutamento tramite concorso pubblico, utilizzando a tal fine le risorse previste per i contratti di lavoro flessibile, nei limiti di spesa di cui all'articolo 9, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 20 luglio 2010, n. 122, calcolate in misura corrispondente al loro ammontare medio nel triennio 2015-2017 a condizione che le medesime amministrazioni siano in grado di sostenere a regime la relativa spesa di personale previa certificazione della sussistenza delle correlate risorse finanziarie da parte dell'organo di controllo interno e che prevedano nei propri bilanci la contestuale e definitiva riduzione di tale valore di spesa utilizzato per le assunzioni a tempo indeterminato dal tetto previsto.

Nell'ambito della normativa transitoria generale sono esclusi, a differenza di quanto previsto dall'art. 3, comma 5, del decreto-legge n. 44/2023, i comuni che per l'intero quinquennio 2012-2016 non abbiano rispettato i vincoli di finanza pubblica.

³⁸ *Ibidem*.

A differenza delle procedure previste dal citato D.L. 44/2023, nell'ambito di applicazione dell'art. 20 del D.Lgs. n. 75/2017, l'assunzione è diretta: le *stabilizzazioni*, infatti, prescindono dall'espletamento di una ulteriore prova concorsuale, proprio nella considerazione che gli interessati, nei periodi precedenti, sono stati assunti, con contratti a tempo determinato, presso l'Ente procedente proprio in esito a procedure selettive pubbliche.

Si tratta, quindi, di una procedura immediata, volta volto proprio a ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo definito, nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'apparato organizzativo dell'Amministrazione.

Fino al termine delle procedure in commento è fatto divieto alle amministrazioni interessate di instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibile.

Va anche precisato che, ai fini della procedura in parola, non rileva il servizio prestato negli uffici di diretta collaborazione o degli organi politici delle regioni, secondo i rispettivi ordinamenti, né quello prestato in virtù di contratti di cui agli articoli 90 e 110 del D.Lgs. n. 267/2000.

7. Conclusioni

Il percorso che ci ha condotto sin qui permette, all'esito, di operare talune riflessioni sulla portata della norma.

Va, preliminarmente, osservato che qualsivoglia tipologia di assorbimento nei ruoli dell'amministrazione di personale precario comporta costantemente una inevitabile tensione con la sacralità del principio costituzionale, contemplato all'art. 97, comma 4, di accesso agli impieghi pubblici unicamente mediante concorso.

Sebbene la stessa norma faccia salvi determinati casi stabiliti, ammettendo quindi una deroga, viene sempre in rilievo il contrasto di detti percorsi di *stabilizzazione* con le procedure concorsuali pubbliche "aperte", al fine di per-

mettere la più ampia partecipazione possibile e assicurare, dunque, la massima trasparenza delle selezioni.

Le norme in commento, va subito precisato, come è reso palese dell'utilizzo della forma verbale «possono» esprimono, con chiarezza, che non sussiste alcun obbligo per le pubbliche amministrazioni, pur in presenza di soggetti *stabilizzabili*, di soddisfare il proprio bisogno assunzionale con dette procedure in luogo delle ordinarie forme di reclutamento del personale, meccanismo strumentale al canone di efficienza, efficacia ed imparzialità della PA. È da sottolineare, però, che la possibilità di deroga è circoscritta a peculiari situazioni giustificatrici, adeguatamente motivate, ragionevoli e congrue rispetto al diverso criterio adottato in relazione al fine da raggiungere ed all'interesse da soddisfare, proprio nell'ambito di una discrezionalità che trova il suo limite nella necessità di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione, cui al primo comma del menzionato art. 97 della Carta Costituzionale.

La possibilità di assunzioni in deroga risponde alla primaria esigenza di contenimento della spesa pubblica, mira all'obiettivo di coprire tempestivamente i posti vacanti in organico e, al contempo, rappresenta una concreta semplificazione della burocrazia a tutto vantaggio delle amministrazioni, nella dimensione di maggiore efficienza, efficacia e miglioramento della qualità della PA.

All'esito di un più spedito ed efficace procedimento finalizzato alla provvista di personale viene, poi, tutelata anche la "legittima" aspettativa di precari comunque titolari di situazione giuridica qualificata e differenziata, proprio perché la norma si fa carico dell'interesse di ex dipendenti a tempo definito. Interessi che, invece, potrebbero risultare alterati qualora si rimettesse alla discrezionalità dell'ente la scelta fra le diverse forme di reclutamento.

Da ciò discende anche una importante considerazione: se un candidato ha lavorato presso una PA in esito ad una procedura selettiva pubblica, benché a tempo determinato, vuol dire che ha superato le prove d'esame ed è stato giudicato meritevole, in via astratta, di occupare un posto anche a tempo indeter-

minato. E questo non è avvenuto solo per insufficienza dei posti messi a concorso.

Non può sottacersi, tuttavia, che in direzione opposta si registra una ricaduta negativa sull'assetto relativo alla provvista di personale, tenuto conto delle riduzioni di ingressi dall'esterno, con evidente penalizzazione di giovani altrettanto capaci e meritevoli.

Ovviamente tale scelta è in linea con delle superiori esigenze - non legate alla posizione del precario rispetto alla copertura effettiva del posto - che rispondono all'interesse pubblico di procedere alla copertura dei posti vacanti, in relazione a sopravvenute vacanze di posti, avvalendosi delle opportunità previste dalla norma, finalizzata a valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo definito.

Qualora l'Amministrazione si determini in favore della *stabilizzazione*, avvalendosi della facoltà riconosciuta dalla norma, è evidente che ha orientato la sua scelta a finalità ed esigenze che non sono correlate all'interesse del singolo, ma a principi costituzionalmente garantiti e preordinate ad offrire uno strumento che consenta di individuare immediatamente il soggetto da assumere, rispettando nel contempo la regola inderogabile della scelta del personale mediante selezione, atteso la necessità del previo colloquio e la valutazione positiva dell'attività lavorativa svolta.

Sotto il profilo della tutela giuridica dell'aspirante alla *stabilizzazione* la pretesa al riconoscimento del diritto, premesso che la compilazione e l'approvazione di una graduatoria concorsuale (anche a tempo determinato) esaurisce l'ambito circoscritto al procedimento e all'attività autoritativa della P.A., la riserva di giurisdizione in materia di concorsi³⁹ non estende la sua portata alla fase successiva e, in particolare, alle controversie in merito alle pretese all'assunzione sull'esito del concorso.

³⁹ Ai sensi dell'63, comma 4, del D.Lgs. n. 165/2001 «restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

Il sindacato sui comportamenti successivi - riconducibili alla fase di esecuzione dell'atto amministrativo presupposto - spetta, invece, alla giurisdizione ordinaria. Sicché, in via generale, l'approvazione della graduatoria segna il limite temporale oltre il quale sussiste la giurisdizione del giudice ordinario.

Ove il riconoscimento del diritto, invece, sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso o di una nuova selezione, la contestazione che investe l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo, è devoluta alla cognizione del giudice amministrativo.

MAHMOUD HANY M. DALLOUL

Faculty of Accountancy, Universiti Teknologi Mara (UiTM), Malaysia
mahmooud21@gmail.com

ZURAEDA BINTI IBRAHIM

Faculty of Accountancy, Universiti Teknologi Mara (UiTM), Malaysia
zurea229@uitm.edu.my

SHARINA TAJUL URUS

Faculty of Accountancy, Universiti Teknologi Mara (UiTM), Malaysia
sharena675@uitm.edu.my

PALESTINE AND THE PALESTINIAN LOCAL AUTHORITIES: AN ANALYTICAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

The article's objective is to provide an overview of Palestine and an analytical view of the Palestinian local government sector. The qualitative method was used by reviewing many articles, reports, books, and studies related to Palestine, in addition to the Palestinian local government sector and local authorities, using several journals and scientific search engines. Thus, the article provided a comprehensive overview of the history of the Palestinian local authorities. It also clarified the objectives of the Palestinian local authorities, in addition to their duties and characteristics. The article also worked to identify the obstacles and challenges facing the Palestinian local authorities. Moreover, it demonstrated the legal and regulatory framework governing the Palestinian local authorities. Furthermore, it presented the distribution and classification of local authorities in the southern Palestinian governorates. This article contributes to enriching the literature related to the reality of the Palestinian local authorities. Contributes to achieving a more reasonable understanding and realisation of the nature of the Palestinian local authorities. Contributes to providing a comprehensive view of the Palestinian local authorities in terms of history, purpose, tasks, characteristics, obstacles, challenges, law, and oversight.

KEYWORDS: Palestine; Palestinian local authorities; local government; Gaza strip; southern governorates

INDEX: 1. Introduction. - 1.1. Overview of Palestine. - 1.2. Palestinian Local Authorities. - 2. Local Authorities. - 3. History of Palestinian Local Authorities. - 4. The Objectives of Local Authorities. - 4.1 Political Objectives. - 4.2 Administrative and Economic Objectives. - 4.3 Social Objectives. - 5. Functions and Duties of Local Authorities. - 6. Characteristics of Local Authorities in Palestine. - 7. Obstacles of Local Authorities in Palestine. - 8. Law and Supervision of Local Authorities in Palestine. - 9. Distribution and Classification of Local Authorities in the Gaza Strip. - 10. Conclusion.

1. Introduction

1.1. Overview of Palestine

Palestine is the southwestern part of the Levant, a land located in western Asia on the eastern coast of the Mediterranean Sea. Palestine occupies an important strategic position as it is the meeting point of the eastern and western wings of the Islamic world, and the link between Asia and Africa. The following is a brief review of Palestine¹. The Ottoman Caliphate of Palestine ended in 1917, and Palestine fell under the British Mandate. Since then, Britain has forcibly opened the organized project of Judaizing Palestine. As a result, it issued the Balfour Declaration through the British pledge to establish a national home for Zionist Jews in Palestine. The British colonial policy was based mainly on plots, fraud, brutal force of arms, injustice, oppression, and systematic criminality. It also facilitated the immigration of Jews and their entry into

1 M. M. SALEH. *Palestine: a series of systematic studies on the Palestinian issue*. Kuala Lumpur, Malaysia: Fajar Ulung Sdn. Bhd. & Professional Eagle Trading Sdn. Bhd, 2002; N. M. ABUZUHRI. Relationship between Entrepreneurship Education, Entrepreneurial Opportunity Recognition and Entrepreneurial Career Option among Palestinian Undergraduate Students. *PhD Thesis*. Kedah, Malaysia: Universiti Utara Malaysia, 2018; W. H. AL MUDALLAL, A. A. ABU AMER. *Studies in the Palestinian cause*. Gaza, Palestine: Ummah open University-Gaza, 2013; A. J. Abu Mur. Historical development of the Palestinian state project (1964-1999 AD). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2014; Saleh, M. M. *The Palestinian Issue: Historical Background and Contemporary Developments*. Beirut, Lebanon: Al-Zaytouna Centre for Studies and Consultations, 2012; K. ZEDAN, , G. DAAS, , & Y. AWWAD. Municipal bonds as a tool for financing capital investment in local government units in Palestine. *Investment Management and Financial Innovations*, 17(1), 2020, 213-226; M. J. MKHEIREZ, M. K. HAMDAN, , M. J. AL SHOBAKI, , S. S. ABU-NASER, & S. A. EL TALLA. Solid Waste Management Work Policy in Major Municipalities in the Southern Palestinian Governorates. *International Journal of Academic Accounting, Finance & Management Research*, 5(9), 2021, 46-67; S. J. BAWATNEH. Analytical View on the Impact of Foreign Aid on the Palestinian Local Development within the Framework of the Local Government Sector - Under the State Building Phase -. *Open Science Journal*, 5(1), 2020, 1-22; M. M. Saleh. *The Palestine Issue: Historical Background and Contemporary Developments*. Beirut, Lebanon: Al-Zaytouna Centre for Studies and Consultations, 2022. M. H. Dalloul, Z. Binti IBRAHIM, & S. T. URUS. Financial Crises Management in Light of Accounting Information Systems Success: Investigating Direct and Indirect Influences. *Sustainability*, 15(10), 2023, 8131.

Palestine from all over the world, granting them lands and facilitating the task of controlling them. In addition, it provided them with all means of military power. Thus, during the 1948 Palestine War, the Zionist forces managed to occupy about 77% of the land of Palestine (20770 km²) and established the Zionist entity under what is called Israel, relying entirely on military force, destruction, displacement, ethnic cleansing, and massacres against the Palestinian Arab people. Thus, only two parts of Palestine remained: the West Bank (5876 km², 21.7%) and the Gaza Strip (363 km², 1.3%), which were subjected to Jordanian and Egyptian occupation until the Six-Day War in 1967. Through this war, the forces of the Zionist entity were able to occupy and control Palestine since then. Thus, the Jews occupied the entire city of Jerusalem, in both its western parts in 1948 and its eastern part in 1967, where the Al-Aqsa Mosque is located. This occupation was followed in 1980 by the declaration of Jerusalem as the unified eternal capital of the occupying Israeli entity. Since then, this region has witnessed a systematic settlement policy, the appropriation of the land, and relentless attempts to Judaize it and displace its Palestinian people by the most horrific means. Israel also carries out ethnic cleansing against them to replace them with Jewish settlers and establish Jewish settlements.

Since 1967, dozens of international resolutions have been issued by the UN and the Security Council rejecting the annexation of East Jerusalem by the Israeli entity and any physical, administrative, or legal measures that change the reality of Jerusalem and considering that to be null. These decisions considered the Israeli entity an occupying power that must be ended and that it should leave Jerusalem, the West Bank, and the Gaza Strip, as a whole, without conditions. These decisions also affirmed the right of return of the displaced and Palestinian refugees to their lands. Although they recognize the rights of the Palestinians, these resolutions and other resolutions still being issued so far lack the absolute seriousness and the necessary mechanism to compel the Israeli entity to respect international resolutions. While the Israeli occupation continues,

the Palestine Liberation Organization (PLO) was established in 1964 and obtained the status of an observer member in the UN in 1974. By 1988, the PLO declared the independence of Palestine, where 135 member states of the UN recognized the State of Palestine, except for some Western countries, including the United States of America (USA). Many of these countries have transformed the PLO offices there into embassies for the State of Palestine, even though this state has not yet been established on the ground.

By 1993, the Palestinian National Authority was formed based on the Oslo Accords, under which the authority would administer parts of the West Bank and the Gaza Strip. Many agreements and negotiations followed that agreement as detachments and consequences, including the 1994 Cairo/Oslo Accord, the 1995 Taba/Oslo II Accord, the 1997 Hebron Agreement, the 1998 Wye River Plantation Agreement, the 1999 Sharm El-Sheikh Agreement, the development of the settlement path and the Camp David negotiations in 2000, and the 2000 Bill Clinton Peace Project. However, these agreements failed due to many reasons, including the continuation of the Israeli occupation due to its arrogant and terrorist practices. In addition, their procrastination and intransigence in implementing these agreements following the policy of selective application of the terms of the agreements and the flagrant violation of the Israeli occupation of many of those agreements and their clauses had made no deterrent or difference to the Palestine occupation. The intransigence of the Israeli occupation did not solve the dilemma of the Palestinian refugees and their right to return to their land occupied and settled by Jewish Zionists. The Zionists were intransigent in considering Jerusalem as the unified capital of Israel, including imposing their control and sovereignty over the Al-Aqsa Mosque, which they call the Temple Mount/Temple, and their dream and relentless efforts to demolish it and establish the Jewish Temple on its ruins. The Zionist's attitudes led to the failure of all efforts aimed at a peaceful settlement agreement.

The period of the Israeli occupation witnessed many revolutions, uprisings, and events that constituted an important turning point in the history of Palestine. The most prominent events were the uprising of the Nabi Musa season in Jerusalem 1920, the Jaffa uprising 1921, the Buraq Revolution 1929, the Green Palm Revolution 1929-1930, the October 1933 uprising, the Great Palestinian revolution 1936-1939, the 1948 war, the 1956 war, the 1967 war, the blessed intifada 1987, the defense of Al-Aqsa 1990-1996, the Al-Aqsa Intifada 2000-2003, the Israeli occupation's invasion of the West Bank cities in 2002, and the Israeli occupation's withdrawal from the Gaza Strip 2005. In 2006, the second Palestinian legislative elections took place, where Hamas (the Islamic Resistance Movement founded in 1987) participated in the parliamentary elections and formed the government after its advance over Fatah (the Palestinian National Liberation Movement founded in 1965). In response to the election results, the Palestinian territories witnessed a severe Israeli and international commercial and financial blockade. Hamas took control of the Gaza Strip in 2007. Thus, the Palestinian territories were administered by two governments, one in the West Bank subject to Fatah and the other in the Gaza Strip subject to Hamas. The period 2011-2012 witnessed a diplomatic movement for the Palestinian Authority at the United Nations and international forums, in addition to signing the reconciliation agreement between these two political groups in 2012 in Cairo. Each of the previous two events was accompanied by regional and international positions, movements, and reactions that led to tightening the financial siege imposed on the Palestinian Authority. They also caused the freezing of budget support, the seizure of Palestinian funds, and the halting of their transfer to the Palestinian Authority by the Israeli occupation. In addition, they led to the suspension of work on many projects funded from abroad. These events were reflected in many general economic and social indicators. They were also followed by the Palestinian agreement to form a national unity government in 2014.

Amid all these happenings, the Gaza Strip was exposed to the Israeli war and aggression of 2008-2009, the war of 2012, the war of 2014, the Israeli aggressions and military operations from 2015 to 2020, the war of 2021, and the war of 2022 on top of the continuation of its full and strict military siege since 2006. While in the West Bank, the Zionist settlement expansion and the construction of the apartheid wall continues to this day. The Zionist construct settlements on Palestinian lands, displace and demolish Palestinians from their lands and homes, and continue the policy of demolishing and displacing Palestinians from the city of Jerusalem. They also continue the arrests, incursions, Israeli military operations against Palestinian cities, and attacks by Jewish settlers. They set up military checkpoints and restrict the freedom of Palestinians, separating and isolating Palestinian cities from each other and limiting the geographical contact between them. The occupiers continue their attempts to Judaize the city of Jerusalem and control the Al-Aqsa Mosque, apart from other repeated incursions into the area.

The Palestinian local authorities are a major component of the Palestinian governmental institutions. Thus, they were not isolated from that Palestinian situation, as they had the largest share of the consequences of all of this, whether the comprehensive and multidimensional blockade on all political, economic, financial and social levels that was imposed on the Palestinian government. This constituted a government financial crisis that affected all sectors and institutions, including the Palestinian local government sector, as government aid granted to this sector was reduced, in light of the financial difficulties it is exposed to as a result of the Israeli occupation's control of resources and the suspension of transferring funds from various tax revenues to the Palestinian government. In addition to the cessation of financial support and aid granted by foreign financiers and international institutions. The deterioration of the main sources of funding for Palestinian municipalities, and the non-payment of municipal dues by citizens due to the poor economic condi-

tions and the steady increase in unemployment and poverty rates. The repeated Israeli wars and aggressions that destroyed the infrastructure, whether roads, communications, electricity, water, sewage and others. This drained all the resources of the Palestinian local authorities, including the financial resource that is spent on restoration, reconstruction and frequent maintenance, in light of the limited revenues and necessary assistance that would reduce these financial burdens. In addition, the Israeli blockade of the Gaza Strip, which prevents the entry of new equipment to the municipalities, drains their financial resources to re-maintain worn-out machines and equipment with high maintenance costs, and this is in the event that the Israeli occupation allows the entry of maintenance spare parts, which may also be very expensive. Thus, the depth of the financial crisis in the Palestinian local authorities is evident, which requires crisis management of a special kind, as it is considered a multi-dimensional and complex crisis. Crisis management in the Palestinian local authorities is based on some tasks, including detecting early warning signs of an expected financial crisis, prevention and preparation for the financial crisis, confronting the crisis and limiting its damages in the event of its occurrence, and learning and benefiting from previous financial crises.

The Occupied Palestinian Territories, referred to as 'OPT', describe the occupied West Bank (including East Jerusalem) and the Gaza Strip, and other matters controlled by the Israeli government, as shown in Figure 1. The UN and other international organizations coined the term 'Occupied Palestinian Territories' and used it between 1998 and 2013 to describe the Palestinian National Authority. Since 2012, the UN Secretariat Communications has changed the term to the State of Palestine and designated it as a non-member observer state at the UN. The International Organization for Standardization recognized and adopted the change in 2013. However, the UN Security Council continued to treat Palestine as a non-sovereign entity until recently, in 2015, and as such, barred its membership in the UN General Assembly.



Figure 1 The Palestinian Territories

The climate in Palestine is generally Mediterranean, with hot dry summers and warm rainy winters. As for religion, the Palestinian constitution declares Islam the official religion of Palestine while preserving all other mono-

theistic religions. Thus, Islam is the main religion in Palestine and represents the religion of most of the Palestinian population, where Muslims constitute 80-85% of the population of the West Bank and 99% of the population of the Gaza Strip. Palestinian Muslims primarily follow the Sunni sect and the Shafi'i school of jurisprudence. Christians make up 1-2% of the population. The official language in the Palestinian territories is Arabic. Colloquial Arabic, Hebrew, and English are also widely used. 16.1% of the population speaks Hebrew as a native language. Among Palestinians, Hebrew is considered a second/third language.

1.2. Palestinian Local Authorities

The central government was originally in charge of all state affairs, but its role was limited. The role included traditional tasks such as defines, security, administration of justice, and foreign policy management. When the scope of the state's business expanded, it became responsible for most social and economic services. It had to relinquish many of its central powers that could be done locally due to the multiplicity of state functions and the diversity of its internal problems. In addition, the multiplicity of the requirements of the modern era increased the conviction of the need to search for other mechanisms to reduce the burden of the central administration and enable it to carry out national actions. Thus, the administrative job in the state was distributed between the central government and the local authorities².

Moreover, the urban and human expansion that occurs in life and the conflict of interests between members of the society require an authoritative

2 AL-ARQAN, A. M. (2022). Limits of Administrative Guardianship over the Work of Palestinian Local Authorities - A Comparative Analytical Study with Islamic Jurisprudence. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2022; M. A. GHONEIM. The role of computerized management information systems in the decision-making process in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2004; M. E. AL-ATRASH. The impact of Diversity Management of Organizational Dimensions of Human Resources on the Organizations Performance - A Case Study of the Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020.

body or administration to coordinate the various actions and organize the daily life matters as much as possible for the people. The authority would decrease the number of conflicts between members of the society as it works to end the randomness in the administrative work. Nevertheless, the matter has become not confined to that due to the development of the state itself. Instead, these authorities have been doing everything that would increase the welfare and well-being of the society, and their responsibility has become a social activity based on the public interest³.

Man knew from ancient times how to manage his affairs, but with the expansion of activity, assembly, and settlement in different groups, it was necessary to have an authority capable of managing these gatherings. Hence the idea of the municipality or local administration emerged⁴. The concept of local administration is considered one of the forms of governance that human societies have known since its inception. They need to establish order among their members, maintain security, defend themselves from external aggressions, and meet their basic needs for food and drink. However, this system did not take its legal and regular form until after the establishment of the modern state. The forms of government then evolved with the development of the societies, from tribe to village to city.

When the burdens of the modern state for the citizens increase, transferring or delegating some of these burdens to local units is inevitable. The local administration was taking its systems within the stages of tribal formations, regional governments, empires, feudal systems, and finally, the modern state sy-

3 I. M. SHEIKH EID. The Extent of the Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; A. N. AL-AKHRAS. Re-engineering administrative processes and their role in improving the quality of services in the municipalities of Gaza governorates. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017.

4 R. S. SABBAAH. Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; I. M. SHEIKH EID. The Extent of the Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007.

stem⁵. ⁶Mentioned that local administrations did not receive academic studies until recently, as public officers and politicians began to take an interest in this scientific field at the end of the nineteenth century. The study of local administration was primarily a branch of public law studies but has become a stand-alone science.

2. Local Authorities

Local administration means that the central government delegates part of its administrative powers to the local authorities in the different geographical regions in the state. It is considered a method of administrative decentralization, as it is an administrative organization that is subject to the directives and instructions issued by the central government institutions and is, therefore, part of the general organization of the state⁷. It was also defined as a system that handles the tasks assigned to it by the central government and the laws regulating it⁸. In other words, the local administration system is no more than a part of the state's administrative apparatus. The local administration has also

5 M. F. AL-MAGHARI. The Role of Administrative Control in Achieving of Total Quality in the Palestinian Local Authorities in the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; M. A. GHONEIM. The role of computerized management information systems in the decision-making process in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2004; A. M. AL-ARQAN. Limits of Administrative Guardianship over the Work of Palestinian Local Authorities - A Comparative Analytical Study with Islamic Jurisprudence. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2022; M. E. AL-Atrash. The impact of Diversity Management of Organizational Dimensions of Human Resources on the Organizations Performance - A Case Study of the Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020.

6 M. A. GHONEIM. The role of computerized management information systems in the decision-making process in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2004.

7 A. K. AL-ZAHAR. Total Quality Management as A Strategy to develop Job Performance - Applied Study on the Major Municipalities. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2020; M. A. GHONEIM. The role of computerized management information systems in the decision-making process in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2004; Z. A. ABU FREYA (2013). Factors Affecting the Development Projects in Gaza Strip Municipalities (case study Beit Lahiya municipality). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013.

8 H. A. MANSOUR. Factors Affecting the Productivity of Gaza Large Municipalities Workers. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; F. M. SHALLAH. The extent to which the zero-based budget can be applied in the municipalities of the Gaza Strip - an applied study on the Gaza municipality. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2009.

been defined as a method of administrative organization that is intended to distribute the administrative position between the central authority in the state and the specialized administrative bodies on a regional basis to carry out what is entrusted to it under the supervision of the relevant authority⁹.

In addition,¹⁰ mentioned local administration as part of the political system of the state, an administrative method that is applied in a specific geographical area. The central government gives it its powers to carry out its functions, and it specializes in managing population affairs and supervising local facilities and projects. Moreover, it is supervised by the central government through its representative or the constitutionally reference. An elected or appointed local body or a combination of both oversees the powers conferred by its system on controlling public facilities and providing services to the population¹¹.

In Palestine, the Palestinian Local Authorities Law No.1 of 1997 and the Palestinian Local Council Elections Law No.10 of 2005 and its amendments defined local authority as an independent local institution that is linked to a geographical region and administrative domain, has an independent financial position, and is under the direct supervision of the Ministry of Local Government¹². Therefore, the local administrations represent organizational, admini-

9 K. M. HEGAZY. The Limits of the Authority of Local Authorities to Impose Fees and Means of Control in the Palestinian Legislation - Analytical Study Compared of Provisions Islamic Sharia. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; H. A. MANSOUR. Factors Affecting the Productivity of Gaza Large Municipalities Workers. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; R. R. AWAD. Obstacles of Geographic Information System Implementation in Gaza Strip Municipalities-Palestine. *Master Thesis*. Palestine: The Islamic University of Gaza, 2010.

10 M. A. GHONEIM. The role of computerized management information systems in the decision-making process in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2004.

11 H. A. AL-AGHA. Assessment of Awareness and Partnership Level between the Municipalities and Private Sector to Achieve Local Economic Development (Case Study: Khan Younis Municipality). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2021; A. M. AL-ARQAN, Limits of Administrative Guardianship over the Work of Palestinian Local Authorities - A Comparative Analytical Study with Islamic Jurisprudence. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2022.

12 Palestinian Official Gazette. Law No. (1) of 1997, Concerning Palestinian Local Authorities. *Palestinian Official Gazette*(20), 1997, 5-34; Palestinian Official Gazette. The

strative, and financial bodies that have a degree of independence determined by the central government. They enjoy a legal personality and powers that flow from it. They are represented by elected or independent counsels from the local community to manage their local interests under the supervision and control of the central government¹³. Thus, the local administrations differ from the branches of the ministries located in the country's regions, which remain an extension of these ministries and do not have organizational, administrative, or financial independence.

However, since their power is delegated by the central government, the local authorities have administrative powers in their regions only, while the central government reserves the right to make major decisions and draw policy. The central government determines the duties of the local administrations and the powers that they exercise. It can withdraw or amend these powers in the same way it grants them. In addition, through one of its central ministries, the central government supervises the local administrations, where it appoints an employee for this purpose. The employee supervises the region and implements the central government policy. He is assisted by a number of employees who follow a set schedule¹⁴.

Palestinian Local Council Elections Law No. (10) of 2005 and its amendments. *Palestinian Official Gazette*(128), 2017, 1-45; I. M. Sheikh Eid. The Extent of The Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; R. R. AWAD. Obstacles of Geographic Information System Implementation in Gaza Strip Municipalities-Palestine. *Master Thesis*. Palestine: The Islamic University of Gaza, 2010; Z. A. Abu Freya. Factors Affecting the Development Projects in Gaza Strip Municipalities (case study Beit Lahiya municipality). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013.

13 M. E. AL-ATRASH. The impact of Diversity Management of Organizational Dimensions of Human Resources on the Organizations Performance - A Case Study of the Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; B. A. SHURAB. Evaluating The Effect of Incentives System on Employees Performance Level in The large Municipalities of Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; K. M. HEGAZY. The Limits of the Authority of Local Authorities to Impose Fees and Means of Control in the Palestinian Legislation - Analytical Study Compared of Provisions Islamic Sharia. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; I. M. Sheikh Eid. The Extent of the Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007.

14 K. H. ZUBDA. Administrative and financial situation of the local bodies: A survey study in the province of TULKAREM. *Journal of Al-Aqsa University: series of human sciences*, 18(1), 2014,

Municipalities are a subset of the local administration that forms the strategic building unit for public policies. They crystallize these policies and lay the foundations for their implementation. They represent the strong relationship between the central government and local government in the various localities. They also crystallize the needs of the population and define their priorities based on development principles and rules without neglecting the urgent needs that may arise from time to time¹⁵. Municipalities are considered legal persons with financial independence whose functions and powers are defined in accordance with the provisions of the law. Thus, municipalities can sue according to this capacity, file cases in their name, or appoint representatives on their behalf for judicial procedures. A municipality is managed by a council whose number of members is determined according to a system issued by the Minister and approved by the Council of Ministers. Its president and members are elected freely and directly according to the provisions of the election law. As such, the municipalities fall under the framework of non-profit organizations¹⁶.

277-318; M. A. GHONEIM. The role of computerized management information systems in the decision-making process in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2004; K. M. Hegazy. The Limits of the Authority of Local Authorities to Impose Fees and Means of Control in the Palestinian Legislation - Analytical Study Compared of Provisions Islamic Sharia. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020.

15 A. N. AL-AKHRAS. Re-engineering administrative processes and their role in improving the quality of services in the municipalities of Gaza governorates. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017; M. S. AL-ASSAR. The Municipalities and Local Sustainable Development in Gaza Strip, Reality and Impediments. *Master Thesis*. Al-Aqsa University and the Academy of Management and Politics, 2015; I. O.-A. TAMOUS. The Relationship Between Administrative Empowerment and Organizational Commitment in The Major Local Governments in Gaza Strip. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2015.

16 R. S. SABBAAH. Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; I. H. Salem. The reality of internal auditing in the municipalities of the Gaza Strip - an analytical field study. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2012; H. A. Mansour. Factors Affecting the Productivity of Gaza Large Municipalities Workers. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; I. M. Sheikh Eid. The Extent of the Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; R. R. AWAD. Obstacles of Geographic Information System Implementation in Gaza Strip Municipalities-Palestine. *Master Thesis*. Palestine: The Islamic University of Gaza, 2010; B. A. SHURAB. Evaluating The Effect of

3. History of Palestinian Local Authorities

The municipal sector is considered one of the important sectors in Palestine, especially in the Gaza Strip. The municipalities are not isolated from the difficult conditions that the Palestinian people are exposed to. They are linked to the political situation throughout the ages, where the foreign ruling authorities worked to make the local authorities and municipalities the basic units for political colonialism and occupation to serve their goals. For this reason, the occupation forces linked local bodies to their central administration during the past decades so that they can dictate their decisions and monitor their performance in a way that serves and achieves their goals. Municipalities in Palestine have gone through different historical periods, where the local government in Palestine went through the period of Ottoman rule, British colonialism, Jordanian rule in the West Bank and Egyptian administration in the Gaza Strip, Israeli occupation, and the Palestinian National Authority. The following is a review of the history of municipalities in Palestine¹⁷.

Incentives System on Employees Performance Level in The large Municipalities of Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007.

17 A. H. ABU HARB. Factors Affecting the Quality of Monitoring and Evaluation Information in The Municipalities Of the Gaza Strip Municipalities (A Case Study of Khanyounis Governorate Municipalities). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2018; H. M. Bakir. Obstacles in the achievement of the major municipalities of the Gaza Strip for their services during emergency situations. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2016; R. R. AWAD. Obstacles of Geographic Information System Implementation in Gaza Strip Municipalities-Palestine. *Master Thesis*. Palestine: The Islamic University of Gaza, 2010; I. M. SHEIKH EID. The Extent of the Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; M. A. ABU RAHMA. The availability of the components of applying the activity-based budgeting system (ABB) in the municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2008; F. M. SHALLAH. The extent to which the zero-based budget can be applied in the municipalities of the Gaza Strip - an applied study on the Gaza municipality. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2009; I. H. Salem. The reality of internal auditing in the municipalities of the Gaza Strip - an analytical field study. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2012; H. A. MANSOUR. Factors Affecting the Productivity of Gaza Large Municipalities Workers. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; R. S. SABBAAH. Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; A. N. AL-AKHRAS. Re-engineering administrative processes and their role in improving the quality of services in the municipalities of Gaza governorates. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017; Z. A. ABU FREYA. Factors Affecting the Development Projects in Gaza Strip Municipalities (case study Beit Lahiya municipality).

In the late eighteenth century AD, the Ottoman Empire began to suffer from flabby and weak administration. This situation required the introduction of structural reforms in the various systems. The most prominent of which was the development of administrative systems through reforms in the central authority and the formation of municipalities to act on behalf of the central authority in the management of civic affairs. At the beginning of the British occupation, the High Commissioner issued a decree for municipal elections in 1926 AD. The first municipal elections were held in Palestine in 1927 AD. However, the administrative situation remained the same until 1934 AD. When the municipalities' law to regulate the municipalities' work in the country was issued, elections were held for twenty municipal councils in that year. However, there was no change in the status of the municipalities until 1948 AD, when Jordan took over the affairs of the West Bank and other municipal laws were issued.

In the Gaza Strip, which was taken over by Egypt, the British mandated laws continued to be applied. There were only two municipalities in the Gaza Strip: the Gaza and the Khan Yunis. These municipalities remained even after Israel occupied the Gaza Strip in 1967. Another two municipalities (Deir Al-Balah and Rafah) were established in the Gaza Strip in 1974.

During the period of the Israeli occupation of the rest of Palestine in 1967, the West Bank and the Gaza Strip came under Israel's control. The laws on the municipalities were formally retained from what they were before the occupation. However, in practice, the Israeli occupation authorities have made

Master Thesis. The Islamic University of Gaza, 2013; Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS) & Ministry of Local Government. *Local Communities Survey, 2015 - Main Findings.* Ramallah, Palestine: Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS), 2015; I. O.-A. TAMOUS. The Relationship Between Administrative Empowerment and Organizational Commitment in The Major Local Governments in Gaza Strip. *Master Thesis.* AL-AZHAR University-Gaza, 2015; A. H. Shaat, The impact of the determinants of foreign funding policy on the volume of funding for the municipalities operating in the Gaza Strip (Field study: Gaza Municipality, Khan Younis and Rafah). *Master Thesis.* The Islamic University of Gaza, 2019; K. M. HEGAZY, The Limits of the Authority of Local Authorities to Impose Fees and Means of Control in the Palestinian Legislation - Analytical Study Compared of Provisions Islamic Sharia. *Master Thesis.* The Islamic University of Gaza, 2020.

amendments to suit their interests and goals by issuing many military orders to determine the work of the municipalities. In addition, it transferred many powers of the central authority related to municipalities to the internal officers of the military government to tighten control over the work of the municipalities and limit their independence and development.

Among the most important orders related to the organization of the local authorities is Order No.194, issued by the military commander of the West Bank in 1967. According to the Order, the powers that the 1955 Municipal Administration Law conferred on the governor and the Minister of Interior were transferred to the official appointed by the Israeli commander for the West Bank region. Since then, these powers have been given to the head of the Israeli administration and services department, who relied on the internal officer specializing in municipal affairs. The internal officer, an Israeli with a military rank, has become the dominant official of the Palestinian local authority bodies. Thus, the Palestinian local authorities lost complete independence in the service and executive powers granted to them under the previous occupation laws, causing the local authorities to reach their worst state.

In 1968, Military Order No.197 was issued authorizing the military authority to monitor the Palestinian local authorities' annual and monthly budgets to prevent them from spending any money. Thus, the military order specified the structure of the local authorities in the West Bank and Gaza Strip, denying them even the provision of simple services despite the population increase in these areas. In 1972, municipal elections were held in the West Bank. Behind these elections, the Israeli occupation was aiming to bring pro-Israel heads and municipal councillors who can be dealt with as an alternative to the Palestine Liberation Organization. However, the result of the election was the opposite. Candidates loyal to the national line resisted and rejected the occupation procedures and dictates.

In 1980, the occupation authorities decided to cancel the municipal elections. This decision, implemented in 1982, created the so-called civil administration of the occupation authorities. The municipal leaders were expelled and dismissed, and many municipal councils were replaced by specific municipal committees, some of which were headed and run by Israeli officers. In 1987, the popular Palestinian uprising erupted, worsening the economic and social conditions of the country. The role of the municipalities and municipal committees appointed by the occupation increased, and the municipalities became completely paralyzed, which brought the role of municipalities and local bodies to the worst condition.

The situation remained until the Palestinian Authority came into power in 1994. New municipalities were created in the Gaza Strip, supervised by the Palestinian Ministry of Local Government. Currently, their number has reached 25 municipalities distributed by governorates. Since taking over control in 1994, the Palestinian Authority has found itself facing a heavy legacy of regulations, laws, and military orders, including those related to local authorities. That explains the first decision of the President of the Palestinian National Authority at that time, the late President Yasser Arafat, to declare the implementation of Law No.1 of 1994. This declaration meant the continuation of the laws, regulations, and orders that were in effect before June 1967. After the formation of the Legislative Council, these laws and other laws issued since 1994 were unified. Among these laws were the Local Authorities Law No.1 of 1997 and the local elections law issued in 1996. This period witnessed a major and rapid shift towards modern local government systems and the subsequent establishment of new local bodies. Seventy-eight (78) new municipalities were created.

In the era of the Palestinian National Authority, the local government sector witnessed a significant quantitative increase, where the number of municipalities increased four times to 108, and there were 334 village councils. The local government sector is the second largest after the government sector. The

Palestinian Authority did not hold local elections from 1994 until the beginning of 2005. It simply continued the policy of appointment to the local bodies during that period. In 2005, legislative and local elections were held in all parts of the country. In 2006, the Palestinian political division occurred, which disrupted the legislative and municipal elections until 2012. Elections for local authorities were held in the West Bank in October 2012, with the latest elections in May 2017. No elections were held in the Gaza Strip. The legislative and local elections have remained stalled until now.

In general, the Palestinian local authorities have witnessed a great development compared to previous periods. However, political and economic obstacles, closure of crossings, lack of geographical communication, and repeated attacks by the Israeli occupation represent the real obstacles to the development of municipalities and impede the development and improvement of services and performance of the Palestinian local authorities. The total number of local authorities in the Palestinian territories is 407, including municipal councils, local councils, village councils, project committees, and camp managers. Most of them (374 local authorities) are in the West Bank, with 33 local authorities in the Gaza Strip, of which 25 are municipalities and the rest are camps.

4. The Objectives of Local Authorities

Municipalities are recognised as a local administration that takes care of life and development affairs that directly affect the lives of the residents and strengthen cooperation between governmental and popular efforts in providing services and benefits for people. This function is considered one of the most important foundations for the existence of local administration or municipalities. According to the reasons for the establishment of local administrations, the following are the objectives in the context of Palestinian local authorities as discussed in the studies of¹⁸.

18 M. E. AL-ATRASH, (2020). The impact of Diversity Management of Organizational Dimensions of Human Resources on the Organizations Performance - A Case Study of the Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; R. S.

4.1 Political Objectives and Challenges

The political goal is set based on local administrations being established and formed on the basis of elections, which achieving administration democracy. This achievement can be verified in the local administration legislations in several countries where local administration is considered the ideal school for democracy. This idea arose because citizens were involved in the management of their local units and trained on the origins of political work and self-governance. Supporting national unity and achieving national integration. The central governments could eliminate any independent trends or tendencies of the regions, cities, and other local administration units through the elections of local administrators. Strengthening the state's political, economic, and social structure. The local administration aims to achieve this by distributing the competencies instead of focusing them on the capital. The distribution would show its effect when the states are exposed to domestic or foreign crises and difficulties. Shielding against political crises. The municipal system is a bulwark shield against the political crises that the country is going through, such as wars, revolutions, and coups. Because the central system is disrupted in such

SABBAH. Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; A. N. AL-AKHRAS. Re-engineering administrative processes and their role in improving the quality of services in the municipalities of Gaza governorates. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017; I. M. Sheikh Eid. The Extent of the Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; B. A. SHURAB. Evaluating The Effect of Incentives System on Employees Performance Level in The large Municipalities of Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; Z. A. ABU FREYA. Factors Affecting the Development Projects in Gaza Strip Municipalities (case study Beit Lahiya municipality). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; M. K. KUHAİL. The Extent of Accounting Education Compatibility with the Requirements of the Labor Market Field study: Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019; M. S. AL-SAWAFIRI. The Impact of Applying Electronic Management (E-Management) on the Organizational Development from the Perspective of the Municipality of Gaza Employees. *Master Thesis*. Al-Aqsa University-Gaza, 2020; F. DAMAYRA, & T. KHATIB. Assessment of innovation policy standards' impact on local development of renewable energy in Palestinian local government units. *Renewable Energy*, 187, 2022, 177-192. M. H. M. DALLOUL, Z. B. IBRAHIM, & S. T. URUS. Accounting Information Systems and Financial Crises: Insights into Local Governments. *P.A. Persona e Amministrazione*, 12(1), 2023, 677-705.

cases, the administration is disturbed, activity stops, and chaos reigns, even though the local administration continues to provide its services.

Although these political goals have been dealt with in the context of studies related to the Palestinian local authorities, but in light of the unstable political conditions of the Palestinian case, the absence of a fully sovereign state, and the continuation of the Israeli occupation of the Palestinian lands, the importance of local governance, local administration, or the municipal system appears. This system has proven its effectiveness, for example, in the siege and repeated wars on the Gaza Strip, as well as the internal Palestinian political division that disrupted the work of the Palestinian central government and rendered it incapable of performing its tasks. Local administrations were still able to provide services and preserve the Palestinian social fabric. Palestinian municipalities occupy an important place in the Palestinian administrative system, and are an essential part of the political and governmental structure in the Palestinian territories. However, Palestinian municipalities face many challenges that affect their ability to achieve political goals. It is important to note that the Palestinian situation is unique due to the complex political dynamics and the ongoing Israeli occupation of the Palestinian territories. In light of the Palestinian situation, municipalities face challenges in achieving democratic administration due to the political and economic conditions in the Palestinian territories. The local elections were affected by the faltering peace process and the instability of the political situation in the region. The municipal elections were delayed for a long time, which led to the deterioration of the democratic situation in the municipalities. Theoretically, local administrations can contribute to strengthening democracy by involving citizens in decision-making processes and by providing opportunities for political participation. However, the current situation in the Palestinian territories faces challenges in achieving this goal. The political landscape is heavily influenced by the Israeli occupation, which limits the ability of the Palestinians to exercise full control over their local go-

vernance. In addition, internal Palestinian political divisions affected the work of local administrations and hindered the development of a unified democratic system. However, there are ongoing efforts to enhance local participation and democratize administration in Palestinian municipalities. Local administrations can play a role in strengthening national unity by providing services and meeting the needs of their communities.

Palestinian municipalities suffer from challenges resulting from the political division between the West Bank and Gaza Strip, as well as different political ideologies. This division greatly affected the achievement of national unity and national integration in the Palestinian municipalities. Municipalities in the West Bank and Gaza Strip face difficulties in cooperating and coordinating effectively, which negatively affects their ability to achieve common goals and promote national integration. The absence of a unified Palestinian state and continued Israeli restrictions on movement further complicate efforts to achieve national integration through local administrations. Distributing competencies to local administrations can contribute to strengthening the political, economic and social structure of the Palestinian territories. By decentralizing power and resources, local administrations can meet the specific needs of their communities, promote economic development, and provide basic services. However, the Israeli occupation significantly restricts the control of the Palestinian Authority and impedes the full implementation of this goal. Limited control over borders, resources, and trade prevents the ability of local administrations to exercise their full potential in strengthening the state structure. Palestinian municipalities are affected by many factors such as the Israeli occupation, economic restrictions, political conflicts, and deteriorating living conditions. Municipalities suffer from a lack of resources and capacities, which hinders their ability to provide basic services and achieve sustainable development. Local administrations can indeed provide a level of stability and continuity during political crises, as they can continue to provide basic services even if the cen-

tral system breaks down. However, the Palestinian territories have been subjected to long-term political crises resulting from the Israeli occupation of the Palestinian territories, including wars, uprisings, and territorial disputes. These crises often affect both central and local administrations, as security measures, movement restrictions, and limited resources affect the ability to deliver consistent services and maintain stability. Palestinian municipalities live in a politically turbulent region, where they face major security and political challenges. The Israeli occupation and internal conflicts pose a threat to the political and security stability in the Palestinian municipalities. Despite this, the Palestinian municipalities play an important role in providing basic services and maintaining life activity in light of the political crises.

Palestinian municipalities face numerous challenges in achieving the aforementioned political goals. However, efforts to consolidate democracy, enhance national unity, and strengthen the political, economic, and social structure of Palestinian municipalities must be supported by strengthening local participation, providing the necessary resources, and enhancing cooperation and coordination between municipalities in the West Bank and Gaza Strip. The unique circumstances of the Israeli occupation of the Palestinian territories greatly shape the performance and effectiveness of local administrations in the Palestinian territories. Achieving the goals depends largely on resolving core political challenges, ensuring self-determination, and addressing the complex dynamics affecting local governance in the region.

4.2 Administrative and Economic Objectives and Challenges

Achieving administrative efficiency and eliminating bureaucracy. The local administration provides citizen satisfaction, where it works under the supervision of the people through local councils that determine services and supervise their management. The effectiveness and efficiency of the local administration are combined with the efficiency of services management and the functions they perform. Promoting popular efforts. In addition to the govern-

ment's efforts to work together in the various activities aimed at developing the local community, the LAs take into account the different places, the difference in the population, and thus the different needs. The involvement of the population in the management of the local unit increases the sense of responsibility, which achieves cooperation, the accomplishment of projects, and the required goals. The transition of responsibility to local administration reduces the levels and channels of decision-making. Avoiding standardization of performance at the state level. This standardization is considered a defect of the central administration due to the differences in the local environment. Therefore, the LAs should have the flexibility to change performance patterns from one local unit to another according to the nature of the unit, its size, and the needs of its people. Bringing the consumers closer to the products in relation to local services. Saving expenses, time, speed of completion in providing services, the accuracy of their implementation, and the integrity of their procedures. Providing local sources, thus reducing the burden on the central state treasury. Stimulating the national economy and creating local economic activity. Carrying out economic projects launched from the reality of local communities and working to develop the exploitation of the available natural resources. Thus, LAs work to develop and advance local communities and consolidate the concept of local development.

These administrative and economic goals were dealt with in the context of the literature of the Palestinian local authorities. In the Palestinian context, the Palestinian local authorities are trying hard to achieve these goals. These administrative and economic goals reflect the aspirations of the local administration to improve local services and promote local development. However, consideration must be given to the current situation of Palestinian municipalities and the challenges they face in achieving those goals. Palestinian municipalities face many challenges in achieving administrative efficiency due to political, economic and social factors. Limited autonomy restrictions and Israeli in-

terference in Palestinian affairs could affect the ability of municipalities to make independent decisions and implement administrative reforms. Furthermore, limited resources, capacity constraints, and political instability hamper the ability of municipalities to streamline administrative processes. Efforts should be made to enhance coordination, improve training and capacity-building programmes, and simplify bureaucratic procedures to achieve administrative efficiency. Citizen participation and involvement in local decision-making processes are crucial for effective governance. However, the current political context, including the Israeli occupation and restrictions on Palestinian autonomy, presents challenges to the full implementation of participatory approaches. Empowering local councils and community organizations can help strengthen grassroots efforts, encourage civic engagement, and create platforms for collaboration between residents and local administrations. For example, the Palestinian political division and instability can affect the municipalities' ability to involve the local population in the decision-making process.

Municipalities are exposed to political, social and economic pressures, and this may affect the sense of responsibility and cooperation between residents and municipalities. Given the unique circumstances and diverse needs of different Palestinian municipalities, it is important to avoid a one-size-fits-all approach to governance and service delivery. Flexibility must be exercised to adapt performance patterns to the specific characteristics and requirements of each local unit. This can be achieved through decentralization, enabling municipalities to tailor their strategies and policies to better deal with local challenges and opportunities. Palestinian municipalities suffer from Israeli restrictions and interference that prevent them from achieving flexibility in changing performance patterns according to the needs of local municipalities. It is not possible for municipalities to apply different strategies and development plans that are commensurate with their specific needs. Enhancing accessibility and proximity to local services is critical to ensuring citizen satisfaction and efficient de-

livery of services. Palestinian municipalities should focus on improving infrastructure, transportation networks, and communication channels to bridge the gap between service providers and consumers. This may be particularly difficult in areas affected by movement restrictions and limited resources, but efforts must be made to prioritize community needs and find innovative solutions to overcome these barriers. Palestinian municipalities face difficulties in providing local services due to the restrictions imposed on them, which affects their ability to adequately meet the needs of local consumers. Palestinian municipalities often operate under financial constraints due to limited resources and restrictions on economic development. In such circumstances, it is necessary to improve resource allocation, reduce unnecessary expenses, and streamline service delivery processes. Investing in digital solutions and leveraging technology can help automate administrative tasks, improve service efficiency, and enhance execution accuracy.

The Palestinian infrastructure needs major improvements and investments to meet the growing needs. Municipalities have been severely affected by the Israeli occupation, and thus the rapid and effective implementation of improvement projects can be a challenge. Palestinian municipalities face major financial challenges, with limited sources of income and dependence on foreign aid. Developing local revenue streams, such as taxes, fees, and local economic initiatives, can help reduce the burden on the central state treasury and promote local autonomy. However, the Israeli occupation and control of economic resources are barriers to the full realization of this objective. Efforts should be made to advocate for economic empowerment and the development of sustainable local economies. The current political and economic conditions in Palestine, including restrictions on movement and trade, heavy dependence on international aid, limited access to resources, and market constraints, pose significant challenges to stimulating the national economy and enhancing local economic activity. To address this, Palestinian municipalities can give priority to

supporting small and medium-sized enterprises, promoting entrepreneurship, and utilizing available natural resources to develop local industries. Cooperation between municipalities, private sector players and international partners can also play a critical role in attracting investment and promoting economic growth.

4.3 Social Objectives and Challenges

Linking the central building to the grassroots base. Achieving social justice. Social justice can be achieved through sharing power with the government and returning local fees and taxes to local utilities. Thus the local communities would obtain a direct benefit from these collected funds. Unifying the community. The elected municipality is like the mind of the body. It organizes the movement of unity, manages activities, realizes the desired interests, and links the base to the summit. Launching a spirit of competition between the different local units, arrogating individual concerns, and intensifying efforts to make the various local projects successful. Responding to the natural instinct. Local administrations respond to the natural instinct because human history confirms that small groups are ahead of their social life from the state and have been managing themselves. Reducing pressure on the government with regard to local affairs. Deepening confidence in human beings and human values through the freedom of the individual and respect for his dignity. Reducing the effects of the isolation imposed by modern civilization on individuals after expanding the scope of modern organizations.

The aforementioned social goals have great relevance to the current situation and conditions of the Palestinian municipalities. All of them aim to achieve social development and progress for local communities. However, it is important to note that the Palestinian context is complex, with unique challenges and constraints due to the ongoing Israeli occupation of the Palestinian territories. We must bear in mind that Palestinian municipalities face significant challenges that affect their ability to fully achieve these goals. The Palestinian

municipalities are a local governance platform that deals directly with the daily issues and needs of the population in the Palestinian areas. However, there are significant challenges facing Palestinian municipalities, including fiscal deficits and strong reliance on external funding. This may negatively affect the ability to fully achieve this goal. In the Palestinian context, establishing strong links between central governing bodies and grassroots communities is crucial. They help ensure that communities' needs and concerns are communicated and addressed effectively. However, the Israeli occupation and restrictions on movement can present challenges to this goal, as they may limit the ability of municipalities to engage directly with the grassroots. Efforts must be made to overcome these obstacles and strengthen meaningful connections. Palestinian municipalities suffer from great economic and social challenges, and they face difficulty in sharing power and providing public services in a fair and balanced manner. This reinforces an urgent need to promote social justice and channel resources and opportunities in a way that promotes equality and improves the lives of people in local communities. Social justice is an essential aspect of building a just and equitable society.

In the case of Palestinian municipalities, achieving social justice requires addressing the disparities created by the occupation and ensuring that resources and opportunities are distributed fairly. This includes sharing power with the Palestinian government and returning local fees and taxes to local utilities, which can help empower communities and contribute to their well-being. Palestinian municipalities are experiencing challenges in achieving unity and solidarity due to the difficult political and economic conditions that Palestinians face. Strengthening organizational capacity and providing more opportunities for community participation can contribute to strengthening unity and cooperation between citizens and local institutions. Unity is necessary for Palestinians to effectively address their challenges and work towards common goals. Elected municipalities can play a vital role in organizing and mobilizing communities,

promoting cooperation, and fostering a sense of belonging. However, the internal Palestinian political division, as well as internal political rivalries, at times hindered efforts to achieve unity. Overcoming these divisions is crucial to realizing the municipalities' potential as unifying forces. Palestinian municipalities suffer from financial constraints and limited resources, which makes it necessary to enhance the spirit of competition between local units and intensify efforts to realize local projects. This can be achieved by enhancing cooperation and exchanging experiences between municipalities and providing financial and technical support for successful projects. Promoting healthy competition among local units can drive innovation and motivate municipalities to strive for success in various projects. However, in the Palestinian context, resource limitations, movement restrictions, and lack of control over land and natural resources due to occupation can pose challenges to this goal. Efforts should be made to create an enabling environment that allows municipalities to compete on an equal footing and supports their development initiatives. The history of the Palestinian struggle proves the great ability of local communities to organize themselves and manage their social and economic affairs. However, current and complex circumstances, including occupation and political division, place limits on this capacity. Therefore, the goal can be achieved by strengthening local governance and enhancing community participation. The desire for self-government and management of local affairs is inherent in human nature. Palestinian municipalities have the ability to respond to this instinct by taking responsibility for local governance and decision-making. However, the Israeli occupation restricts the autonomy of Palestinian municipalities, and they often face challenges in fully realizing their aspirations for autonomy. Advocacy for increased autonomy and capacity building initiatives can help overcome these obstacles.

The Palestinian government suffers from many systemic challenges, and needs to allocate limited resources to meet them. By achieving specific social

goals at the local level, the pressure on the central government can be reduced and its ability to focus on the most pressing and complex issues can be improved. Effective local governance can reduce the burden on the central government by decentralizing decision-making and enabling municipalities to address local issues. In the case of the Palestinian territories, where the central government faces many challenges due to the occupation, empowering municipalities to take on more responsibilities can help relieve pressure and improve service delivery at the local level. Palestinian municipalities are considered the ideal platform for promoting confidence in the human being and respecting his dignity. This is achieved through empowering the individual, encouraging community participation, and providing the necessary services to citizens. However, difficult circumstances and economic challenges are an obstacle to fully achieving this goal. Respect for individual dignity and promotion of freedom are essential elements for building confidence in human values. In the Palestinian context, where occupation and conflict have created a sense of insecurity and vulnerability, it becomes even more important to prioritize and uphold human rights and dignity. Palestinian municipalities can contribute to this goal by ensuring that their policies and practices promote human values and protect the rights of individuals within their jurisdictions.

Palestinian municipalities face challenges in facing the effects of isolation and isolation resulting from modern social and technological developments. Municipalities can play a role in enhancing communication and social communication and providing opportunities for participation and human communication, which contributes to alleviating this isolation and enhancing communication between individuals. The expansion of modern organizations and systems can sometimes lead to feelings of isolation and detachment from society and traditional values. Palestinian municipalities can serve as platforms to reconnect individuals with their communities, preserve cultural heritage, and foster a sense of belonging. By encouraging community engagement and participation,

municipalities can help mitigate the effects of isolation imposed by modern civilization and promote a sense of community cohesion. In conclusion, while the social objectives described are relevant to the current situation of Palestinian municipalities, it is important to recognize the unique challenges and constraints posed by the Israeli occupation. Overcoming these obstacles requires a multifaceted approach that addresses the political, economic and social dimensions, along with continuous efforts to defend the rights and independence of Palestinian municipalities. Taking into account the current challenges, achieving these social goals requires strengthening local capacities and providing the necessary support from the international community and stakeholders, including strengthening domestic financing, improving infrastructure, and providing sustainable economic opportunities.

5. Functions and Duties of Local Authorities

Today, municipalities conduct many activities of great importance. Thus, they have a great role in public life because they coordinate and organize the work among the public within the cities, which elevates society's welfare.¹⁹ referred to general principles for distributing the tasks and competencies of the local administration. The tasks mainly relied on the municipalities to provide their services in several aspects, including basic services and services involving the social nature of development and cultural development. The following is a description of those aspects in light of studies from the Palestinian context²⁰.

19 M. A. GHONEIM. The role of computerized management information systems in the decision-making process in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2004.

20 M. K. KUHAIL. The Extent of Accounting Education Compatibility with the Requirements of the Labor Market Field study: Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019; I. O.-A. TAMOUS. The Relationship Between Administrative Empowerment and Organizational Commitment in The Major Local Governments in Gaza Strip. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2015; M. S. AL-ASSAR. The Municipalities and Local Sustainable Development in Gaza Strip, Reality and Impediments. *Master Thesis*. Al-Aqsa University and the Academy of Management and Politics, 2015; M. B. AL-NAJJAR. Impediments of Performance Appraisal Implementation of Employees In The Local Authorities In Gaza Strip Governorates. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2013; I. M. SHEIKH EID. The Extent of The Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic

The basic services provided by the municipalities appear in the form of specific projects, such as rebuilding and constructing infrastructure projects, building and paving roads, carrying out projects for treatment and recycling of solid waste, organizing parking lots and markets, supervising slaughterhouses and butcher shops, ensuring people's health and safety, licensing and organizing crafts and industries. In addition, municipalities implement housing projects to provide a healthy and social climate acceptable to groups of the population, especially those with limited incomes. They also establish industrial zones and provide the necessary services to these zones to encourage investors and increase economic activity in the region. As such, they help find job opportunities for the population and reduce migration to cities.

As for the social services and the local developmental nature, they are represented in improving the services provided to the public, building service complexes, building schools, establishing public parks and gardens and caring for them, and reviving traditional industries that almost disappeared in the local areas. Creating public libraries, establishing multi-purpose educational cultural centres, and revitalizing tourism with the aim of reviving its regions are also part of the municipality's social services. Other services provided by the municipalities include, helping popular participation, within limits permitted by the state, in planning, managing, and implementing projects and services. This municipality service leads to the creation of a type of satisfaction and responsibility, especially since the residents of each region have different opinions on the type of projects and services implemented and provided to them. Provi-

University of Gaza, 2007; A. N. AL-AKHRAS. Re-engineering administrative processes and their role in improving the quality of services in the municipalities of Gaza governorates. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017; M. F. AL-MAGHARI. The Role of Administrative Control in Achieving of Total Quality in the Palestinian Local Authorities in the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; D.NAKISBAEV & N. DUGALICH. Introduction of digital platforms to State and Municipal administration: opportunities for regulation and transformation of social services for the population. *12*(3), 2022, 133-143; F. DAMAYRA & T. KHATIB. Assessment of innovation policy standards' impact on local development of renewable energy in Palestinian local government units. *Renewable Energy*, 187, 2022, 177-192.

ding the opportunity for the different nationalities and ethnicities in the state to manage their affairs themselves within the general policy of the state, thus alleviating the tensions in the state. Providing basic information to the central government and assisting it in the national development planning, especially as this information will be closer to reality than the information obtained by the central government agencies. The municipalities also assist in training the citizens on the affairs of governance and administration of their regions. This assistance enables the central government to find trained cadres to work and participate at the national level in the future. Expediting decision-making by workers in local areas instead of returning to the central government, which saves time and effort. This service leads to faster and more efficient completion of business and projects. Finding solutions to local problems characterized by realism and creativity. Enabling the central government to devote itself to issues of general concern to the state and to policies and decisions of a national character, rather than wasting time and effort on issues that can be solved at the local level.

The municipalities have an active role in serving the citizen because they provide many services to their community. Similarly, the Gaza Strip municipalities provide many and varied services related to many fields, including economic field, service, health, environmental, and social. Article No.15 of the Local Authorities Law of 1997 defined the tasks of the various local authorities. Under this article, the functions and powers of the municipality are characterized as works of a general nature or a public benefit. Those services can be clarified as follows according to²¹. Planning the town and the streets. Planning the town

21 Palestinian Official Gazette. Law No. (1) of 1997, Concerning Palestinian Local Authorities. *Palestinian Official Gazette*(20), 1997, 5-34; A. N. AL-AKHRAS. Re-engineering administrative processes and their role in improving the quality of services in the municipalities of Gaza governorates. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017; F. M. SALIM. The effect of applying the cash basis on the significance of accounting information for decision makers in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. The Islamic university of Gaza, 2007; R. S. SABBAAH. Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; H. M. BAKIR. Obstacles in the achievement of the major

and streets includes opening streets, cancelling and amending the streets, setting their width and integrity, paving the streets, establishing their sidewalks, maintaining, cleaning, lighting, and naming or numbering the streets. In addition, the municipalities should beautify and number their buildings, plant trees and other plants, prevent the plants from overtaking the buildings. Issuing building permits and monitoring construction projects. This service allows the municipalities to determine the location of the buildings, demolish and repair existing buildings or change their shapes, install electric elevators and create shelters. It also allows the municipalities to issue licenses for conducting these works. The municipalities can determine the ratio of the building area to the area of the land it is intended to be built on and ensure that health conditions are satisfied according to whether the building is for housing, commercial, industrial, agricultural, or tourism purposes. Establishing water distribution networks. These networks are necessary to supply the population with potable water for consumption or other uses. The municipalities set the specifications for the networks (e.g., meters and pipes), organize their distribution, determine their prices and subscribing fees, and prevent contamination of springs, canals, basins, and wells. Providing the population with electricity and setting consumption prices and subscription fees, not exceeding the upper limit set by the Ministry. Establishing sewage and water drainage networks and other related purification stations. The municipalities also establish, manage, and monitor

municipalities of the Gaza Strip for their services during emergency situations. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2016; K. M. HEGAZY. The Limits of the Authority of Local Authorities to Impose Fees and Means of Control in the Palestinian Legislation - Analytical Study Compared of Provisions Islamic Sharia. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; A. T. SHEHADE. The Impact of Applying Occupational Health and Safety Assessment Series OHSAS 18001 on the Organizational Citizenship Behavior (A field study on the major municipalities In Gaza Strip). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019; A. M. AL-ARQAN. Limits of Administrative Guardianship over the Work of Palestinian Local Authorities - A Comparative Analytical Study with Islamic Jurisprudence. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2022. M. H. DALLOUL, Z. BINTI Ibrahim, & S. TAJUL URUS. The Impact of Quality Dimensions of Accounting Information System Success on the Effectiveness of During-Financial Crisis Management: The Mediating Role of System Usage in a Government Sector Context. *Asian Economic and Financial Review*, 13(1), 2023, 18-48.

public latrines. Regulating and establishing public markets. This service includes designating the types of goods sold in the markets and prohibiting their sale outside the markets. Organizing crafts and industries. The municipalities establish the industrial areas and assign special places for each type of craft and industry. They also monitor shops and businesses that are worrisome or harmful to public health. Collecting, transporting, destroying, and organizing waste and waste products from streets, homes, and public shops. Taking all necessary precautions and measures to preserve public health and prevent epidemics among people. The municipalities monitor dwellings and other premises to ensure that their wastes are discharged regularly. They also monitor public stores to ensure the hygiene of sanitary wares. They take measures to exterminate mosquitoes and other insects and control harmful pests and reptiles. In addition, the municipalities establish and organize slaughterhouses, examine animals and poultry intended for slaughter, monitor their slaughter and disposal of their remains, and designate sites to sell the products, taking precautions to prevent animal-related diseases. They also monitor the production and sale of bread, fish, fruits, vegetables, and other foodstuffs and take measures to prevent fraud and spoilage of the products. The municipalities also set the prices of these products to combat high costs in coordination with the relevant government agencies. Establishing ambulance centres, clinics, hospitals, and other health institutions and monitoring them in coordination with the relevant government agencies are also part of the responsibilities of the municipalities. Organizing and monitoring public shops, such as restaurants, cafes, clubs, stadiums, acting houses, cinemas, and other public clubs. The municipalities set their opening and closing times and collection of fees from ticket sales. Establishing, controlling, regulating, organizing, and monitoring public spaces, e.g., squares, gardens, parks, baths, swimming pools, ponds, lakes, and on the coast of the state under their jurisdiction. Taking precautions against natural and other disasters. The municipalities need to take precautions to face the dangers

of torrents, floods and other natural disasters, prevent fires, control fuel and burning materials, and provide relief for the afflicted. Establishing and monitoring cultural and sports institutions, such as museums, public libraries, schools, and cultural, sports, social and music clubs in coordination with the relevant government agencies. Establishing, designing, and organizing land and maritime means of transportation in cooperation with the Ministry of Transport and Communications. This service also includes organizing the parking areas for the transport vehicles within the boundaries of the local authority. Hence, the municipalities monitor and control boats and ships operating in the waters of the local authority's area in coordination with the relevant government agencies. They also prepare the traffic plan and specify the traffic directions for all streets, whether inside the city or at its main entrances, Monitoring and organizing street vendors, porters, stairs, and parasols. Monitoring and imprinting weights and measures of goods sold wholesale in the public markets. Monitoring and organizing billboards and advertisements. Demolishing buildings that are feared to fall or are harmful or that cause harmful foul odours, after warning the owner, occupant, or the person responsible for them. Selling of road waste used for public projects or their exploitation. Preventing begging by constructing shelters for the needy and monitoring fundraising activities in public places. Establishing and abolishing cemeteries, setting their locations and specifications, transporting and burying the dead, organizing funerals, and preserving the sanctity of graves in coordination with the relevant government agencies. Monitoring and organizing hotels and public lodges. Monitoring animals used in transport and traction, organizing markets for the sale of animals and livestock, and prohibiting their sale outside these markets. The municipalities also monitor dogs, regulate their possession and licensing, prevent dangers to the citizens, and eliminate stray or obscene dogs. Adopting the annual budget and the final accounts and staffing table before it is sent to the Ministry for approval. Managing the Local Authority's funds and properties by erecting neces-

sary buildings, renting and mortgaging them for a period not exceeding three years, and accepting gifts, bequests, and donations. Allowing the extension of communication networks in the streets of the municipality.

The broad functions and duties of Palestinian local authorities, as they have been described, indicate that they play a critical role in providing basic services and developing infrastructure at the local level. However, there are several factors that contribute to the potential for financial crises in the Palestinian localities and the need for strong financial crisis management. Palestinian local authorities often face financial constraints due to limited sources of income and dependence on foreign aid and government grants, which may be inconsistent or insufficient to cover the costs of providing basic services and implementing development projects. The Israeli occupation, political instability, and restrictions on access to resources impede economic development and impede the generation of sufficient domestic revenues. The political situation in Palestine presents significant challenges for the local authorities. Political divisions and conflicts create instability, making it difficult to implement long-term development plans. Management shortcomings and capacity gaps may exacerbate financial management problems. Political instability, administrative restrictions, and the Israeli occupation can disrupt municipal operations, hinder revenue collection, and impede economic development. These challenges could undermine the financial stability of local authorities. Local authorities rely heavily on transfers from the Palestinian Authority and international donors to finance their operations. However, these revenue streams can be unpredictable, subject to delays or interruptions, and often fail to meet the growing needs of local communities. Palestine shows economic disparities between urban and rural areas, as well as between regions with different levels of development. Local authorities in less developed regions face challenges in generating sufficient revenues and meeting the needs of their populations, which leads to a potential financial crisis, as some areas suffer from high rates of poverty and unemploy-

ment. The Palestinian territories are highly dependent on foreign aid, which can be volatile and subject to geopolitical factors. Cuts in aid or delays in disbursement can have dire consequences for local authorities, leaving them vulnerable to financial crises. Municipalities' responsibility to develop and maintain infrastructure, including roads, waste management facilities and public utilities, requires significant investment. Funding such projects can strain local authorities' finances, particularly when they are faced with limited revenue streams.

Given these factors, the urgent need for Palestinian local authorities to have a robust financial crisis management system becomes apparent. Effective financial crisis management can help mitigate the impact of financial challenges and maintain the provision of essential services. Below are some of the reasons why it is important as well as some key considerations. Strong financial crisis management enables local authorities to maintain the provision of essential services, even during periods of economic uncertainty. It ensures that vital services such as waste management, infrastructure maintenance, and health and safety systems continue uninterrupted, benefiting the local population. Effective management of a financial crisis involves actively seeking alternative sources of revenue. Local authorities can explore partnerships with the private sector, seek grants and donations, and encourage local economic development to diversify their sources of revenue. This reduces dependence on government transfers and grants, making municipalities more financially flexible. Effective financial planning, including realistic budgeting and expenditure control, is critical to local authorities. This involves setting priorities, improving resource allocation, and ensuring transparency and accountability in financial management. Strengthening the capacity of local authorities in financial management through training programs and technical assistance can enhance their ability to effectively face financial challenges. Local authorities should seek partnerships with national and international stakeholders, including development agencies,

NGOs and private sector entities, to gain access to additional resources, technical expertise and investment opportunities. Implementing robust financial control systems and mechanisms for internal and external oversight can help identify potential financial risks and ensure compliance with regulations and standards. A robust financial crisis management system promotes transparency and accountability in financial practices. Implementing strict financial controls, reporting mechanisms, and audits helps prevent mismanagement of funds, corruption, and fraud. It enhances public confidence in the financial management of local authorities. Local authorities should put in place contingency plans and risk management strategies to anticipate and mitigate potential financial crises. This includes creating emergency funds, diversifying investments, and adopting proactive measures to counter economic shocks. Palestinian local authorities can engage in advocacy efforts to raise awareness of financial challenges and seek increased support from the international community. This may include lobbying for equitable allocation of resources and advocating for policies that promote sustainable local development. Palestinian local authorities can benefit from cooperation with national government agencies, international organizations and donor agencies to develop and implement financial crisis management strategies. This collaboration can provide technical expertise, financial assistance and capacity building support to enhance the financial resilience of local authorities. In conclusion, the broad tasks and duties of Palestinian local authorities, while important in providing basic services, coupled with the unique challenges they face, increase the potential for financial crises. Therefore, it is imperative for Palestinian municipalities to prioritize robust financial crisis management, which includes various strategies and measures, necessary to face these challenges and ensure sustainable development and well-being of local communities in Palestine. To ensure stability of essential services, efficient allocation of resources, and long-term financial sustainability.

6. Characteristics of Local Authorities in Palestine

The political, economic, financial and social circumstances that rocked the Palestinian reality led to the appearance of the effects of those conditions on the personality of the local administrations in Palestine, whether on the level of the characteristics or obstacles faced according to the following²². Their strong association with and dependence on the central authority for their budget and policy, in general, weakened their role in planning community development. Their failure to meet the needs of the citizen and society leads to a lack of confidence between them, the local government, and society. There is a lack of administrative and financial regulations and policies that regulate the organization of their internal affairs, their functions, and their relationship with the central government and the Ministry of Local Government. They have unqualified human capabilities. Therefore, they need better technical and vocational training. There is a restriction on the financial returns of the municipalities, limiting their role in providing basic services to the population. Therefore, interest in the population has not expanded economically, socially, developmentally, and other aspects. Their councils were appointed and not often elected. The successive central governments resorted to the appointment system in an attempt to link the local government sector to them. Moreover, the central government used them to serve its political programs and prevent the arrival of

22 S. S. A. ABU AMIRA. The role of local government environmental guidance unit in the development of environmental values in Gaza governorates. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2014; I. M. SHEIKH EID. The Extent of the Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; R. R. AWAD. Obstacles of Geographic Information System Implementation in Gaza Strip Municipalities-Palestine. *Master Thesis*. Palestine: The Islamic University of Gaza, 2010; R. S. SABBAAH. Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; M. A. ABU RAHMA. The availability of the components of applying the activity-based budgeting system (ABB) in the municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2008; F. M. SHALLAH. The extent to which the zero-based budget can be applied in the municipalities of the Gaza Strip - an applied study on the Gaza municipality. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2009. M. H. DALLOUL, Z. BINTI IBRAHIM, & S. TAJUL URUS. The Role of the Accounting Information Quality in Pre-Financial Crisis Management at Palestinian Government Universities. *International Journal of Academic Research in Accounting, Finance and Management Sciences*, 12(1), 2022, 64-78.

non-loyal parties from taking over the authority of the local government sector.

Palestinian municipalities are largely unique with these characteristics, given the political, economic and social conditions that afflict the Palestinian reality. These characteristics come together to form unique challenges that affect the character of local administrations in Palestine. Palestinian municipalities rely heavily on the central authority for their budget and policy decisions. This dependence impairs their ability to self-plan and implement community development projects, as their actions are often constrained by the priorities and decisions of the central government. The failure of municipalities to meet the needs of citizens leads to a lack of trust between them and the local government and society. The inability to provide basic services and infrastructure improvements arouses citizens' resentment and negatively affects the relationship between municipalities and society. Due to various factors, including limited resources and political constraints, Palestinian municipalities sometimes struggle to effectively meet the needs of their citizens. This can lead to mistrust between the local government and the community, undermining their relationship and hampering the delivery of essential services. The absence of comprehensive administrative and financial regulations and policies that regulate the internal affairs of municipalities and their relationship with the central government and the Ministry of Local Government hinders their ability to function effectively. This lack of clear guidelines can lead to confusion, incompetence, and potential conflict. This deficiency affects the effectiveness of the local administration and its ability to effectively meet the needs of citizens. Municipalities in Palestine often face challenges in terms of human resource capacities. Inadequate technical and vocational training may hinder the skills and expertise required to administer and administer local government effectively. Investing in training and capacity building programs is crucial to enhance the capacities of municipal staff and officials. Palestinian municipalities face constraints on their finan-

cial resources, which limit their ability to provide basic services to the population. These constraints impede economic, social and developmental progress within local communities. Inadequate financial support limits the expansion of municipal services, infrastructure development, and public progress. Heavy reliance on central funding restricts municipalities' freedom to implement local development projects and meet community needs. Appointment of municipal councils, as opposed to regular elections, has been a frequent practice in the Palestinian territories. This system has been used by successive central governments to maintain political control and prevent disloyal parties from gaining power at the local level. Such appointments can undermine the democratic principles of local government and hinder the representation of diverse political voices within municipalities.

The current state of Palestinian municipalities, including the ongoing Israeli occupation and the lack of a comprehensive political settlement, exacerbates the challenges facing Palestinian municipalities. Political instability, regional fragmentation, and restrictions on movement and resources further complicate the ability of municipalities to effectively govern and serve their communities. These factors increase the importance of the mentioned characteristics in the Palestinian context. In general, these characteristics pose unique challenges that affect the Palestinian municipalities, and reflect the impact of the political, economic and social conditions that Palestine is experiencing in shaping the administrative structure, functions and local government relations. These factors, including dependence on the central authority, lack of citizen confidence, absence of administrative regulations, unqualified human capabilities, financial restrictions, and appointed councils, have collectively hindered the municipalities' ability to effectively serve their communities. Addressing these challenges requires efforts to enhance local autonomy, improve governance structures, promote transparency and accountability, and invest in capacity-building initiatives for municipal staff.

The financial crisis of the Palestinian municipalities had a great impact on the local administrations in Palestine, as it contributed to the various challenges and obstacles affecting their work and development. This can contribute to the need to strengthen financial crisis management in Palestinian municipalities. Due to the financial crisis, the local administrations in Palestine rely heavily on the central authority in their budget and policy decisions. This dependency weakens their role in planning community development because they have limited financial independence and are often unable to implement their own development initiatives. The lack of control over their budgets and policies restricts their ability to effectively address the specific needs and priorities of their communities. This can lead to insufficient financial resources allocated to municipalities, making them more vulnerable to financial crises. Strengthening financial crisis management becomes necessary to effectively address budget shortfalls and find alternative sources of financing. The financial crisis affects the ability of local administrations to meet the needs of citizens and society. Limited financial resources hinder its ability to provide basic services such as infrastructure development, health care, education and sanitation. This failure erodes public trust in local government, creating a lack of trust and accountability between the administration and the community it serves. This lack of trust can lead to a decrease in public support for local municipalities and a reluctance to contribute financially through taxes or other means. Effective financial crisis management can help rebuild trust by ensuring transparent and accountable financial practices and demonstrating responsible use of resources. The financial crisis is exacerbated by the lack of administrative and financial systems and policies governing the internal affairs of local administrations. The lack of clear guidelines to organize their jobs and their relationships with the central government and the Ministry of Local Government hinders their ability to work effectively. The lack of comprehensive systems contributes to a sense of chaos and inefficiency within local administrations. Improved financial crisis

management may include developing robust systems and policies to guide financial decision-making, improve accountability, and promote financial stability within municipalities. A financial crisis often leads to a lack of investment in human capital development within local administrations. Limited funds limit its ability to provide appropriate technical and vocational training for its employees. This leads to a shortage of qualified personnel to effectively manage and address the complex challenges facing local administrations. A lack of experience also hinders their ability to plan and implement development initiatives. The presence of unqualified human resources within local administrations impedes effective financial management. Inadequate knowledge and skills in financial planning, budgeting, and resource allocation can contribute to financial mismanagement and increase the likelihood of financial crises. Enhanced financial crisis management will include providing better technical and vocational training to enhance the capabilities of municipal employees in financial matters. The financial crisis imposes restrictions on the financial revenues of municipalities, which limits their ability to provide basic services to the population. Inadequate financing limits their ability to invest in infrastructure, public utilities, and other essential services needed for economic and social development. This financial constraint impedes the expansion and improvement of living conditions, which leads to stagnation in various aspects of societal progress. Improved financial crisis management may include exploring innovative strategies for revenue generation, seeking external sources of financing, and advocating for the equitable distribution of financial resources to municipalities. In response to the financial crisis, successive central governments have resorted to appointing local government councils instead of holding regular elections. This appointment system serves the political agenda of the central government and prevents disloyal parties from taking over the local government sector. Such political interference undermines the democratic principles of local governance and weakens the legitimacy and independence of local admini-

strations. Enhanced financial crisis management may include reducing political interference, promoting democratic and transparent election processes, and empowering local administrations to make independent financial decisions based on the best interests of their communities.

In conclusion, the financial crisis of the Palestinian municipalities had far-reaching effects on the local administrations in Palestine. These effects include a weak role in community development planning, lack of trust between management and society, inadequate administrative and financial regulations, unqualified human capacities, limited financial resources for basic services, and political interference. Addressing the financial crisis and providing sustainable financing to local administrations is crucial to enable them to fulfil their responsibilities and promote local development. The characteristics highlight the challenges facing local administrations in Palestine, which can contribute to financial crises within municipalities. Strengthening financial crisis management is crucial to addressing these challenges, promoting transparency, accountability and efficiency in financial practices, and ensuring the effective provision of services to the population.

7. Obstacles of Local Authorities in Palestine

There are many obstacles facing the municipalities in Palestine. The following are the most prominent of those obstacles²³.

23 A. K. AL-ZAHAR. Total Quality Management as A Strategy to develop Job Performance - Applied Study on the Major Municipalities. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2020; S. S.-A. ABU AMIRA. The role of local government environmental guidance unit in the development of environmental values in Gaza governorates. *Master Thesis*. AL-AZHAR University-Gaza, 2014; M. B. AL-NAJJAR. Impediments of Performance Appraisal Implementation of Employees in the Local Authorities in Gaza Strip Governorates. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2013; M. A. ABU RAHMA. The availability of the components of applying the activity-based budgeting system (ABB) in the municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2008; R. S. SABBAAH. Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; I. M. SHEIKH EID. The Extent of the Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; F. M. SHALLAH. The extent to which the zero-based budget can be applied in the municipalities of the Gaza Strip - an applied study on the Gaza municipality. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2009. H. A. MANSOUR. Factors Affecting the Productivity of Gaza Large Municipalities Workers.

Lack of regulations and laws that more effectively regulate the powers of municipalities and deficiency in the actual application of existing laws and regulations. Some authorities of the municipalities are effectively eroded, such as withdrawing responsibility for electricity. The central government is also expected to withdraw control over water and sanitation and the power to issue licenses for crafts and industries, thus weakening their resources. Lack of awareness of the concept of development and its importance, whether from municipal workers or supervisors of municipal works. Scarcity of financial resources needed to implement necessary and basic infrastructure development projects. Weak community participation spirit adds to this obstacle. Failure of citizens to pay their financial obligations due to the difficult economic situation and widespread poverty and unemployment. Lack of adequate understanding of the concept of local government, its role, and its importance. Rapidly growing population and high population density compared to the small geographical areas managed by municipalities. Wars and the repeated and continuous Israeli aggression of the Palestinian territories and the accompanying destruction of infrastructure.

The aforementioned obstacles with regard to municipalities in Palestine reflect a set of structural, political, social and economic challenges that have a significant impact on the financial crisis that these municipalities face. Inadequate regulations and their ineffective enforcement impede the smooth functioning of municipalities. Without clear guidelines and enforcement mechanisms, municipalities may struggle to exercise their powers effectively. This can erode powers, taking away responsibilities such as providing electricity, limiting their resources and ability to meet local needs. Withdrawal of control over vital services such as electricity and some licensing powers, weakens municipalities' resource base. This centralization of power limits its ability to generate revenue

Master Thesis. The Islamic University of Gaza, 2013; M. F. AL-MAGHARI. The Role of Administrative Control in Achieving of Total Quality in the Palestinian Local Authorities in the Gaza Strip. *Master Thesis.* The Islamic University of Gaza, 2020.

and make independent decisions, thus exacerbating financial constraints. Insufficient understanding of the concept of development and the role of municipalities among workers and supervisors in municipalities hinders effective governance. This can lead to mismanagement, ineffective resource allocation, and failure to prioritize development projects, further contributing to the financial crisis. The lack of sufficient funds is a major obstacle to implementing the necessary infrastructure projects. Municipalities require financial resources to invest in basic services, such as water supply, sanitation, transportation, and utilities. Without adequate funding, municipalities struggle to meet the needs of a growing population and maintain basic infrastructure. Limited community participation reduces the ability of municipalities to engage with citizens, understand their needs, and deal with them effectively. Active community participation promotes ownership and collaboration, enabling municipalities to implement development projects more successfully. Without a vibrant participatory culture, municipalities may struggle to generate local support and mobilize additional resources. Economic hardship, poverty and unemployment can lead to the inability or unwillingness of citizens to meet their financial obligations to municipalities. This further restricts the revenue streams available to municipalities, making it difficult to cover operational costs and invest in local development initiatives. The concept of local government and its importance may not be sufficiently understood by the general population. This lack of awareness can lead to a diminished appreciation of the role municipalities play in local governance, reduce public support and hinder effective decision-making. The continuation of conflicts and the destruction of infrastructure as a result of the Israeli aggression has a severe impact on the financial situation of Palestinian municipalities. The rebuilding and repair of infrastructure, along with the provision of basic services, have become enormous financial burdens for municipalities already operating under resource constraints. To address the financial crisis in Palestinian municipalities, a multifaceted approach is necessary.

This approach should include strengthening local regulations, ensuring their effective implementation, and giving municipalities more autonomy in decision-making and resource management. It is also necessary to improve awareness and understanding of the role of municipalities, both among municipal workers and society as a whole. Efforts should be made to enhance community participation and involvement, and to foster a sense of shared responsibility for local development. Financial resources can be increased through international aid, partnerships with NGOs, and the exploration of innovative financing mechanisms. Addressing the economic difficulties faced by citizens, such as poverty and unemployment, is necessary to improve their ability to meet their financial obligations. Finally, finding lasting solutions to conflicts and promoting peace and stability in the region is critical to breaking the cycle of destruction and enabling sustainable development efforts in Palestinian municipalities.

8. Law and Supervision of Local Authorities in Palestine

The following demonstrates the legal and oversight framework governing the Palestinian local authorities²⁴.

24 M. F. AL-MAGHARI, (2020). The Role of Administrative Control in Achieving of Total Quality in the Palestinian Local Authorities in the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; M. B. AL-NAJJAR. Impediments of Performance Appraisal Implementation of Employees in the Local Authorities in Gaza Strip Governorates. *Master Thesis*. AL-AZHAR University-Gaza, 2013; S. S.-A. ABU AMIRA. The role of local government environmental guidance unit in the development of environmental values in Gaza governorates. *Master Thesis*. AL-AZHAR University-Gaza, 2014; A. T. SHEHADE. The Impact of Applying Occupational Health and Safety Assessment Series OHSAS 18001 on the Organizational Citizenship Behavior (A field study on the major municipalities In Gaza Strip). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019; R. S. SABBAAH. Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; I. M. SHEIKH EID. The Extent of the Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007; R. R. AWAD. Obstacles of Geographic Information System Implementation in Gaza Strip Municipalities-Palestine. *Master Thesis*. Palestine: The Islamic University of Gaza, 2010; F. M. SHALLAH. The extent to which the zero-based budget can be applied in the municipalities of the Gaza Strip - an applied study on the Gaza municipality. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2009; H. A. MANSOUR. Factors Affecting the Productivity of Gaza Large Municipalities Workers. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013; Palestinian Official Gazette. Law No. (1) of 1997, Concerning Palestinian Local Authorities. *Palestinian Official Gazette* (20), 1997, 5-34; Palestinian Official Gazette. The amended Basic Law of 2003. *Palestinian Official Gazette*(2), 2003, 1-48; Palestinian Official Gazette. (2005a). Law of State Audit and Administrative

The organization of local government and local authorities in Palestine is based on a constitutional and legal basis, as Article No.85 of the amended Basic Law of 2003 states that the country is organized by law into local administration units that enjoy legal personality, and each unit has a directly elected council in the manner set out in the law. The law defines the competencies of local administration units, their financial resources, their relationship with the central authority, and their role in preparing and implementing development plans. It also defines aspects of control over these units and their various activities. The law also indicated the necessity of observing demographic, geographic, economic and political standards to preserve the territorial integrity of the country and the interests of the communities in it. The Local Authorities Law No.1 of 1997 and its amendments serve as the framework and legal environment that regulates and governs the work of local authorities. The law defines the role of local government councils, their powers, their relationship with each other, their relationship with the Ministry of Local Government, and the organization of their structures, administrative councils, resources and budget,

Control Bureau No.15 of 2004. *Palestinian Official Gazette*(53), 2005a, 1-396; Palestinian Official Gazette. Anti-Corruption Law No.1 of 2005 and its amendments. *Palestinian Official Gazette*(53), 2005b, 1-396; Palestinian Official Gazette. Municipal Development and Lending Fund Law No.25 of 2016. *Palestinian Official Gazette*(127), 2016, 1-219; Palestinian Official Gazette. The Palestinian Local Council Elections Law No. (10) of 2005 and its amendments. *Palestinian Official Gazette*(128), 2017, 1-45; Palestinian Legislative Council. The bylaws of the Palestinian Legislative Council. *Palestinian Legislative Council*, 2000; A. H. SHAAT. The impact of the determinants of foreign funding policy on the volume of funding for the municipalities operating in the Gaza Strip (Field study: Gaza Municipality, Khan Younis and Rafah). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019; M. S. AL-ASSAR. The Municipalities and Local Sustainable Development in Gaza Strip, Reality and Impediments. *Master Thesis*. AL-AQSA University and the Academy of Management and Politics, 2015; A. K. AL-ZAHAR, (2020). Total Quality Management as A Strategy to develop Job Performance - Applied Study on the Major Municipalities. *Master Thesis*. AL-AZHAR University-Gaza, 2020; K. M. HEGAZY, (2020). The Limits of the Authority of Local Authorities to Impose Fees and Means of Control in the Palestinian Legislation - Analytical Study Compared of Provisions Islamic Sharia. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; A. M. AL-ARQAN, (2022). Limits of Administrative Guardianship over the Work of Palestinian Local Authorities - A Comparative Analytical Study with Islamic Jurisprudence. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2022; F. A. QAWASMEH, K. SINGARAVELLOO & R. ARIFFIN. Palestinian local government: Issues of legal and institutional frameworks. *Public Administration Issues*, 6(2), 2021, 146-171. M. H. DALLOUL, Z. B. IBRAHIM, & S. T. URUS. The Association between the Success of Information Systems and Crises Management (A Theoretical View and Proposed Framework). *International Journal of Asian Social Science*, 12(1), 2022, 55-68.

as well as other general provisions. In addition to the Local Authorities Council Election Law No.10 of 2005 and its amendments, which regulate the electoral representation of the heads and members of the local authorities councils in Palestine.

The control of the municipalities' work, including supervision of the municipalities' financial activities, aims to ensure the proper use of public money. The municipalities adhere to the provisions in their budgets of items and detect deviations as far as possible. They consistently conform their financial activities to laws, regulations, and decisions of the central government. Although the municipalities enjoy financial autonomy, the autonomy does not mean the absence of precise procedures for monitoring and accountability. On the contrary, independence often enhances the monitoring and accountability processes. Therefore, the use of financial resources in the municipalities is subject to a set of legal rules and executive regulations that regulate the spending process of their allocations. In cases where expenditure exceeds the allocations, they follow the procedures set up for that purpose.

Local Authorities in Palestine are subject to two types of oversight, external and internal controls, carried out according to the provisions of the laws. Figure 2 shows the internal and external oversight bodies and agencies of the Palestinian LAs. Article No.35 (oversight) of the Local Authorities Law 1997 indicates that checking the accounts of the local authority and reviewing all its financial, administrative, and legal transactions, and the inventory of its assets shall be by specialized examiners assigned by the Ministry or the General Control Authority.



Figure 2 The Internal and External Oversight Bodies of Palestinian LAs

The Ministry of Local Government appoints specialized examiners to monitor municipalities, and the supervision is carried out according to Article No.35 (Oversight) of Local Authorities Law, 1997. Additionally, Article No.2 of the Palestinian Local Authorities Law 1997 identifies the relationship of the Ministry of Local Government with the municipalities. Under this Article, the Ministry draws up the general policy established for the work of the Palestinian local authority councils and oversees the functions and competencies of these councils in managing public project affairs and budgets. The Ministry also supervises financial, administrative, and legal control and the procedures for forming these councils. It also carries out technical and administrative work rela-

ted to the work of regional organization and planning in Palestine. It shall establish any necessary systems or regulations for the implementation of its duties stipulated in the previous clauses or in accordance with the provisions of the law. In addition to the Ministry of Local Government, the State Audit and Administrative Control Bureau supervises the local authorities according to the Law of State Audit and Administrative Control Bureau No.15 of 2004. Article No.31 of this law defines the entities subject to the control of the Bureau, including local authorities and similar bodies. The Palestinian legislator also granted the Legislative Council the right to form special committees to investigate specific issues, or to assign one of its committees, to investigate facts in any public matter, or in one of the public administrations. This is to enable the Council to carry out its duties in the areas of control and accountability, as stipulated in Article No.58 of the amended Palestinian Basic Law of 2003. The bylaws of the Palestinian Legislative Council also indicated in Article No.48 that the Council has the right to form permanent committees to monitor and discuss draft laws, proposals and issues referred to it by the Council or its president. Among those committees is the Interior Committee, which is concerned with the interior, security and local governance. Furthermore, the Municipal Development and Lending Fund are responsible for monitoring the use of loans and grants transferred to local authorities. Moreover, verify its use in the expenditures allocated to it. This is in accordance with Article No.4 of the Municipal Development and Lending Fund Law No.25 of 2016. The Palestinian Anti-Corruption Commission also has a role in monitoring the local authorities, as Article No.2 of the Anti-Corruption Law No.1 of 2005 and its amendments indicated that among the bodies subject to the provisions of this law are the governors, heads and members of local authorities' councils, and their employees.

In most local authorities, especially large ones, there are departments and sections for internal control and internal audit. Internal control in Palestinian

municipalities plays a crucial role in ensuring accountability, transparency, and effective governance within the local authorities, particularly during financial crises and the overall management of finances. These control mechanisms are designed to safeguard assets, prevent fraud and mismanagement, promote compliance with laws and regulations, and enhance the overall efficiency and effectiveness of municipal operations. Given the current financial crisis in the Palestinian municipalities, it becomes even more important to establish robust internal control systems to ensure transparency, accountability, and efficient use of resources. The primary objectives of internal control in Palestinian municipalities include safeguarding assets, ensuring compliance with laws and regulations, promoting efficient operations, and ensuring the reliability of financial reporting. These objectives help municipalities mitigate risks, detect and prevent fraud, and maintain public trust. Effective internal control requires clearly defined roles and responsibilities. Palestinian municipalities should establish segregation of duties, ensuring that no single individual has complete control over financial processes. For example, the person responsible for authorizing payments should be separate from the individual who reconciles bank statements or handles cash. Internal control procedures establish clear guidelines for authorizing and approving various activities within the municipality. This includes financial transactions, budget allocations, procurement processes, and hiring decisions. The aim is to ensure that all actions are undertaken with proper authorization and that the decision-making process is transparent and accountable. Internal audit departments play a critical role in assessing and enhancing internal control systems. These departments conduct independent and objective evaluations of financial operations, risk management, and compliance with policies and procedures. They identify weaknesses, recommend improvements, and provide assurance to management and stakeholders. Palestinian municipalities should establish comprehensive financial policies and procedures that clearly outline the processes for budgeting, procurement, cash

management, and financial reporting. These policies should be regularly updated to reflect changing circumstances and best practices. Strict adherence to these policies and procedures strengthens internal control. Internal control systems in Palestinian municipalities focus on financial management and accounting practices. They involve maintaining accurate financial records, implementing appropriate accounting procedures, and conducting regular audits to verify the accuracy and completeness of financial information. This helps in preventing financial mismanagement, detecting fraud, and ensuring compliance with applicable financial regulations. It is essential for Palestinian municipalities to conduct regular risk assessments to identify and prioritize potential risks. This includes evaluating the impact of the financial crisis on revenue generation, expenditure control, debt management, and liquidity. Risk mitigation strategies, such as contingency plans, can then be developed and implemented. Many Palestinian municipalities have dedicated internal audit departments or sections. Internal auditors are responsible for conducting independent and objective assessments of the municipality's operations, financial systems, and compliance with regulations. They review internal controls, identify weaknesses, recommend improvements, and provide assurance to management and external stakeholders regarding the integrity of the municipality's operations. Effective monitoring is vital to ensure that internal control processes are functioning as intended. Regular internal control reviews, reconciliations, and internal audits help identify control deficiencies and provide recommendations for improvement. Additionally, transparent and timely financial reporting is crucial to inform decision-making and demonstrate accountability to stakeholders. Internal control systems require regular monitoring and review of activities and processes within the municipality. This involves conducting periodic evaluations of controls, comparing actual performance against established benchmarks, and addressing any identified deficiencies promptly. Continuous monitoring helps to identify emerging risks and adapt control measures accordingly. Palestinian

municipalities should invest in training and capacity building programs for staff involved in financial management. These programs can enhance employees' understanding of internal control principles, fraud prevention techniques, and compliance requirements. Well-trained staff are better equipped to implement and maintain effective internal control systems. Leveraging technology can strengthen internal control in Palestinian municipalities. Implementing financial management systems, automated controls, and data analytics tools can improve efficiency, accuracy, and the ability to detect anomalies or irregularities in financial transactions.

In managing financial crises, internal control becomes even more critical. Municipalities must adopt proactive measures such as closely monitoring cash flows, prioritizing essential services, and exploring cost-saving opportunities. Regular financial reporting, communication, and engagement with stakeholders are crucial during these challenging times. It is important to note that the specific internal control practices in Palestinian municipalities may vary based on individual circumstances and local regulations. However, implementing and reinforcing internal control measures contributes to the overall financial stability and effective management of Palestinian municipalities, helping to address the current financial crisis and laying the foundation for sustainable financial management in the future.

The current situation of the financial crisis in Palestinian municipalities poses significant challenges to the management of their finances. The laws and control systems outlined in the provided information serve as a framework for governing the work of local authorities, including their financial activities. However, the effectiveness of these laws and control systems in addressing the financial crisis depends on various factors, including the availability of sufficient financial resources, political stability, and the capacity of the oversight bodies. The legal framework, including the Local Authorities Law No.1 of 1997 and its amendments, provides guidelines for the role and powers of local government

councils, their relationship with each other and the Ministry of Local Government, and the organization of their structures, administrative councils, resources, and budgets. These laws set out the responsibilities and obligations of local authorities, aiming to ensure the proper use of public funds. The control systems mentioned in the text encompass both external and internal oversight mechanisms. External controls are conducted by specialized examiners assigned by the Ministry or the General Control Authority. These examiners are responsible for checking the accounts of the local authorities, reviewing their financial, administrative, and legal transactions, and conducting asset inventories. This external oversight mechanism aims to ensure accountability and transparency in the management of public funds. Additionally, internal controls play a crucial role in financial management. The municipalities are expected to adhere to the provisions in their budgets and conform to laws, regulations, and decisions of the central government. While the municipalities enjoy financial autonomy, they are still subject to monitoring and accountability processes. This implies that even in times of financial crisis, the municipalities are expected to follow the set legal rules and regulations governing the spending process of their allocations. However, it is important to note that the effectiveness of these laws and control systems can be hindered by the financial crisis itself. A financial crisis often entails a lack of sufficient financial resources, making it challenging for municipalities to meet their financial obligations. The ability to adhere to budgets and regulations may be compromised as a result. In such situations, the oversight bodies, including the specialized examiners and the Ministry of Local Government, need to adapt their approaches and support the municipalities in navigating the crisis. Managing financial crises requires a comprehensive and multifaceted approach. This includes addressing the root causes of the crisis, such as seeking sustainable sources of funding, improving financial planning and management, and promoting economic development at the local level. Additionally, it is essential to enhance the capacity of

oversight bodies and provide them with the necessary resources to carry out their monitoring and control functions effectively. In summary, the legal and oversight framework governing Palestinian local authorities provides guidelines for the management of their finances. However, the current financial crisis in Palestinian municipalities presents challenges that need to be addressed through a holistic approach, including finding sustainable funding sources, improving financial management practices, and strengthening oversight mechanisms. These efforts will contribute to the effective management of financial crises and the long-term sustainability of Palestinian municipalities.

9. Distribution and Classification of Local Authorities in the Gaza Strip

The administration of the Gaza Strip is divided into five governorates (North Gaza, Gaza, Deir al-Balah, Khan Yunis, and Rafah). All the local authorities in the Gaza Strip are municipalities. Each governorate has a group of municipalities. There are no village councils, probably due to the high population density, that characterises the Gaza Strip. The population density rate in the Gaza Strip is one of the highest in the world. Gaza Strip is 365 square kilometre (km²). The population is about 2,166,269 people, with a population density of 5,936 people per km². Currently, there are 25 municipalities distributed in all the governorates of the Gaza Strip, classified into three categories (A, B, and C). Five (5) of these municipalities are classified as A, nine (9) as B, and the remaining eleven (11) as C. They provide services to all citizens in their areas²⁵.

25 H. A. ABU ANZA. Evaluating the effectiveness of Financial and Administrative Control Bureau in controlling the financial performance of the local government institutions in Southern provinces - Palestine (Applied Study). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017; Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS) & Ministry of Local Government. *Local Communities Survey, 2015 - Main Findings*. Ramallah, Palestine: Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS), 2015; Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS). (2022a). *Palestine in Figures 2021*. Ramallah, Palestine: Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS), 2022a; Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS). (2022b). *Summary of Demographic Indicators in the Palestine by Region*, 2022b; Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS) and Municipal Development and Lending Fund. *Municipal Infrastructure Database*. Ramallah, Palestine: Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS) and Municipal Development and Lending Fund, 2017.

To provide a perspective on the statistics and population density in the Gaza Strip, it was compared to another city. Tokyo, the capital of Japan, is known for its high population density. As of 2021, Tokyo has an area of approximately 2,194 square kilometres and a population of over 14 million people. This gives Tokyo a population density of about 6,393 people per square kilometre²⁶. Comparing the statistics, it can be seen that the population density of the Gaza Strip, which has a population density of 5,936 people per square kilometre, is slightly lower than that of Tokyo, which has a population density of 6,393 people per square kilometre. However, it is important to note that the Gaza Strip is a much smaller area compared to Tokyo. Despite its small size, the Gaza Strip has a relatively high population density, which indicates a large concentration of population within its limited area.

The municipalities were categorized according to the decision of the Minister of Local Government on 1998. The criterion for categorizing the municipality was its establishment date or the number of residents in its area. Category 'A' is for municipalities of cities that are the centres of the governorates. Category 'B' is for municipalities that existed before the Palestinian authority took over their powers and new municipalities with a population of more than fifteen thousand. Municipalities in category 'C' are newly established municipalities with a population between five thousand and fifteen thousand. Finally, category 'D' is for municipalities with a population of less than five thousand. In 2016, the Minister of Local Government decided to promote the municipalities from one category to a higher category to encourage them to provide the best services to their citizens. The decision was made after reviewing the municipalities based on public interest requirements. Category 'A' was for municipalities of cities that are the centres of the governorates. Category 'B' was changed to municipalities with a population exceeding fifteen thousand. Category

26 S. MURAKAMI, H. YAMAMOTO, & T. TOYOTA. Potential Impact of Consumer Intention on Generation of Waste Photovoltaic Panels: A Case Study for Tokyo. *Sustainability*, 13(19), 2021, 10507; S. GRAZIANO. Spatial planning to face urban sprawl. Evidence from Japan. *Master Thesis*. Tokyo: Politecnico of Turin & The University of Tokyo, 2020.

‘C’ was changed to include all municipalities with a population of less than fifteen thousand. Category ‘D’ was cancelled henceforth, and all municipalities under this category were moved to category ‘C’²⁷. Table 1 shows the distribution and classification of the Gaza Strip municipalities by governorates, the number of residents, the geographical area covered by each municipality, and date of establishment.

27 T. TOUKAN, (2001). *Decentralization and Local Governance in Palestine*. Ramallah: The Palestinian Independent Commission for Citizens’ Rights, 2001; Ministry of Local Government. (2016). *Ministry of Local Government*, 2016; F. M. SALIM, (2007). The effect of applying the cash basis on the significance of accounting information for decision makers in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. The Islamic university of Gaza, 2007; I. H. SALEM, (2012). The reality of internal auditing in the municipalities of the Gaza Strip - an analytical field study. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2012; A. H. SHAAT, (2019). The impact of the determinants of foreign funding policy on the volume of funding for the municipalities operating in the Gaza Strip (Field study: Gaza Municipality, Khan Younis and Rafah). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019; A. T. SHEHADE, (2019). The Impact of Applying Occupational Health and Safety Assessment Series OHSAS 18001 on the Organizational Citizenship Behavior (A field study on the major municipalities In Gaza Strip). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019; M. B. AL-NAJJAR, (2013). Impediments of Performance Appraisal Implementation of Employees in the Local Authorities in Gaza Strip Governorates. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2013; M. S. AL-ASSAR, (2015). The Municipalities and Local Sustainable Development in Gaza Strip, Reality and Impediments. *Master Thesis*. Al-Aqsa University and the Academy of Management and Politics, 2015; M. H. AL-KHATIB, (2015). Skills of Strategic Leadership and its Relation with Crisis Management "A Field Study on the Palestinian Local Institutions in Gaza Governorates". *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2015; A. N. AL-AKHRAS, (2017). Re-engineering administrative processes and their role in improving the quality of services in the municipalities of Gaza governorates. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017; M. F. AL-MAGHARI, (2020). The Role of Administrative Control in Achieving of Total Quality in the Palestinian Local Authorities in the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; M. K. KUHAİL, (2019). The Extent of Accounting Education Compatibility with the Requirements of the Labor Market Field study: Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019; M. E. AL-ATRASH, (2020). The impact of Diversity Management of Organizational Dimensions of Human Resources on the Organizations Performance - A Case Study of the Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020; I. O.-A. TAMOUS, (2015). The Relationship Between Administrative Empowerment and Organizational Commitment in The Major Local Governments in Gaza Strip. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2015.

Table 1 Distribution of the Gaza Strip Local Authorities by Governorate

No	Gov.	Municipality	Category	Population (People)	Area Geographical Influence (Dunam)	Founding date
1	North Gaza Gov.	Jabalya	A	259,238	17,897	1952
2		Beit Lahiya	B	104,828	14,373	1961
3		Beit Hanun	B	60,953	11,670	1965
4		Um Al-Nnaser	C	5,527	800	1997
5	Gaza Gov.	Gaza	A	707,254	55,000	1893
6		Al Mughraqa	C	12,838	3,260	1996
7		Ezahra	C	5,981	4,634	1998
8		Wadi Gaza	C	5,138	6,527	1997
9	Deir Al-Balah (Central) Gov.	Deir Al-Balah	A	93,425	15,300	1951
10		An Nuseirat	B	98,523	9,755	1977
11		Al Bureij	B	49,507	5,300	1978
12		Al Maghazi	B	31,659	3,055	1978
13		Az Zawayda	B	7,124	7,010	1979
14		Wadi As-Salqa	C	7,640	3,980	1997
15		Al Musaddar	C	2,943	4,160	1996
16	Khan Yunis Gov.	Khan Yunis	A	283,135	53,803	1917
17		Bani Suheila	B	47,635	5,170	1967
18		A`basan Al-Kabira	B	30,769	7,028	1969
19		Al Qarara	B	33,341	11,777	1983
20		Khuza`a	C	13,091	2,527	1972
21		Al Fukhkhari	C	7,406	7,082	1997
22		A`basan Al-Jadida	C	10,679	3,328	1972
23	Rafah Gov.	Rafah	A	238,535	30,500	1955
24		Al Shokat	C	18,819	6,354	1996
25		Al-Nnaser	C	10,281	4,694	1997

10. Conclusion

This article aimed to provide an overview of Palestine and an analytical view of the Palestinian local authorities sector. It provided a comprehensive overview of the history of the Palestinian local authorities. Furthermore, it illustrated the objectives of the Palestinian local authorities in addition to their duties and characteristics. The article also worked on identifying the obstacles and challenges facing the Palestinian local authorities. Demonstrated the legal and regulatory framework governing the Palestinian local authorities. Displayed the distribution and classification of local authorities in the southern Palestinian governorates. This paper is a qualitative research study utilizing a library-based method. Data sources depend on books, dissertations, articles, documents, government documents, reports, and laws. Furthermore, this data has been reviewed using the descriptive-analytical approach. This article contributes to enriching the literature related to the reality of the Palestinian local authorities. It contributes to achieving a better understanding and realization of the nature of the Palestinian local authorities in terms of their history, purpose, tasks, characteristics, obstacles and challenges, laws and oversight related to them.

In conclusion, the intricate fabric of Palestinian local authorities reveals a multifaceted landscape shaped by historical struggles, political aspirations, and socio-economic challenges. Through a comprehensive exploration of their history, objectives, functions, and characteristics, it becomes evident that local authorities in Palestine play a pivotal role in governance, service provision, and community development. Despite facing significant obstacles, ranging from limited resources to political instability, these entities persist in their efforts to meet the diverse needs of their constituents. The legal framework and oversight mechanisms surrounding local authorities underscore the importance of accountability and transparency in ensuring effective governance at the grassroots level. As witnessed in the distribution and classification of local authori-

ties in the Gaza Strip, local governance structures continue to evolve in response to changing dynamics and exigencies on the ground. Moving forward, fostering collaboration, empowering local leadership, and addressing systemic challenges will be essential in advancing the collective well-being and aspirations of Palestinians across their diverse communities.

References

S. S.-A.

ABU AMIRA. The role of local government environmental guidance unit in the development of environmental values in Gaza governorates. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2014.

H. A. ABU ANZA. Evaluating the effectiveness of Financial and Administrative Control Bureau in controlling the financial performance of the local government institutions in Southern provinces - Palestine (Applied Study). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017.

Z. A. ABU FREYA. Factors Affecting the Development Projects in Gaza Strip Municipalities (case study Beit Lahiya municipality). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013.

A. H. ABU HARB. Factors Affecting the Quality of Monitoring and Evaluation Information in The Municipalities Of the Gaza Strip Municipalities (A Case Study of Khanyounis Governorate Municipalities). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2018.

A. J. ABU MUR. Historical development of the Palestinian state project (1964-1999 AD). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2014.

M. A. ABU RAHMA. The availability of the components of applying the activity-based budgeting system (ABB) in the municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2008.

N. M. ABUZUHRI. Relationship between Entrepreneurship Education, Entrepreneurial Opportunity Recognition and Entrepreneurial Career Option

among Palestinian Undergraduate Students. *PhD Thesis*. Kedah, Malaysia: Universiti Utara Malaysia, 2018.

W. H. AL MUDALLAL, , & A. A. Abu Amer. *Studies in the Palestinian cause*. Gaza, Palestine: Ummah open University-Gaza, 2013.

H. A. AL-AGHA. Assessment of Awareness and Partnership Level between the Municipalities and Private Sector to Achieve Local Economic Development (Case Study: Khan Younis Municipality). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2021.

A. N. AL-AKHRAS. Re-engineering administrative processes and their role in improving the quality of services in the municipalities of Gaza governorates. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2017.

A. M. AL-ARQAN. Limits of Administrative Guardianship over the Work of Palestinian Local Authorities - A Comparative Analytical Study with Islamic Jurisprudence. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2022.

M. S. AL-ASSAR. The Municipalities and Local Sustainable Development in Gaza Strip, Reality and Impediments. *Master Thesis*. Al-Aqsa University and the Academy of Management and Politics, 2015.

M. E. AL-ATRASH. The impact of Diversity Management of Organizational Dimensions of Human Resources on the Organizations Performance - A Case Study of the Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020.

M. H. AL-KHATIB. Skills of Strategic Leadership and its Relation with Crisis Management "A Field Study on the Palestinian Local Institutions in Gaza Governorates". *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2015.

M. F. AL-MAGHARI. The Role of Administrative Control in Achieving of Total Quality in the Palestinian Local Authorities in the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020.

M. B. AL-NAJJAR. Impediments of Performance Appraisal Implementation of Employees In The Local Authorities In Gaza Strip Governorates. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2013.

M. S. AL-SAWAFIRI. The Impact of Applying Electronic Management (E-Management) on the Organizational Development from the Perspective of the Municipality of Gaza Employees. *Master Thesis*. Al-Aqsa University-Gaza, 2020.

A. K. AL-ZAHAR. Total Quality Management as A Strategy to develop Job Performance - Applied Study on the Major Municipalities. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2020.

R. R. AWAD. Obstacles of Geographic Information System Implementation in Gaza Strip Municipalities-Palestine. *Master Thesis*. Palestine: The Islamic University of Gaza, 2010.

H. M. BAKIR. Obstacles in the achievement of the major municipalities of the Gaza Strip for their services during emergency situations. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2016.

S. J. BAWATNEH. Analytical View on the Impact of Foreign Aid on the Palestinian Local Development within the Framework of the Local Government Sector - Under the State Building Phase -. *Open Science Journal*, 5(1), 2020, 1-22.

F. DAMAYRA, & T. KHATIB. Assessment of innovation policy standards' impact on local development of renewable energy in Palestinian local government units. *Renewable Energy*, 187, 2022, 177-192.

M. A. GHONEIM. The role of computerized management information systems in the decision-making process in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza, 2004.

S. GRAZIANO. Spatial planning to face urban sprawl. Evidence from Japan. *Master Thesis*. Tokyo: Politecnico of Turin & The University of Tokyo, 2020.

K. M. HEGAZY. The Limits of the Authority of Local Authorities to Impose Fees and Means of Control in the Palestinian Legislation - Analytical Study Compared of Provisions Islamic Sharia. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2020.

M. K. KUHAİL. The Extent of Accounting Education Compatibility with the Requirements of the Labor Market Field study: Municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019.

H. A. MANSOUR. Factors Affecting the Productivity of Gaza Large Municipalities Workers. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013.

Ministry of Local Government. *Ministry of Local Government*. Retrieved from <http://www.baladiyat.ps/website/ar/ViewContent.aspx?ID=125915>: <http://www.baladiyat.ps>, 2016.

M. J. MKHEIREZ, M. K. HAMDAN, M. J. AL SHOBAKI, S. S. ABU-NASER, & S. A. EL TALLA. Solid Waste Management Work Policy in Major Municipalities in the Southern Palestinian Governorates. *International Journal of Academic Accounting, Finance & Management Research*, 5(9), 2021, 46-67.

S. MURAKAMI H. YAMAMOTO, & T. TOYOTA. Potential Impact of Consumer Intention on Generation of Waste Photovoltaic Panels: A Case Study for Tokyo. *Sustainability*, 13(19), 2021, 10507.

D. NAKISBAEV, & N. DUGALICH. Introduction of digital platforms to State and Municipal administration: opportunities for regulation and transformation of social services for the population. 12(3), 2022, 133-143.

Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS) & Ministry of Local Government. *Local Communities Survey, 2015 - Main Findings*. Ramallah, Palestine: Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS), 2015.

Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS). *Palestine in Figures 2021*. Ramallah, Palestine: Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS) 2022a.

Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS). *Summary of Demographic Indicators in the Palestine by Region*. Retrieved from <https://www.pcbs.gov.ps/default.aspx>:
https://www.pcbs.gov.ps/statisticsIndicatorsTables.aspx?lang=en&table_id=1228, 2022b.

Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS) and Municipal Development and Lending Fund. *Municipal Infrastructure Database*. Ramallah, Palestine: Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS) and Municipal Development and Lending Fund, 2017.

Palestinian Official Gazette. Law No. (1) of 1997, Concerning Palestinian Local Authorities. *Palestinian Official Gazette*(20), 1997, 5-34.

Palestinian Official Gazette. The amended Basic Law of 2003. *Palestinian Official Gazette*(2), 2003, 1-48.

Palestinian Official Gazette. Law of State Audit and Administrative Control Bureau No.15 of 2004. *Palestinian Official Gazette*(53), 2005a. 1-396.

Palestinian Official Gazette. Anti-Corruption Law No.1 of 2005 and its amendments. *Palestinian Official Gazette*(53), 2005b, 1-396.

Palestinian Official Gazette. Municipal Development and Lending Fund Law No.25 of 2016. *Palestinian Official Gazette*(127), 2016, 1-219.

Palestinian Official Gazette. The Palestinian Local Council Elections Law No. (10) of 2005 and its amendments. *Palestinian Official Gazette*(128), 2017, 1-45.

Palestinian Legislative Council. The bylaws of the Palestinian Legislative Council. *Palestinian Legislative Council*, 2000.

F. A. QAWASMEH, K. SINGARAVELLOO, & R. ARIFFIN. Palestinian local government: Issues of legal and institutional frameworks. *Public Administration Issues*, 6(2), 2021, 146-171.

R. S. SABBAH. Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2013.

M. M. SALEH. *Palestine: a series of systematic studies on the Palestinian issue*. Kuala Lumpur, Malaysia: Fajar Ulung Sdn. Bhd. & Professional Eagle Trading Sdn. Bhd, 2002.

M. M. SALEH. *The Palestinian Issue: Historical Background and Contemporary Developments*. Beirut, Lebanon: Al-Zaytouna Centre for Studies and Consultations, 2012.

M. M. SALEH. *The Palestine Issue: Historical Background and Contemporary Developments*. Beirut, Lebanon: Al-Zaytouna Centre for Studies and Consultations, 2022.

M. H. DALLOUL, Z. BINTI IBRAHIM, & S. TAJUL URUS. The Impact of Quality Dimensions of Accounting Information System Success on the Effectiveness of During-Financial Crisis Management: The Mediating Role of System Usage in a Government Sector Context. *Asian Economic and Financial Review*, 13(1), 2023, 18-48.

M. H. DALLOUL, Z. BINTI IBRAHIM, & S. TAJUL URUS. The Role of the Accounting Information Quality in Pre-Financial Crisis Management at Palestinian Government Universities. *International Journal of Academic Research in Accounting, Finance and Management Sciences*, 12(1), 2022, 64-78.

M. H. DALLOUL, Z. B. IBRAHIM, & S. T. URUS. The Association between the Success of Information Systems and Crises Management (A Theoretical View and Proposed Framework). *International Journal of Asian Social Science*, 12(1), 2022, 55-68.

M. H. DALLOUL, Z. BINTI IBRAHIM, & S. T. URUS. Financial Crises Management in Light of Accounting Information Systems Success: Investigating Direct and Indirect Influences. *Sustainability*, 15(10), 2023, 8131.

M. H. M. DALLOUL, Z. B. IBRAHIM, & S. T. URUS. Accounting Information Systems and Financial Crises: Insights into Local Governments. *P.A. Persona e Amministrazione*, 12(1), 2023, 677-705.

I. H. SALEM. The reality of internal auditing in the municipalities of the Gaza Strip - an analytical field study. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2012.

F. M. SALIM. The effect of applying the cash basis on the significance of accounting information for decision makers in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. The Islamic university of Gaza, 2007.

A. H. SHAAT. The impact of the determinants of foreign funding policy on the volume of funding for the municipalities operating in the Gaza Strip (Field study: Gaza Municipality, Khan Younis and Rafah). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019.

F. M. SHALLAH. The extent to which the zero-based budget can be applied in the municipalities of the Gaza Strip - an applied study on the Gaza municipality. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2009.

A. T. SHEHADE. The Impact of Applying Occupational Health and Safety Assessment Series OHSAS 18001 On The Organizational Citizenship Behavior (A field study on the major municipalities In Gaza Strip). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2019.

I. M. SHEIKH EID. The Extent of The Effectiveness of Budgets as a Tool for Planning and Monitoring In Gaza Strip Municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007.

B. A. SHURAB. Evaluating The Effect of Incentives System on Employees Performance Level in The large Municipalities of Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza, 2007.

I. O.-A. TAMOUS. The Relationship Between Administrative Empowerment and Organizational Commitment in The Major Local Governments in Gaza Strip. *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza, 2015.

T. TOUKAN. *Decentralization and Local Governance in Palestine*. Ramallah: The Palestinian Independent Commission for Citizens' Rights, 2001.

K. H. ZUBDA. Administrative and financial situation of the local bodies: A survey study in the province of Tulkarem. *Journal of Al-Aqsa University :series of human sciences*, 18(1), 2014, 277-318.

K. ZEDAN, G. DAAS, & Y. AWWAD. Municipal bonds as a tool for financing capital investment in local government units in Palestine. *Investment Management and Financial Innovations*, 17(1), 2020, 213-226.

SEZIONE III

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane
dell'Università degli Studi di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

BREVI CONSIDERAZIONI SULLA RIMEDITAZIONE DELLE RELAZIONI GIURIDICHE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO DOPO LA PANDEMIA. IL LIBRO DI P. PANTALONE SULLA “CRISI PANDEMICA DAL PUNTO DI VISTA DEI DOVERI”

1. Premessa

La lettura del bel libro di Pasquale Pantalone sulla “Crisi pandemica del punto di vista dei doveri”¹ suscita diverse riflessioni.

Ho già avuto modo di considerare la portata dirompente del tempo pandemico nei riguardi di diverse categorie giuridiche² e trovo che il libro di Pantalone presenti talune assonanze col mio pensiero, e sia pure fonte di ulteriore sviluppo e precisazione di alcuni passaggi argomentativi.

Il mio obiettivo principale è stato quello di studiare il diritto con un approccio filosofico diverso e per molti versi alternativo rispetto a quello che negli ultimi cinquant'anni almeno è stato il più praticato, cioè l'approccio della filosofia analitica. In particolare, ho provato a mettere in luce che molti caratteri del diritto amministrativo contemporaneo (pandemico e non) sono espressione del modello di governamentalità neoliberale descritto da Foucault, dell'idea cioè che il diritto è strumento dell'economia piegato alle logiche della stessa. È da vedere in ciò la ragione ultima dell'insistenza del legislatore e della cultura giuridica sulle dimensioni dell'efficienza e dell'efficacia dell'amministrazione, il ricorso alle “spinte gentili” in luogo degli ordini e dei divieti, la propensione all'utilizzo della *soft law*, il giudice che percepisce la norma come mezzo rispetto

1 P. PANTALONE, *La crisi pandemica del punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023.

2 G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023.

a un fine di cui si fa interprete e in forza del quale si distacca dalla legge o invade attribuzioni altrui. Al modello neoliberale ho opposto un ritorno al primato della sovranità popolare e dei suoi valori, dunque il principio di legalità in senso forte, la separazione dei poteri, il *self restraint* giudiziale, un ruolo reattivo e non proattivo del processo (il processo come luogo di soluzione di controversie, non di attuazione di politiche pubbliche), la rivendicazione di un ruolo autonomo e caratterizzante della scienza giuridica rispetto alle altre scienze sociali.

Sempre restando a Foucault, ho guardato soprattutto al “tardo” Foucault, non già quello “ultra-radicale” dei primi anni ’70, ma quello della svolta “pragmatica”, più in linea con la nozione di governamentalità, non a caso sviluppata nei corsi al Collège de France della seconda metà degli anni ’70³. Per intenderci, il Foucault che sintetizzava il passaggio dal liberalismo al neoliberalismo sottolineando che nel primo il protagonista è il soggetto considerato come partner di uno scambio, mentre nel secondo il soggetto è teorizzato come un imprenditore di sé stesso.

È insito nel pensiero neoliberale il profilo della libertà di scelta, ricostruita attraverso modelli di comportamento di mercato foucaultianamente estesi a tutte le situazioni e a tutti i rapporti sociali. Del diritto viene a ricavarci, così, un’immagine di ordine “non politico”: nel modello neoliberale il mercato è un’occasione di massimizzazione e la realizzazione del *public good* dipende dal successo delle singole transazioni massimizzanti. In tale contesto si è affermato uno «stile giuridico neoliberale»⁴ connotato da: intensificazione e tecnicizzazione delle regole, frammentazione dell’ordinamento, concorrenza sostituita dalla competitività.

In questo quadro frastagliato e indefinito è il neoliberalismo amministrativo come “emergenza” costante che meriterebbe maggiore attenzione. A differenza del paradigma moderno della sovranità, infatti, nel dispositivo governa-

³ Cfr. M. BRIGAGLIA, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, 2019.

⁴ AA.VV., *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale?*, a cura di R. Sacchi e A. Toffoletto, Milano, 2019.

mentale l'emergenza è la strutturazione della quotidianità nell'ottica dell'imprevisto governabile, risolvibile: tale tecnica governamentale diviene, così, un «gigantesco generatore di eccezioni»⁵.

Si ha così un'inedita centralità dell'amministrazione nell'ordinamento neoliberale, che mi è sembrata meritevole di approfondimento critico.

L'attenuazione dei confini fra giurisdizione amministrativa e legislazione e fra amministrazione e giurisdizione è segno della predominanza in questa fase del cd. Stato amministrativo di schmittiana memoria⁶, che ultimamente tende ad essere viepiù riscoperto nelle più meditate indagini sul tema dell'emergenza, anche pandemica. Lo Stato amministrativo (in senso organizzativo) è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Inoltre (in senso funzionale) è lo Stato in cui anche legislazione e giurisdizione si trasformano in amministrazione: la legge e la sentenza perdono la loro funzione tipica e divengono anch'esse misure amministrative.

Allo stesso modo, nel modello neoliberale quello che spicca è una tendenza alla amministrativizzazione della norma e della sentenza e una pervasività della norma tecnica *soft*.

Torna così la questione di metodo, centrale nel mio lavoro.

Da un lato si pone il discorso sull'impatto del neoliberismo sulle categorie tradizionali; esso porta ad interrogarsi sullo statuto del diritto post-moderno, sulla sua schizofrenia o la sua eclissi, mettendo in luce come nell'epoca neoliberale il giudice sia un funzionario di un corpo amministrativo investito del compito di approssimare la realtà quanto più possibile al modello della concorrenza perfetta.

5 L. BAZZICALUPO, *Biopolitica come governamentalità: la cattura neoliberale della vita*, in www.ladeleuziana.org, n. 1/2015, 29.

6 C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität. Achte, korrigierte Auflage*, Berlin, 2012, trad. it., *Legalità e legittimità*, Bologna, 2018.

Dall'altro evidenzio il dibattito sul ruolo del diritto in Europa, che vede tra i suoi interlocutori autori come Aldo Sandulli in Italia⁷ e Armin von Bogdandy in Germania⁸. L'idea di fondo è quella di rivitalizzare lo *jus publicum europaeum* (di cui Schmitt traccia la parabola e vede il tramonto nella seconda metà del XIX secolo con l'affermarsi del positivismo legalista e statocentrico) attraverso un re-embedding del mercato finanziario europeo. La scienza giuridica deve, in quest'ottica, agire da *katéchon* contro i mercati globali, da freno contro la deriva funzionalizzante, declinando gli imperativi delle scienze dell'economia alla luce dei diritti fondamentali, dei principi costituzionali e delle conoscenze di altre materie in modo da promuovere l'integrazione sociale.

2. I concetti chiavi del libro di Pantalone

Perché e in che misura il libro di Pantalone suscita vivo interesse e offre molteplici occasioni di confronto con quanto detto?

Provo a sintetizzarne i concetti chiave.

L'idea di fondo è quella di utilizzare la pandemia come “laboratorio”, nel quale testare la tesi della progressiva rilevanza nei nostri tempi della prospettiva dei doveri giuridici, già da tempo teorizzata da autori come Fabrizio Fracchia con riferimento all'ambiente, configurato non già sul verso tradizionale della teoria dei diritti, ma su quello più innovativo della teoria dei doveri di solidarietà ex art. 2 Cost., oggi verso le generazioni future (art. 9 Cost.).

Anche qui riprendendo un'idea metodologica di Fracchia, il quale a sua volta richiama le impostazioni di Kuhn e Lakatos, si tratterebbe di inquadrare la crisi sanitaria determinata dalla pandemia nel “paradigma” del diritto delle responsabilità generazionali forgiato sulle dimensioni della doverosità e della solidarietà.

⁷ A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2017.

⁸ A. VON BOGDANDY, *La condizione attuale della scienza giuridica europea alla luce del saggio di Carl Schmitt*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 996 ss.

Sulla base di tali premesse il libro si dipana attraverso il racconto delle crisi sanitarie degli ultimi due secoli, dal colera del 1836 nel Regno delle Due Sicilie all'influenza spagnola del 1918, riscontrando vari elementi di assonanza nelle strategie di intervento pubblico, per giungere alla dettagliata ricostruzione della reazione delle nostre istituzioni nei primi mesi del 2020 alla pandemia da Covid-19, con un denso racconto che sembra riflettere in chiave giuridica quello di David Quammen sulla corsa al vaccino descritto nel bel libro *Senza respiro*⁹. Autore, quest'ultimo, che già nel 2012 nel suo *Spillover* ci descriveva perfettamente il meccanismo delle zoonosi¹⁰, visto da Pantalone come simbolo perfetto dell'intreccio della pandemia con la crisi ambientale.

Secondo l'a. la prospettiva dei doveri è più adatta a descrivere e cogliere questa panoplia di strumenti impiegati nel nostro ordinamento, anche perché con essa si restituisce all'interprete una griglia di situazioni soggettive più ampia entro cui poter operare un più equilibrato bilanciamento. Un banco di prova fondamentale della valenza solidaristica dei doveri in esame è stato certamente quello della vaccinazione, vicenda ampiamente considerata da Pantalone, che si sofferma pure sul tema del *green pass*, considerato come occasione per approfondire le questioni legate alla regolazione tramite *nudge*.

A seguire si tocca un punto molto importante: quello dei paradigmi regolatori adattativi per fronteggiare le emergenze sanitarie caratterizzate da "complessità", con ampio ricorso alle norme interne e, appunto, alle "spinte gentili". In questione è senz'altro la configurazione di un nuovo modello di amministrazione definito "precauzionale" e il diritto della "scienza incerta", aspetti trasformativi dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, connotati dalla caratteristica di venire applicati trasversalmente a vari settori, eccedendo l'ambito della materia ambientale per pervenire anche a quello della tutela della salute¹¹.

⁹ D. QUAMMEN, *Senza respiro*, Milano, 2022.

¹⁰ D. QUAMMEN, *Spillover*, Milano, 2012.

¹¹ E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, n. 1/2021.

L'indagine si sposta, quindi, proprio sul carattere trasversale delle questioni, che si fa pure intergenerazionale, coinvolgendo il tema dello sviluppo sostenibile.

Da qui la proposta ricostruttiva di configurare la crisi sanitaria come problema intergenerazionale che presenta i medesimi caratteri di altre crisi che impattano su future generazioni (globalità, carattere diffuso del danno, incertezza della tecnica, varietà di concause, notevole impatto sui conti pubblici, etc.). Sicché si ritiene utile ricorrere alla “cassetta degli attrezzi” del diritto dell'ambiente, che ha forgiato principi e istituti poi transitati nell'ordinamento generale¹². Su tutti si pensi, ancora, al principio di precauzione e alla sua forza espansiva, ma anche al principio di prevenzione, a quello di integrazione, a quello di resilienza, vista come categoria «trasformativa», che incrementerebbe la capacità dei singoli, del sistema economico e della società nel suo complesso di «rimbalzare avanti». Non a caso nella nostra dottrina si inizia a parlare di “diritto della ripresa”¹³, di passaggio dalla *brown* alla *green* e infine alla *blue economy*, in cui l'interesse ambientale è visto in convergenza con lo sviluppo. In tale quadro, in sintonia col pensiero di Pantalone, si ritiene oggi che le parole chiavi di questa transizione siano: interconnessione, sistema, multisettorialità, sinergia, trasversalità, integrazione.

Eccoci, quindi, davanti alla proposta finale di costruire un “diritto delle responsabilità intergenerazionali”, che operi un'integrazione tra livelli ordinali e sottenda l'interdisciplinarietà dei saperi e veda il *risk management* come criterio generale e costante di azione con gestione sistemica dei rischi (approccio *One Health*).

Pantalone sembra evoca in questa ricostruzione l'idea di Luhmann secondo la quale la scala spaziale e temporale sulla quale i rischi si manifestano è

12 Cfr. M. DELSIGNORE, *Ambiente*, in *I tematici – Enc. dir.*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 46 ss.

13 F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4/2021.

cambiata, allargandosi dal locale al globale e trasformando la temporalità classica tra azioni passate, presenti e future¹⁴.

E non mi pare un caso questa influenza del sociologo tedesco.

Nella sua recente ricca e interessante relazione all'Aipda di Napoli, Fabrizio Fracchia, importante riferimento scientifico di Pantalone, ha ampiamente considerato il pensiero di Luhmann, cercando di riempire la nozione di amministrazione pubblica di “significato luhmanniano”, configurandola come categoria che denota un insieme di organizzazioni preordinate ad assumere decisioni, trattando in modo autopoietico le proprie operazioni passate e future, dando loro ordine attraverso la costruzione di un insieme differenziato di comunicazioni giuridiche volte a tematizzare i problemi sociali e offrire loro una soluzione¹⁵.

3. Un consenso di fondo e due insoddisfazioni per la lettura biopolitica

Detto ciò, a me pare che queste suggestive tematizzazioni di metodo siano per buona parte condivisibili, ma meritano talune ulteriori considerazioni proprio alla luce della mia linea di visione dei problemi, che ho tentato di indicare all'inizio.

Mi convince particolarmente il richiamo alla tecnica del bilanciamento, ormai intrinseca alla logica del diritto fondamentale, come sappiamo sin dalla sentenza sull'Ilva di Taranto del 2013 della Consulta, sentenza non a caso definita schmittiana¹⁶, confermata poi proprio dalla giurisprudenza del tempo pandemico. In buona sostanza, emergenze e criticità talmente gravi da mettere in pericolo un assetto sociale impongono di disporre in una scala discendente di interessi; esse, inoltre, implicano unità e prontezza di decisione e valorizzazione di doveri e responsabilità. Insomma, si pongono nuovamente al centro della

14 N. LUHMANN, *Temporalizzazione della complessità: la semantica dei concetti temporali nell'epoca moderna*, in ID., *Struttura della società e semantica*, Roma-Bari, 1983, 233 ss.

15 F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere - Un quadro d'insieme*, Relazione al Convegno annuale Aipda *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere*, Napoli, 29-30 settembre 2023, in corso di stampa sull'Annuario Aipda 2023.

16 M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 58.

scena i doveri inderogabili di cui parla l'art. 2 Cost. Il nostro giudice amministrativo ha riflesso in più occasioni tale posizione, ritenendo che l'interesse privato vada temperato con quello della collettività a prevenire il diffondersi del virus. Il giudice amministrativo nella pandemia si è confermato giudice della mediazione equitativa tra interesse pubblico e privato. In alcuni casi ha svolto un sindacato assai penetrante (es. l'obbligo di mascherina per alcuni studenti), effettuando un sapiente dosaggio dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità e di precauzione, in altri si è ritirato (es. arretrando a fronte della discrezionalità tecnica su valutazioni scientifiche relative alla salute).

Il punto è, però, che i richiami a concetti quali il paradigma della resilienza o al pensiero di Luhmann a me paiono ancora in linea con la governamentalità neoliberale che critico nel mio libro.

3.1. La resilienza e le sue insidie

Partirei dal tema della resilienza.

Qui mi pare vi sia da effettuare un chiarimento.

Vi sono sul punto critiche, più giuridiche, sul rischio della crescente funzionalizzazione delle attività economiche in vista della cura di interessi ambientali¹⁷ o di quella, più *mainstream* e ideologicamente connotata nel campo sovranista e conservatore, dell'aumento del divario socio-economico a causa di una transizione ecologica e digitale più costose del previsto e foriere di nuove forme di esclusione e povertà.

Come, al contrario, è possibile leggere colti e appassionati saggi che teorizzano la progressiva rilevanza del principio di resilienza nella riconfigurazione della decisione discrezionale dell'amministrazione in chiave eco-giuridica, ritenendo che in termini procedurali sia possibile rendere flessibili e adattivi i procedimenti deliberativi e amministrativi, in maniera tale da consentire un adattamento dinamico delle attività istruttorie partecipative e decisorie all'evoluzione

¹⁷ Rilevate dagli STESSI F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2023*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2-3/2022.

della resilienza degli ecosistemi coinvolti dai procedimenti stessi, e inoltre che ciò abbia riflessi in termini di sindacato sull'eccesso di potere, nel senso che sia ormai possibile configurare la figura sintomatica del difetto di resilienza¹⁸.

A me interessano maggiormente, in linea col mio libro, talune critiche più sottili e filosoficamente connotate.

È stato osservato¹⁹ come il modello della resilienza abbia per oggetto un ambiente caratterizzato da fluttuazioni su larga scala, nelle quali l'approccio preventivo non solo è inefficace, ma rende il sistema ancora più vulnerabile, andando a inficiare col suo interventismo le capacità interne del sistema di ritrovare autonomamente e dinamicamente un nuovo equilibrio in termini di adattamento e assorbimento del danno.

Tale impostazione, espressa soprattutto da pensatori come Crawford Holling²⁰, riflette nel contesto del pensiero ambientale quello che Von Hayek ha rappresentato in ambito economico²¹: anche qui, attaccandosi il modello predittivo keynesiano, si è proposta un'epistemologia fondata sui limiti conoscitivi dell'esperienza umana. Secondo Holling la sfera socio-ecologica è un sistema in continuo mutamento, reso imprevedibile dalla complessità delle interconnessioni che funzionano al suo interno. A fronte dell'impossibilità e della pericolosità insita nei tentativi predittivi e protettivi di mitigazione del rischio, la resilienza fornisce un modello alternativo alla sicurezza statocentrica, basandosi sull'accettazione del disequilibrio irriducibile dei sistemi complessi secondo una *ratio* improntata non più alla mitigazione bensì alla gestione del rischio.

Così come Hayek proiettava l'ontologia dell'ignoranza oltre l'ambito specifico della teoria economica, con Holling l'approccio resiliente travalica l'ambiente naturale diventando lo strumento di un processo di risignificazione

18 M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in www.rivistaaiic.it, n. 2/2018.

19 S. MARCENÒ, *Abitare il mondo. Crisi ecologica e paradigmi securitari*, in *Jura gentium*, XVI, 2019.

20 C.S. HOLLING, *Resilience and Stability of Ecological System*, in *Annual Review of Ecology and Systematics*, 4/1973.

21 F. VON HAYEK, *The Pretence of Knowledge, Nobel Memorial Lecture, December 11, 1974*, in *The American Economic Review*, 79/1989.

politica che produce un discorso ecologico inedito, trasfigurando i presupposti teorici e scientifici del lessico delle scienze naturali. Ancora una volta ci troviamo di fronte a un meccanismo di cooptazione concettuale nelle strategie politiche neoliberali.

In questo quadro l'ontologia del rischio, pervasivo e refrattario a strategie di mitigazione, si coniuga con uno scenario di securitizzazione nel quale gli individui sono costantemente esposti a una serie di minacce, ambientali, economiche, domestiche e internazionali, e devono farsene carico stante la crisi dei dispositivi securitari tradizionali. Una dimensione nella quale i soggetti devono responsabilizzare sé stessi secondo la classica concezione neoliberale del capitale umano.

In questo quadro bisogna stare attenti a non “stirare” eccessivamente l'art. 2 Cost.

Mentre la biopolitica del *Welfare* è essenzialmente una strategia governamentale che accetta la triade libertà-proprietà-mercato, ma risponde almeno parzialmente alla sfida dell'insicurezza prodotta dal mercato, la biopolitica neoliberale governa i processi sociali attraverso l'individualizzazione. Priva cioè i singoli dei supporti del *Welfare* e li spinge ad adeguarsi responsabilmente alle logiche del mercato.

Vi è chi teorizza, in questo senso, una biopolitica post-disciplinare, propria dei tempi di crisi del *Welfare State*.

Alla base di ciò c'è una “truffa delle etichette”: 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 continentale) “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 Italia²².

22 G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010.

L'esaurimento delle tecniche di controllo disciplinare operate attraverso dispositivi e istituzioni, che anticipavano e rendevano possibile l'assoggettamento/soggettivazione biopolitico (comunque meno cogente di quanto sostenuto da Foucault), non significa fine della biopolitica, ma probabilmente, evoluzione della stessa. Lo scopo specifico del modello neobiopolitico d'integrazione lato *sensu sociale*, appare la responsabilizzazione del soggetto, l'individuazione del sociale, promuovendo una forma governamentale di potere finalizzata ad irreggimentare le forme cognitive, linguistiche e comunicative dei singoli; un sistema, quello neobiopolitico, basato su flessibilità, esaltazione di responsabilità individuali e facoltà cognitive, un sistema produttivo aperto, basato sulla collaborazione, sulla rete e su soggettività adattabili a ogni contesto. Centralità in questo modello viene data alle risorse comunicative e relazionali, alle risorse "sociali" produttive di "comunità", utilizzate (paradossalmente) per la de-socializzazione della moltitudine, la singolarizzazione delle responsabilità.

Si è parlato di "psicopolitica"²³ per descrivere un fenomeno in cui si passa dalla biopolitica, alla quale interessava il controllo regolativo della "popolazione" e in tal senso usava le statistiche demografiche, a un modello regolatorio nuovo connotato dai *big data*, più adeguato all'assetto neoliberale, nella misura in cui si accede così agli strati più profondi della psiche collettiva. Qui si tocca il tema di un'altra forma di transizione, pur connessa, ossia quella digitale.

Sul punto la nostra giurisprudenza amministrativa è molto avanzata, sulla scorta dei principi del *human in the loop*, della non discriminazione algoritmica, della trasparenza vista come conoscibilità ma soprattutto comprensibilità dell'algoritmo.

E tuttavia restano aperte immani questioni, ad esempio nei procedimenti ad alto tasso di discrezionalità, in cui le incognite sono moltissime e la capacità computazionale e predittiva dei *big data* può essere più proficua.

23 BYUNG-CHUL HAN, *Psicopolitica*, Roma, 2016.

Per non parlare di altri temi connessi alla questione della digitalizzazione dell'amministrazione, cioè alla regolazione e alle politiche pubbliche in materia, e quindi di nuovo al tema della sorveglianza digitale e dei grandi poteri privati, traggurati sotto il profilo inedito della regolazione soft, che sperimenta oggi nuove forme, come il *nudge*, talora declinato nelle innovative, per molti inquietanti, tecniche della *gamification* e del *social scoring* nelle politiche pubbliche.

3.2. Luhmann e la prospettiva immunizzante

Anche la prospettiva luhmanniana deve essere considerata con attenzione critica.

È stato Roberto Esposito a osservare recentemente che essa trasferisce in ambito sociale il paradigma immunitario²⁴. I sistemi sociali si riproducono non presupponendo la sicurezza ma governando l'insicurezza. Grande rilievo assume in tale costruzione la logica della comunicazione.

Lo nota Fracchia, laddove vede nelle organizzazioni, anche amministrative, un sistema di comunicazione di decisioni, considerando che i vari sistemi (compreso il diritto) producendo autopoieticamente comunicazioni, creano proprie semantiche e innalzano dei confini fra ciò che è attribuito agli stessi e ciò che non lo è.

La differenza è che nella impostazione di Fracchia la costruzione teorica di Luhmann fornisce un prezioso apporto teorico per leggere la realtà amministrativa italiana e i suoi problemi, oltre a dare una importante indicazione di metodo a sostegno dell'autonomia semantica del diritto amministrativo, in quella del filosofo napoletano la comunicazione non è altro che la forma dell'immunizzazione, specie grazie al sistema giuridico che funge da sistema immunitario della società.

In tale contesto il pensiero di Luhmann diviene portatore di un'evoluzione della biopolitica in immunopolitica.

24 R. ESPOSITO, *Immunità comune. Biopolitica all'epoca della pandemia*, Torino, 2022.

Si pensi al tema delle norme interne, della *soft law* e delle spinte gentili nella pandemia.

La linea di lettura del fenomeno di Pantalone appare sul punto neutra, volta a mostrarne la naturale connessione con la “tecnificazione” del mondo e quindi del diritto. Questa prospettiva predilige percorsi di “giustificazione” e indagini sulla “giuridificazione” del fenomeno (e di allontanamento di esso dal modello nichilista alla Irti-Severino, e prima heideggeriano), ad esempio valutando in profondità questi meccanismi proprio come strumenti di riduzione luhmanniana della complessità, e così rileggendo fenomeni come quello delle “norme interne”.

Come ho notato nel mio libro, vi è però un'altra prospettiva, che porta ad accedere ad un'idea non tanto di crisi della legge, ma più ampiamente di crisi del diritto come sistema di veridificazione del potere²⁵, per dirla ancora con Foucault, e sempre con quest'ultimo ad evidenziare il sistema sapere/potere insito a questi fenomeni, connotando la *soft law* come “resa” del sistema democratico rappresentativo a una serie di ideologie forti, su tutte quella neoliberale dell'effettività, che prevale sul modello kelseniano della validità.

Una distanza tra le mie vedute e quelle di Pantalone si coglie anche sul tema del *nudge*.

Mentre questi è interessato soprattutto a ricondurre questa innovativa tecnica regolatoria nel quadro ricostruttivo ultimo della rivisitazione delle situazioni soggettive in tempi di crisi all'insegna del principio di solidarietà, il mio interesse è in parte differente.

Ho provato a mostrare che la tendenza a risolvere il potere nel solo potere giuridico ha impedito l'analisi su altri tipi di potere che non possono dirsi del tutto privi di rilevanza giuridica. Effettuando tale tentativo di traslazione sul piano delle categorie giuridiche familiari al giuspubblicista, si può osservare che il potere governamentale non si esercita attraverso la predisposizione di regole

25 R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 31.

di condotta e non ricorre alla minaccia o alla costrizione; allo stesso modo, nell'ambito giuridico ci si dovrebbe discostare dalla tradizionale tecnica del *command and control*, connotante i più tradizionali schemi di potere normativo e disciplinare. Come ha osservato Zito²⁶, in questo rinnovato scenario: «potere amministrativo in senso giuridico non sarà più solo quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto, ma anche quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto nella realtà materiale».

Ma tutto ciò non è uno schema neutro, e piuttosto presenta di nuove connessioni con lo schema della biopolitica neoliberale.

C'è una evidente relazione tra utilitarismo benthamiano, nudge, e neoliberalismo. Nella *Nascita della biopolitica*, Foucault definisce questo metodo di governo come l'approccio utilitarista del liberalismo, «quello con cui abbiamo minore familiarità, ma senza il quale non riusciamo a comprendere correttamente il neoliberalismo contemporaneo».

Il *nudge* finisce per essere, in tale schema, il dispositivo di questo potere, che è tanto più flessibile, fluttuante e mutevole quanto più richiede di esserlo l'insieme dei meccanismi che rendono possibili i processi di assoggettamento al potere connotato utilitaristicamente come governo degli interessi. L'influenza paternalistica si allea con la libertà individuale, creando all'interno del *nudge* le condizioni di questa convergenza.

Nell'epoca neoliberale, quindi, il nudge emerge come una sorta di meccanismo correttivo tra la tendenziale incompatibilità del diritto col soggetto di interesse, tra *l'homo juridicus* e *l'homo economicus*. Si configura, così, una strategia normalizzante, un potere che, come una “catena invisibile”, cerca di evitare l'azione repressiva plasmando desideri legittimi.

4. Dalla biopolitica/immunopolitica alla biopolitica affermativa/ecopolitica

26 A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

A me pare che queste aporie, filosofiche prima che giuridiche, possano essere sormontate rimettendo al centro la politica e il conflitto.

Filosofi politici come Carlo Galli²⁷ e ancora Roberto Esposito nelle loro ultime opere prospettano la rimessa al centro del conflitto e della democrazia politica contro i processi di spolticizzazione e di tecnicizzazione attivati con le “rivoluzioni passive efficacissime” delle democrazie liberiste degli anni '80.

A fronte dell'impoliticità delle soluzioni adattative e resilienti descritte finora, andrebbe ripresa l'idea arendtiana dell'abitare il mondo, che ha la propria sede autentica in quella *praxis* che si caratterizza per la sua intersoggettività e politicità²⁸.

Questo ha delle conseguenze che ho cercato di inquadrare nel mio libro, laddove ho osservato, fra l'altro, che la sovranità statale, ultimo vero modello di *katéchon*, è sopravanzata dal modello della crisi permanente, cioè dalla catallassi dell'ingegneria neoliberale, dall'emergenza permanente e dallo Stato amministrativo. Mi pare significativo che negli studi più rilevanti sul modello della transizione ecologica tale profilo sia talora sottovalutato, anzi, si dia spesso per scontato un modello di sviluppo che richiama Adam Smith e l'egoismo dell'impresa o le politiche dei commissariamenti in deroga o ancora il ricorso alla legislazione per principi²⁹.

Si impone un passaggio dalla biopolitica immunitaria alla biopolitica affermativa, che a sua volta deve superare le angosciose prospettive della tanatopolitica alla Agamben.

L'approccio di questo pur importante filosofo lascia spesso il giurista in uno stato di sgomento, dinanzi alla deriva decostruttivista cui è andato sovente incontro; ma è anche per questa ragione che il giurista deve provare a dare una risposta alla sfida lanciata dalle componenti più radicali del pensiero moderno:

27 C. GALLI, *Democrazia ultimo atto?*, Torino, 2023.

28 H. ARENDT, *The Life of Mind*, New-York-London, , 1978, trad. it. *La vita della mente*, Bologna, 2009.

29 F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., 805.

quare siletis iuristae in munere vestro? In questi mesi qualche giurista ha provato a dare risposte alle domande di Agamben, ma esse sono state tenute in non cale dal filosofo, che tuttora parla di un'intera società complice e di un nuovo patto hobbesiano, estrema configurazione della biopolitica, in cui il non-complice è escluso dal patto sociale.

Ho pensato di scrivere il mio libro anche perché mi è parso che in questi anni la biopolitica sia stata usata dal giurista più come orpello argomentativo che scendendo nelle sue implicazioni più intime.

Si è trattato di un tentativo apparentemente aporetico, se si considera lo scetticismo per la versione giuridica del potere presente in Foucault, e soprattutto i suoi sviluppi “destituenti” (la tanatopolitica) in pensatori come appunto Agamben.

Senonché a mio avviso non è solo questo il modo in cui il potere e il diritto amministrativo possono avvalersi di quel pensiero, come dimostrano correnti filosofiche maggiormente disposte a colliquare col diritto pubblico, ad esempio l'elaborazione feconda della nozione di istituzione in Roberto Esposito.

Il filosofo napoletano ha prima rielaborato la nozione di pensiero istituyente³⁰, in cui si tenta una ricomposizione tra vita e istituzione, drasticamente separate proprio dalla figura del potere. Ciò è confermato dalla speculare visione di Foucault e Arendt: se il primo critica le istituzioni perché repressive del libero corso della vita, la seconda individua nella vita biologica la forza irresistibile che dissesta le istituzioni, consegnandole alla violenza. Si conclude così nel senso di ripensare la categoria della biopolitica, superando quella divaricazione latente tra quello che ad alcuni appare potere assoluto sulla vita e ad altri una vita libera da ogni potere. Bisogna, quindi, integrare il paradigma istituyente e quello biopolitico in modo produttivo per entrambi.

30 R. ESPOSITO, *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020.

Più di recente egli ha ritenuto – con la felice sintesi ossimorica dell'immunità comune³¹ – che l'immunità possa non essere, come in passato, una lama che taglia la comunità svelando il lato oscuro/securitario delle varie forme del paradigma moderno di immunizzazione (sovranità, proprietà, libertà), ma che possa divenire la stessa forma della comunità.

Ecco perché si parla di biopolitica affermativa, non più *sulla* vita ma *della* vita, conciliabile finalmente con la libertà e la vita degli individui.

Mi è stato chiesto³² se “È vero che il neoliberalismo con la sua governamentalità diffusa ha tagliato la testa al Re ma non per questo ha dissipato il potere, che si è fatto reticolare. Ma questo significa che la rivendicazione delle libertà passa per la restaurazione del Re?”.

Naturalmente c'è chi lo auspica, a livello politico prima che giuridico.

Il mio, tuttavia, non vuol certo essere un libro conservatore né tantomeno nostalgicamente sovranista.

Ho voluto solo mettere in luce due aspetti fondamentali di ricollocazione del potere (preferisco usare questa locuzione piuttosto della ripresa – come avviene di recente, magari anche solo per criticarla – della categoria classica della separazione dei poteri).

Penso al già richiamato avvento dello Stato amministrativo, in cui si amministra soprattutto con la legge e la sentenza. E penso alla necessità di superare quello che è tuttora un topos dei nostri giuristi³³, ossia la lettura benjaminiana del potere come violenza, anomia senza alcuna veste giuridica, dunque, nel suo aspetto esclusivamente sottrattivo. Il potere reticolare biopolitico è molto più esteso, non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei poteri privati di sorveglianza e controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, “corpo docile” che si auto-limita e controlla.

31 R. ESPOSITO, *Immunità comune. Biopolitica all'epoca della pandemia*, Torino, 2022.

32 Da M. TRIMARCHI, “Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico”, *Michele Trimarchi intervista Giuseppe Tropea*, in www.giustiziainsieme.it, 29 giugno 2023.

33 Colui che ha meglio e con più forza civile sostenuto tale approccio durante la pandemia è senz'altro L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021.

D'altra parte, a mio avviso bisogna essere consapevoli che a fronte di fenomeno epocali di rimodulazione del potere, che ho tentato di descrivere, la nostalgia per le garanzie dello Stato di diritto liberale può essere forte, e ha costantemente pervaso anche il mio studio. Mi rendo conto tuttavia che tutto ciò, nel medio-lungo periodo, potrà essere insufficiente se non inutile.

Delle due l'una: o si prende atto dello Stato di eccezione permanente, e gli si adatta un nuovo diritto amministrativo "effettivo" attorno, come alcuni importanti indagini iniziano a fare³⁴, o è il nostro diritto amministrativo a dover essere radicalmente rivisto, fungendo da freno alla deriva funzionalizzante neo-liberale (come nel libro si auspica), ma sul punto il mio libro si ferma sulla soglia di questa immane questione.

La lettura del libro di Pasquale Pantalone fornisce però ulteriori utili spunti per future ricerche agendo proprio come critica implicita alle dimensioni aporetiche del mio saggio: l'a priori storico della genealogia biopolitica foucaultiana va oggi completato con la consapevolezza della ormai stretta integrazione olistica tra temporalità socioeconomiche ed ecosistemiche. Come è stato osservato: «Si tratta di pensare il presente come una congiuntura complessa e dinamica di condizioni di esistenza sociali, tecniche e istituzionali, sempre legate a una rete di vincoli biologici e ambientali, nonché inseparabili dall'esperienza e dalla potenza di trasformazione dei viventi umani e non umani. La critica di questo presente, e la ricerca di possibili alternative, non ha da scegliere tra la riflessività scientifica e quella politica, ma può interrogare reciprocamente l'una attraverso l'altra, e cercare in entrambe gli strumenti per organizzare quella potenza, comprendendone l'eterogeneità e i limiti, ed esercitarla con prudenza e immaginazione»³⁵.

34 G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022.

35 A. ANGELINI, *Biopolitica ed ecologia. L'epistemologia politica del discorso biologico tra Michel Foucault e Georges Canguilhem*, Firenze, 470.

Lo Spillover è l'icona del fallimento di un modello economico, come in generale l'aggravamento della crisi climatico-ambientale³⁶. Nel silenzio assordante della rimozione di questi tempi post-pandemici, si può forse così abbozzare una nuova traiettoria speculativa: dalla biopolitica alla ecopolitica, nella consapevolezza delle aporie (specie rispetto alla dimensione giuridica) della prima, ma anche delle possibili derive della seconda.

Mi riferisco, evidentemente, al rischio di una “sovranità planetaria” non democratica, la quale potrebbe ottenere legittimazione e consenso proprio in nome della sicurezza e della salvaguardia della vita sulla terra. Per il Leviatano climatico, il capitalismo potrebbe ancora non costituire un problema: esso, piuttosto, è considerato parte della soluzione, nella speranza che, con la sua promessa di “auto-regolazione”, corregga quel “fallimento di mercato” che è la crisi climatica³⁷.

36 Così A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comp.*, n. 2/2022, 398, 404, criticando la nozione di sviluppo sostenibile e di *green economy*. In questa sede chi scrive ha avanzato qualche perplessità (di ordine filosofico, prima che giuridico) sul paradigma della transizione ecologica, che viene invece tendenzialmente vista nel senso del «disaccoppiamento tra il livello di sfruttamento delle risorse naturali e gli obiettivi di benessere», come osserva l'a. citato in questa nota.

37 Cfr. G. MANN-J. WAINWRIGHT, *Il nuovo Leviatano. Una filosofia politica del cambiamento climatico*, trad. it., Roma, 2019.

GIANLUCA ROMAGNOLI

Professore associato di diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Padova
gianluca.romagnoli@unipd.it

IL PROBLEMA. LA DIVARICAZIONE DELLA FORMAZIONE DEI GIURISTI E DELLA LORO CULTURA

THE ISSUE. THE SPLIT OF THE TRAINING OF JURISTS AND THEIR CULTURE

SINTESI

La condivisione dei saperi e dei linguaggi ampiamente intesi è presupposto imprescindibile di ogni dialogo. Non vi può, poi, essere continuità di comprensione nel tempo e, dunque, un'utile interazione tra interlocutori se quelli non si preoccupino d'aggiornarsi e le modalità di formazione non siano tali da tenere in adeguata considerazione la situazione dei soggetti con cui si dialoga. Infatti, l'incomprensione o la incomunicabilità può essere anche la conseguenza di una disattenzione successiva per il costante, inarrestabile, mutamento che interessa la società e, individualmente, ciascuno dei suoi componenti e la loro sensibilità. La necessaria condivisione di saperi e linguaggi risulta innegabile quando diverse categorie di soggetti – caratterizzate da aspetti differenziali per ruolo ed obiettivi – devono concorrere alla realizzazione di un fine comune d'interesse pubblico, come accade per l'amministrazione della giustizia.

La condivisione di un patrimonio culturale comune – costantemente aggiornato – risulta fondamentale per garantire la più efficiente ed efficace interazione tra giudici e avvocati, soprattutto, per consentire, che nel contraddittorio, vengano adeguatamente considerate le peculiarità del caso concreto in vista dell'individuazione della regola applicabile e poi per dirimere la lite con una soluzione comprensibile e condivisibile, ma prima ragionevolmente prevedibile.

In considerazione di quel rapporto di strumentalità tra cultura e giustizia la legislazione vigente impone una serie di obblighi di formazione e di aggiornamento, rispettivamente, a magistrati ed avvocati, tramite disposizioni che non appa-

iono adeguatamente coordinate e che non sembrano idonee a garantire quella pluralità di saperi condivisi, necessari per un efficace dialogo.

Lo studio analizza le principali prescrizioni legislative per poi verificarne la capacità di raggiungere l'obiettivo indicato. Quindi, rilevata l'inadeguatezza delle soluzioni predisposte propone di ovviare alle carenze attraverso la rivalutazione del ruolo delle istituzioni di alta cultura, tra cui le Università. In particolare, tramite il coinvolgimento nell'attività di approfondimento e di aggiornamento di quelle realtà in cui tutti i giuristi – avvocati e magistrati – hanno ottenuto la loro prima formazione. Dunque, attraverso un pieno ricoinvolgimento, nella fase successiva, di quelle istituzioni qualificate per individuare percorsi comuni di accrescimento culturale di avvocati e magistrati e, quindi, superare, almeno in parte, alcune criticità che affliggono il contenzioso domestico.

ABSTRACT

Sharing knowledge and broadly understood languages is a prerequisite for any dialogue. There cannot, then, be continuity of understanding over time and, therefore, a helpful interaction between interlocutors if those interlocutors do not take care to keep up to date and the training methods are not such as to take adequate consideration of the situation of the subjects with whom one is in dialogue. Indeed, incomprehension or incommunicability may also result from a subsequent inattention to the constant, unstoppable change affecting society and each of its components and their sensitivities.

The necessary sharing of knowledge and languages is undeniable when different categories of subjects – characterized by differing roles and objectives – have to contribute to realizing a common purpose of public interest, as is the case with the justice administration.

The sharing of a common cultural heritage – constantly updated – is fundamental to ensure the most efficient and effective interaction between judges and lawyers, above all, to allow, in the adversarial process, the peculiarities of the concrete case to be adequately considered with a view to identifying the ap-

plicable rule and then to settle the dispute with a comprehensible and agreeable solution, but first reasonably foreseeable.

Given that instrumental relationship between culture and justice, the current legislation imposes a series of training and refresher training obligations on magistrates and lawyers, respectively, through provisions that do not appear to be adequately coordinated and that do not seem capable of guaranteeing that plurality of shared knowledge necessary for effective dialogue.

The study analyses the main legislative prescriptions and then verifies their ability to achieve the stated objective. Then, having noted the inadequacy of the solutions provided, it proposes to remedy the shortcomings by re-evaluating the role of institutions of high culture, including universities. In particular, through the involvement in deepening and updating activities of those institutions where all jurists – lawyers and magistrates – received their initial training. Therefore, through a full reinvolvement, in the next phase, of those institutions qualified to identify common paths for the cultural growth of lawyers and magistrates and, therefore, to overcome, at least in part, some of the critical issues that plague domestic disputes.

PAROLE CHIAVE: giudice - avvocato - cultura - azione amministrativa – organizzazione - processo - contraddittorio – diritti

KEYWORDS: judge - lawyer - culture - administrative action - trial - adversarial - rights

INDICE: 1. Una cultura giuridica comune come presupposto dell'interazione tra avvocati e magistrati. - 2. – L'attenzione per la formazione di avvocati e magistrati. - 3. La divaricazione della preparazione e della formazione dei giuristi. - 4. Un secondo momento di divaricazione: la richiesta formativa dei magistrati e la negazione della "dimensione culturale della amministrazione della giustizia". - 5. La sfiducia nella giustizia. - 6. Cultura e giustizia?

1. Una cultura giuridica comune come presupposto dell'interazione tra avvocati e magistrati

Il diritto è strumento per la prevenzione e la risoluzione dei conflitti il cui impiego postula una cultura giuridica comune di chi lo pratica. Avvocati e magistrati, per comprendersi, devono disporre non solo di adeguate e condivise conoscenze tecniche per l'individuazione della regola e per la sua applicazione ma anche di un sapere adeguatamente interiorizzato che li guida ed accompa-

gna, nelle diverse prospettive, verso la soluzione del conflitto del caso concreto, da comprendere in tutta la sua materialità.

L'imprescindibilità d'un patrimonio culturale comune ad avvocati e magistrati è più che ovvia e scontata. Infatti, se non si condividono linguaggi e, prima, saperi, costumi, consuetudini e percorsi applicativi non ci può essere quel dialogo costruttivo che si svolge nel contraddittorio del processo tra le sue parti e, in un momento antecedente, fuori del processo, in funzione della valutazione dell'opportunità d'instaurarlo.

Solo un linguaggio ed un patrimonio culturale comune consentono una utile interazione tra avvocati e giudici. Sono quelli che rendono possibile nel processo, riprendendo le parole di Piero Calamandrei¹, al buon avvocato di «*essere utile al giudice per aiutarli a decidere secondo giustizia, utile al cliente per aiutarlo a far valere le proprie ragioni*». Ancora: sono linguaggio e patrimonio culturale comune che, al di fuori del processo, consentono al buon avvocato di essere «*il primo giudice istruttore*» che vaglia le ragioni del cliente e ne filtra l'accesso alla giustizia, consigliandolo di desistere od accompagnandolo innanzi al giudice quando un caso analogo non è stato ancora deciso.

L'efficacia – e la stessa “importanza”² – dell'opera dell'avvocato e, se si vuole, la sua funzione di filtro, a prevenzione del contenzioso, sono condizionati dalla sua capacità di predire l'esito d'un potenziale conflitto, il cui pronostico non dipende solo dalla padronanza degli strumenti tecnici ma anche dalla consapevolezza d'altro. Cioè dei valori, dei modelli comportamentali diffusi – anche se più o meno condivisi – od, ancora, dei processi cognitivi che rispetti-

1(*) Il presente scritto, con l'aggiunta d'alcune note essenziali, riproduce il testo della relazione presentata al convegno *Anche la cultura giuridica può aiutare la giustizia? Riflessioni sul linguaggio, metodo di comunicare e di decidere dentro e fuori al processo*, svoltosi il 22 maggio 2023, presso l'Università degli Studi di Padova.

P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*⁴, Firenze, Ponte alle Grazie, 1959 (ristampa 2010), p. 128.

2 Caratteristica, spesso non adeguatamente compresa ed apprezzata. Cfr., P. DORIA, *La formazione del giurista. L'impresa di servizi legali o il vir bonus dicendi peritus?* in *Juscivlie*, 2020, I, pp. 163-164,

vamente orientano i componenti della società³ o condizionano i singoli in un dato momento storico e che, non di meno, devono essere noti al giudice⁴.

Il diritto è strumento per risolvere le controversie che si prospettano nella quotidianità e, dunque, non si può prescindere dalla realtà in cui quelle sono “immerse”⁵. Il riconoscimento della legittimità d’una pretesa da parte d’un determinato ordinamento, infatti, ha un carattere relazionale. Il che implica una necessaria considerazione sia della posizione di chi richiede o potrebbe domandare una tutela per garantirne l’effettività sia di chi, la contrasta, magari, assumendosi titolare di una contropretesa, fondata su d’un diverso diritto fondamentale, con la conseguenza che l’eventuale prevalenza dell’una o dell’altra è il risultato di un’operazione di bilanciamento⁶.

La levatura culturale dell’avvocato non è, peraltro, meno rilevante di quella del magistrato. Infatti, se il livello e qualità della seconda possono concorrere a garantire una decisione saggia – intesa come fondata su d’una adeguata conoscenza dei fatti, proporzionata sia rispetto alle regole che ai valori sottostanti – il livello di qualità della prima non solo condiziona il magistrato ma anche ne delimita l’ambito di intervento. È l’avvocato – sia nel processo civile che in quello amministrativo – che, formulando la domanda, delinea le tematiche che saranno oggetto della sentenza (artt. 99 e 112 cod. proc. civ.; artt. 34, comma 1, e 39, cod. proc. amm.) e con le sue argomentazioni concorre alla realiz-

3 Cfr. L. VIOLANTE, *Antigone*, in M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 83 ss. e spec. pp.110-111.

4 La risoluzione del conflitto attuale o potenziale richiede il compimento d’un’attività interpretativa, che si sostanzia nello sforzo di contestualizzazione del messaggio contenuto in un documento normativo, impiegando un linguaggio condiviso; linguaggio che, dunque, dovrà tener conto del contesto storico culturale in cui viene compiuta l’operazione destinata alla individuazione del parametro su cui fondare la soluzione, come evidenziato da tempo, dalla più autorevole dottrina. Cfr. G. ZACCARIA, voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. del dir., Annali V*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. pp. 702-704.

5 M. CARTABIA, *Edipo re*, in M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia*, cit., p. 59

6 Tra i tanti, per quanto riguarda la problematica dell’individuazione dei c.d. “diritti fondamentali” e delle tecniche per assicurarne l’effettività, si veda il breve quanto denso saggio di A. CELOTTO, *L’età dei (non) diritti*, Roma-Cesena, Giubilei Regani, 2017, p. 9, spec. pp. 33 ss. e pp. 88 ss. e, per quanto concerne il c.d. “bilanciamento”, pp. 105 ss.

zazione di una giustizia formale⁷, apportando un contributo imprescindibile, alla decisione del caso concreto⁸, cercando di scongiurare il pericolo che la pronuncia possa essere condizionata da tendenze conformistiche⁹.

2. L'attenzione per la formazione di avvocati e magistrati

L'amministrazione della giustizia eroga un servizio pubblico essenziale e perciò si spiega perché la legge contenga delle prescrizioni che – per garantirne la qualità – impongono obblighi formativi e di aggiornamento a magistrati ed avvocati. È la complementarità delle due categorie che giustifica un'articolata serie di doveri. Il contributo degli appartenenti all'una non può prescindere da quello di chi è parte dell'altra. Infatti, il dialogo che si sviluppa nel processo impone che chi vi partecipa e lo stimola sappia “parlare” a chi è non solo disposto a capire ma anche capace d'ascoltare¹⁰.

Una normativa, ormai non più recente, pone alla ribalta il fatto che la qualità del servizio non dipende solo dalle regole d'accesso alla magistratura, come evidenziava Piero Calamandrei, ma anche da quello che accade dopo “l'immissione nel ruolo” di chi è chiamato a decidere. Infatti, quel «*potere micidiale*» che lo Stato affida ai giudici potrebbe risultare mal adoperato facendo «*diventare giusta la cosa ingiusta*»¹¹ non solo se non si presta adeguata attenzione ai criteri di selezione ma anche se, poi, non si assicura un successivo percorso di aggiornamento formativo/culturale.

Il d.lgs. 31 gennaio 2006, n. 26, coltiva l'obiettivo della formazione ed aggiornamento dei magistrati tramite l'istituzione della Scuola superiore della

7 Cfr. E. OPOCHER, *Analisi dell'idea di giustizia*, Milano, 1977, pp. 27, ss. Giustizia, peraltro, la cui realizzazione non si concretizza solo con l'affermazione della conformità della condotta alla legge, a prescindere da qualunque considerazione di beni o valori ma – per gli ordinamenti a costituzione rigida – anche con il riscontro della conformità o compatibilità della disposizione con i principi, fissati nella carta fondamentale.

8 Cfr. G. ALPA, *Giudici e legislatore*, in *Dir. pubblico*, 2017, p. 35.

9 P. BARILE, *Introduzione*, in P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. XII,

10 Rendendo così possibile dare una ricaduta pratica a quell'alleanza tra dottrina e giurisprudenza tesa ad individuare e colmare le lacune dell'ordinamento, cui accenna G. ALPA, *op. cit.*, p. 32.

11 P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 10-11.

magistratura (art. 2; art. 18 e artt. 23 ss.) per cui sono previsti diversi obblighi di frequenza in funzione dell'anzianità e dei ruoli dei diversi giudici. In modo simmetrico, l'art. 11, l. 31 dicembre 2012, n. 247, pone per l'avvocato *«l'obbligo di curare il continuo e costante aggiornamento della propria competenza professionale al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali e di contribuire al migliore esercizio della professione nell'interesse dei clienti e dell'amministrazione della giustizia»*.

L'attività formativa è, dunque, divenuta una delle linee qualificanti l'azione amministrativa tesa garantire la qualità del servizio giustizia prevedendosene l'obbligatorietà per le "categorie" che concorrono al suo funzionamento. E la centralità di quella è orma indiscussa soprattutto quando si guarda a chi decide. Infatti, può dirsi acquisito che *«una adeguata preparazione culturale, professionalità pratica e consapevolezza sociale del ruolo»*, sono fondamentali in quanto *«il giudice colto è più indipendente»*¹². Giudice colto che opera in modo più efficace ed efficiente, in quanto capace di *«comprendere il contesto in cui è chiamato ad esercitare la giurisdizione»* ed in grado di non seguire impostazione formalistiche, disattento al dato sociale ed incuranti del sostrato valoriale della legislazione. E, ciò, ulteriormente perché si reputa che un giudice colto sia più capace a resistere a quegli *«orientamenti sostanzialistici che privilegiano in modo arbitrario finalità di giustizia rispetto alla corretta interpretazione ed applicazione della legge»*¹³.

In disparte l'enfasi e la condivisibilità delle affermazioni di principio, ci si deve però chiedere se l'azione amministrativa sino ad ora svolta sia stata in grado di raggiungere i suoi obiettivi. In particolare, se – a distanza di anni dall'istituzione della Scuola superiore della magistratura – l'attività formativa obbligatoria abbia effettivamente preparato un giudice colto, in grado di dialogare efficacemente con gli avvocati, capace ancora, di comprendere i fatti della vita, guardandoli in modo obiettivo, anche in tutta la loro eventuale drammati-

12 *Formazione dei magistrati e attività della Scuola della magistratura. Un colloquio con il Presidente Gaetano Silvestri* (16 ottobre 2019), in https://www.questionegiustizia.it/articolo/formazione-dei-magistrati-e-attivita-grave-della-sc_16-10-2019.php.

13 Si veda la nota precedente.

cità¹⁴, superando quella naturale precomprensione di ogni fenomeno che accompagna ogni attività ricostruttiva/valutativa¹⁵.

3. La divaricazione della preparazione e della formazione dei giuristi

Chi ha un minimo d'esperienza concreta – misurandosi con la pratica giudiziaria – può ragionevolmente esprimere qualche perplessità in merito all'idoneità dell'attuale assetto normativo / amministrativo a garantire l'erogazione di quella formazione capace di favorire quell'arricchimento culturale della cui importanza nessuno dubita.

Anzi, se non mi inganno, il vigente assetto pare caratterizzato da alcuni fattori “divisivi” che, cioè, catalizzano una sorta di divaricazione culturale delle diverse categorie dei giuristi. Da qui una conseguente ricaduta (negativa) in termini di difficoltà – se non impossibilità – di quel dialogo tra avvocati e giudici e, a seguire, il depotenziamento – se non la vanificazione – dell'effetto virtuoso che si vorrebbe garantito dal contraddittorio.

L'ammissione all'esercizio della professione di avvocato è subordinata alla dimostrazione del possesso di competenze tecnico giuridiche, della capacità di esporre in modo persuasivo e coerente la posizione difesa e, dunque, convincere chi ascolta, con metodo retorico¹⁶. In tesi poi, l'obbligo formativo continuo dell'iscritto all'ordine vorrebbe garantita nel tempo quella capacità e, dunque, implicare uno sforzo d'aggiornamento utile al fine di, non solo di mantenere, ma anche di elevare la qualità della prestazione professionale.

La proiezione pratica del sapere e della cultura dell'avvocato – a “connotazione relazionale” – perché destinata per essere impiegata per “confezionare comunicazioni” rivolte al giudice, trova, se si vuole, un limite nell'atteggiamento di quest'ultimo. L'impiego retorico delle conoscenze – in linea con l'impo-

¹⁴ Cfr. M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵ Per tutti, sui meccanismi e sui rischi che le decisioni giudiziarie siano guidate da fattori indipendenti dall'esercizio della razionalità, A. FORZA, G. MENGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 21 ss.

¹⁶ Sul punto, anche per una ricognizione normativa si rinvia a, P. MORO, *L'argomentazione forense come difesa della parte e persuasione del giudice*, in *Cultura e diritti*, 2015, IV, pp. 26 ss.

stazione di questa tecnica di persuasione – lo porta a privilegiare quei temi o argomenti che fanno più facilmente breccia nel cuore del magistrato e lo inducono a trascurare, invece, quelli che la prassi fa apparire meno efficaci anche se possono essere utili per favorire una visione più ampia del caso controverso e della realtà in cui è collocato. In altri termini, l'impostazione culturale del giudice – e soprattutto i suoi difetti – sono in grado di condizionare negativamente lo sviluppo di quella dell'avvocato. Anzi al limite, alla lunga, paiono in grado di “logorare” l'attitudine e la capacità del secondo a guardare oltre la prassi giudiziaria e, perciò, di ragionare e di proporre nuove soluzioni per la decisione di casi futuri, suggerendo interpretazioni evolutive dei documenti normativi in vigore. Dunque, ad indurre l'avvocato a non studiare, ad abbandonare un approccio ampio, trascurando, in particolare l'eventuale dibattito dottrinale sviluppatosi che può interessare tanto un tema nuovo quanto uno antico ma controverso e complesso.

La conferma delle perplessità esposte, credo, si possa trarre da alcune indicazioni ritraibili dalla disciplina dedicata alla formazione ed aggiornamento dei magistrati, il cui primo esame, già, suscita qualche dubbio¹⁷. Per come quella è stata strutturata e poi attuata, parrebbe inidonea a favorire quel pluralismo di prospettive culturali, reputato fattore necessario per garantire a chi decide un approccio indipendente ed imparziale ai problemi del contenzioso¹⁸.

17 Perplessità, che si sommano a quella di fondo relativa alla “rarefazione”, nel corso del tempo, dell'obbligo d'aggiornamento del magistrato e alla attribuzione allo stesso d'un onere d'autovalutazione del proprio bisogno che, in ultima analisi, rimane affidato alla sensibilità del singolo. Il giudice, infatti, è obbligato solo nel primo periodo di servizio a seguire con cadenza annuale sessioni di formazione professionale. Scaduto il quadriennio quell'obbligo scatta con cadenza quadriennale e riguarda temi o materie la cui individuazione viene effettuata anche sulla base delle richieste dell'interessato (art. 25 d.lgs. 26/2006).

18 Si veda la nota 12. La necessità di un'ampia formazione culturale e della padronanza da parte del giudice di una familiarità con saperi interdisciplinari è indiscussa. Anche se, poi, chi ha riflettuto sul contributo “normativo” della giurisprudenza la postula quale caratteristica degli appartenenti all'ordine giudiziario, come sembra ricavarsi dalle pagine di G. CANZIO, *Nomofilia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubblico*, 2017, pp. 21 ss. Solo dando per acquisita quella competenza interdisciplinare ed ampiezza di vedute, sembra possibile, attribuire valore positivo, di fonte di diritto a quella giurisprudenza “dinamica”, ritenuta capace di fugare le difficoltà derivanti dalla complessità del sistema normativo, dall'interazione tra fonti interne e sovranazionali e delle relative giurisprudenze nonché dalla decadenza della qualità dei testi delle leggi.

Un primo profilo di criticità può essere indicato in una scelta normativa di chiusura / limitazione soggettiva. Dubbia, infatti, è l'opzione di fondo che esclude che la Scuola superiore possa trarre dagli avvocati del c.d. "libero foro" i docenti dei corsi di formazione per il passaggio dei giudici a funzioni superiori (d.lgs. 26/2006), soluzione che pare postulare una sorta di assoluta di incompatibilità per inconciliabilità di valori e prospettive di riflessione¹⁹.

Un secondo profilo di criticità pare ravvisabile nella modalità di definizione dei programmi della Scuola superiore. Infatti, si prevede che quelli devono essere predisposti tenendo conto delle linee programmatiche del Ministero della giustizia e del C.S.M. [art. 12, comma 1, lett. a), d.lgs. 26/2006]. Dunque, orientati da indicazioni di tipo amministrativo / finalistico che paiono imprimere alle iniziative formative una marcata connotazione autoreferenziale. Le linee programmatiche del C.S.M., infatti, impongono d'attribuire preminenza ai corsi c.d. "classici", dedicati alle «prassi giurisprudenziali», relegando nell'area dell'eventuale gli altri «temi di elevato taglio scientifico e culturale collegati al dibattito giurisprudenziale ed alle novità normative»²⁰.

Un terzo profilo di criticità può essere individuato nelle modalità di definizione dei programmi dei singoli corsi. Quelle sembrando condurre alla "confezione" di prodotti incapaci d'offrire una visione "pluriprospettica" dei temi oggetto d'approfondimento, contraddistinguendosi per la loro propensione a proporre un esame, attraverso la "lente" (prevalente) della giurisprudenza interna, così, in principio, veicolando approfondimenti sicuramente parziali.

Tanto può, esemplificativamente, trarsi già dall'esame della presentazione di un'iniziativa dedicata all'approfondimento dei rapporti tra giudice comune e

¹⁹ Nel preambolo del decreto legislativo, è contenuta la seguente precisazione: «Ritenuto, inoltre, di non recepire la condizione formulata dalla Commissione giustizia della Camera dei deputati relativamente all'articolo 27, comma 1, atteso che forti e non superabili ragioni di opportunità, hanno suggerito di non includere, nell'ambito dei soggetti che il comitato di gestione può chiamare a tenere i corsi di formazione per il passaggio dei magistrati a funzioni superiori, gli avvocati del libero foro».

²⁰ Cfr. *Linee programmatiche sulla formazione e l'aggiornamento professionale dei magistrati per l'anno 2023* (p. 4-5), in <https://www.csm.it/web/csm-internet/-/linee-programmatiche-sulla-formazione-e-l-aggiornamento-professionale-dei-magistrati-per-l-anno-2023>.

costituzionale in cui si propone una ricostruzione limitata della rilevanza interpretativa delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Quella presentazione, invero, si muove postulando la rilevanza interpretativa per il giudice interno (ex art. 117, comma 1, Cost.) delle sole pronunzie che esprimono una “giurisprudenza consolidata” della Corte di Strasburgo²¹. Dunque, svolgendo ogni ulteriore considerazione od approfondimento muovendo da una non recente, quanto dubbia, affermazione della Consulta²², poi ripresa dalla giurisprudenza di merito e di legittimità domestica²³, per contenere l'impatto delle sentenze del giudice C.E.D.U. La parzialità /opinabilità della visione offerta appare evidente se si considera che la distinzione tra “sentenze ordinarie” e “sentenze espressione di una giurisprudenza consolidata” non ha alcun riscontro nel diritto convenzionale che riconosce, in principio lo stesso effetto alla sentenza della sezione semplice od a quella della Gran camera. Impostazione, ancora, che – a prescindere dal dubbio in merito al momento del consolidamento del principio giuridico espresso nella sentenza²⁴ – è incompatibile con lo spirito della stessa Convenzione. Infatti, riconoscere un effetto esterno interpretativo solo alla giurisprudenza consolidata significherebbe negare la “forza espansiva” della tutela dei diritti propria della C.E.D.U.²⁵.

21 Tanto si legge nella scheda di presentazione del corso, *Giudice comune, Corte costituzionale e giudizio di costituzionalità*, SSM, codice P23038, in www.scuolamagistratura.it.

22 Corte cost., 6 luglio 2016, n. 193, in www.cortecostituzionale.it.

23 Cfr. Cass. pen. (sez. VI), 7 luglio 2020, n. 20572, in *DeJure*.

24 Problema non trascurabile e costantemente sentito, in quei paesi, quali ad esempio la Spagna, la cui legge qualifica come “fonte complementare” la giurisprudenza consolidata. Sul punto si rinvia alle riflessioni di L. PERFETTI, *Il valore del precedente nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2022, p. 787, sviluppate muovendo dalla indiscussa evidenza dell'ineludibile “forza normativa” delle decisioni giurisprudenziali per indagare entro quali limiti quella valenza debba essere contenuta per risultare compatibile con il nostro ordito costituzionale. Sul tema della rilevanza del precedente nel diritto amministrativo si vedano anche le considerazioni – trasponibili anche ad altri “settori” – di A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale* (2017), in www.federalismi.it. Sul tema, si segnalano anche, M. CECILI, G. VOSA, *La funzione normativa dell'ordine giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, pp. 255 ss.

25 Sul punto mi si consenta di rinviare a G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 109 ss. ed alla bibliografia citata.

4. Un secondo momento di divaricazione: la richiesta formativa dei magistrati e la negazione della “dimensione culturale della amministrazione della giustizia”

La segnalata tendenza alla chiusura culturale ed all'iperesposizione del “formante giurisprudenziale” come parametro prevalente/esclusivo di comprensione ed apprezzamento della giuridicità del fatto sembra essere aggravato dai “riflessi” negativi delle non più recenti scelte legislative d'estensione all'amministrazione della giustizia di (dubbie) impostazioni “aziendalistiche/ produttivistiche” che valutano l'operatività del personale in base alla quantità delle decisioni rese.

La logica dell'amministrazione c.d. “di risultato”, l'attenzione per la produttività del singolo magistrato ai fini della valutazione del suo operato (art. 11, l. 5 aprile 2006, n. 160; art. 3, l. 17 giugno 2022, n. 71) e della progressione di carriera²⁶, rende recessiva, se non assolutamente marginale, la domanda di quegli altri saperi – di carattere generale e non tecnico – che possono consentire una miglior comprensione del contesto, ampiamente inteso, in cui sono in cui sorgono le controversie.

Dai questionari compilati dagli utenti della Scuola superiore della magistratura, infatti, emerge una pressante richiesta di una formazione “operativa”²⁷. Prevale, la preoccupazione per il saper fare e – soprattutto – per il saper smaltire i carichi di lavoro. Dunque, una domanda spinta da tendenze/prefereenze «praticistiche che consentano di affrontare la prassi quotidiana anche se ciò possa comportare la perdita di quella visione d'insieme che evita al giudice di muoversi a tentoni nella soluzione dei casi della vita»²⁸. Tendenza che, verosimilmente, potrebbe acuirsi alla luce degli obbiettivi del P.N.R.R. che – postulata l'alta professionalità dei magistrati – indica la riduzione dei tempi dei processi

26 Cfr. O. CIVITELLI, *La giustizia e la performance*, in *Questione giustizia*, 2/3, 2022, pp. 88 ss.

27 Cfr. M. G. CIVININI, *Il ruolo della Scuola superiore della magistratura e della formazione iniziale nel “nuovo” ordinamento giudiziario*, in *Questione giustizia*, 2-/3, 2022, p. 30.

28 Si veda nota 12.

come momento essenziale di una tutela giurisdizionale effettiva²⁹. Infatti, la logica acceleratoria sottesa – caratterizzata da un'equiparazione tra velocità e qualità delle decisioni giudiziarie – sembra ineludibilmente spingere nella direzione indicata e con ciò trascurando che l'effettività della tutela giudiziaria può risultare compromessa tanto da una decisione “tardiva” quanto da una che, pur “tempestiva”, resa cioè a breve, è ingiusta in quanto nega il riconoscimento di una situazione giuridica spettante alla parte soccombente³⁰.

La pressione acceleratoria, dunque, ben si presta a spiegare l'ampio, disinvolto – e non di rado eccessivo od inappropriato – uso dei precedenti giudiziari, oggi divenuto un “metodo” (espediente) per l'agile risoluzione della controversia tramite una sentenza la cui motivazione è costruita con il richiamo a massime conformi³¹, non solo della Corte regolatrice ma anche dello stesso giudice di merito³². Così consentendo – grazie alla copertura d'un astratto principio di parità di trattamento³³ – sia al giudice pigro che a quello dal ruolo sovraccarico di trovar spianata la via che conduce alla rapida (seriale) soluzione dei casi al suo vaglio³⁴.

29 *Piano nazionale di ripresa e resilienza. Italia domani*, pp. 50 ss., in <https://www.italiadomani.gov.it/it/home.html>.

30 *Carichi di lavoro: nuove prospettive*, in <https://www.magistraturaindipendente.it/carichi-di-lavoronuove-prospettive.htm>.

31 Sul ruolo del precedente, si rinvia a P. MORO, *Sul valore topico del precedente*, in AA. VV., *Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, a cura di C. SARRA, D. VELO DALBRENTA, Padova, University Press, 2013, pp. 178 ss.

32 Cass., 20 ottobre 2021, n. 29017, in *DeJure*, per cui «La sentenza di merito può essere motivata mediante rinvio ad altro precedente dello stesso ufficio (nella specie, reso tra le stesse parti), in quanto il riferimento ai “precedenti conformi” contenuto nell'art. 118 disp. att. c.p.c. non deve intendersi limitato ai precedenti di legittimità, ma si estende anche a quelli di merito, ricercandosi per tale via il beneficio di schemi decisionali già compiuti per casi identici o per la risoluzione di identiche questioni, nell'ambito di un più ampio disegno di riduzione dei tempi del processo civile; in tal caso, la motivazione del precedente costituisce parte integrante della decisione, sicché la parte che intenda impugnarla ha l'onere di compiere una precisa analisi anche delle argomentazioni che vi sono inserite mediante l'operazione inclusiva del precedente, alla stregua dei requisiti di specificità propri di ciascun modello di gravame, previo esame preliminare della sovrapposibilità del caso richiamato alla fattispecie in discussione».

33 Per una critica all'inappropriato uso del precedente, spesso impiegato come espediente retorico per integrare o rinforzare la giustificazione della decisione senza, peraltro, accrescerne la condivisibilità o la prevedibilità del suo contenuto, Cfr. L.R. PERFETTI, *op. cit.*, p. 799-800.

34 Cfr. G. ROMAGNOLI, *Note critiche sull'impiego della giurisprudenza*, in *Nuove leggi cin.*, 2011, II, pp. 243-244. E deve sottolinearsi, senza che quei blandi limiti posti dalla stessa Corte regolatrice all'impiego dei precedenti nelle motivazioni possa costituire un adeguato usbergo all'abuso

Impiego “massivo” dei precedenti – deve sottolinearsi – che, da un lato, per la sua prevalenza, documenta la “contrazione” degli spazi per l’impiego di altri “argomenti retorici” e, dall’altro, consente di giustificare in modo apparentemente coerente una decisione non pienamente meditata. Decisione, magari, frutto d’una considerazione superficiale delle peculiarità del caso concreto, che definisce la controversia richiamando un principio di diritto fissato da una precedente sentenza per nulla pertinente³⁵ o, al più, che ha solo una vaga attinenza con la questione giuridica esaminata. E ciò con una possibile alterazione del messaggio normativo o delle situazioni giuridiche soggettive la cui effettività dovrebbe essere garantita dalla pronunzia del giudice³⁶.

I casi paradigmatici sono molteplici e paradossali. Ad esempio, si può ricordare quello in cui il giudice civile – investito dell’opposizione ad una sanzione Consob (art. 195, comma 4, T.u.f.) – ha giustificato l’incontestabilità dei risultati di verifiche tecniche opinabili, non svolte in contraddittorio con la società ispezionata, richiamando l’autorità d’un «precedente» della Cassazione relati-

degli stessi. Sul punto, nonché per una riconsiderazione del problema, si segnala, G. CARUSO, *Nihil est idem, cui id ipsum est. Marginalia all’ordinanza Corte cass. n. 29191 del 21 dicembre 2020*, in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2021/07/Caruso-1.pdf>.

35 O che, addirittura, non può ritenersi tale, risolvendosi in un richiamo ad una pronuncia che non si riferisce ad un caso comparabile o che si propone di risolvere la stessa questione esegetica che si propone ai fini della risoluzione della controversia in cui la precedente sentenza viene richiamata.

36 Per un esame critico del sostanziale mutamento del ruolo della Corte regolatrice e del precedente, cfr. B. CAPONI, *Legittimità, interpretazione, merito. Saggi sulla Cassazione civile*, Napoli, 2023, spec. pp. 78-79 e pp. 279 ss. Per alcune notazioni critiche, tra le tante voci, si segnala, B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 2, p. 62, ove viene rilevato come la Corte sia sempre più incline a intendere la sua funzione nomofilattica «come un legiferare di secondo grado a scapito del giudicare». Emblematico di tale percezione pare un passo d’una recentissima pronuncia con cui la Corte regolatrice sembra attribuire tale ruolo ad ogni giudice investito della funzione nomofilattica. Le sezioni unite – Cass., ss.uu., 23 novembre 2023 n. 32599, in *DeJure* – nel decidere un ricorso per eccesso di potere giurisdizionale (negativo) dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, per dar ragione del diniego di giurisdizione da parte della sentenza impugnata fanno leva sulla particolarità degli effetti della decisione oggetto di contestazione e sulla sua capacità di sortire effetti ultraprocedurali. Infatti, si legge: «Avere escluso pregiudizialmente tutte le associazioni e gli enti dalla partecipazione alla fase del giudizio dinanzi all’Ad. plen., che era la sede nella quale sarebbero stati enunciati principi sostanzialmente normativi e vincolanti per i giudici e anche per le amministrazioni pubbliche, è sintomo di diniego o arretramento della giurisdizione in controversia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo».

vo ad un accertamento di un fatto semplice – a rilevazione empirico visiva immediata – quale la gravidanza di un animale abbattuto da un cacciatore in violazione della disciplina a tutela della fauna che vietava l'uccisione «di femmine in fase di riproduzione»³⁷. Postulando, da un lato, che l'accertamento in punto di adeguata strutturazione del sistema dei controlli interni di un intermediario finanziario abbia la stessa complessità di quello visivo della gravidanza d'un ungulato e, dall'altro, che gli accertamenti compiuti dalle amministrazioni possano essere condotti unilateralmente, senza alcun confronto con il soggetto passivo in fase d'esecuzione, per confermare la tesi della superiorità degli apprezzamenti delle autorità di vigilanza, nega l'applicazione di una fondamentale garanzia riconosciuta dall'art. 41 della Carta di Nizza, la cui operatività è indiscussa nelle materie che ricadono nella competenza normativa dell'U.E.³⁸.

Come evidenzia l'esempio, il precedente, non di rado, si rivela essere uno strumento tutt'altro che funzionale alla realizzazione di quell'azione nobile³⁹, quasi compensatrice delle criticità normative, per essere strumento d'afferma-

37 Cass., 19 dicembre 2007, n. 26794, in *DeJure*.

38 Per una conferma di tale evidenza con riguardo agli accertamenti ispettivi fiscali c.d. «a tavolino», effettuati sulla base di documenti richiesti dall'amministrazione tributaria si segnala, Corte cost., 21 marzo 2023, n. 47 (par. 5.3, considerazioni di diritto), in www.cortecostituzionale.it, per cui «Alla frammentazione delle norme sul contraddittorio propria del diritto interno, si contrappone la previsione, in capo all'amministrazione tributaria, di un obbligo generale di attivarlo, ogniquale volta adottati decisioni che rientrano nella sfera di applicazione del diritto europeo. Nel procedimento di verifica fiscale in cui l'amministrazione attua il diritto dell'Unione europea, infatti, questa è tenuta ad osservare gli obblighi derivanti dal diritto a una buona amministrazione sancito dall'art. 41, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed inteso come «il diritto a che le questioni [...] siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione», tra le cui articolazioni, elencate in via esemplificativa, il paragrafo 2 prevede espressamente «il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio» (da ultimo, Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione quinta, 24 febbraio 2022, in causa C-582/20, SC Cridar Cons srl). Questo diritto «garantisce a chiunque la possibilità di manifestare, utilmente ed efficacemente, la propria opinione durante il procedimento amministrativo prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi» (ex multis, Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione sesta, 4 giugno 2020, in causa C-430/19, SC C.F. srl; Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione quinta, 16 ottobre 2019, in causa C-189/18, Glencore Agriculture Hungary Kft.; Corte di giustizia dell'Unione europea, 3 luglio 2014, in cause riunite C-129/13 e C-130/13, Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Worldwide Logistics BV)».

39 Sostenuta da G. CANZIO, *op. cit.*, p. 25, secondo cui le pronunzie giurisprudenziali espressione di nomofilachia sarebbero «l'antidoto più forte alla fluidità dell'esperienza giuridica».

zione di dubbie, e talvolta persino non meditate, politiche giudiziarie, quali quella di favore per le c.d. “autorità indipendenti”⁴⁰. Politica giudiziaria, che, rimanendo al nostro esempio, si afferma con un duplice e non trascurabile costo: la violazione degli obblighi che derivano alla Repubblica dall'appartenenza all'Unione europea nonché di quelli discendenti dell'art. 113, comma 2, Cost. – in punto di divieto di limitazione dei motivi di impugnazione – cui la Consulta attribuisce il rango di diritto inviolabile⁴¹.

5. La sfiducia nella giustizia

La contrazione dell'orizzonte formativo del magistrato – con l'accentuazione del rischio di un suo impoverimento culturale – aumenta la probabilità dell'assunzione di decisioni incomprensibili od a sorpresa⁴², costruite sulla base di mosaici di precedenti⁴³, può verosimilmente includersi tra le cause del diffuso senso di sfiducia nella giustizia che s'è stabilizzato negli ultimi anni⁴⁴.

Ragionevolmente, infatti, quel modo di decidere che dilata l'alea del giudizio – oltre l'incertezza legata alla valutazione delle prove – può, almeno in parte spiegare perché, tra il 2017⁴⁵ ed il 2022⁴⁶, stabilmente, circa il 66% degli italiani non creda nella bontà del servizio giustizia, immaginando una parte di quelli (57,8%) che le sentenze siano condizionate dall'appartenenza politica del

40 Su cui, mi si consenta il rinvio a G. ROMAGNOLI, *L'incidenza (sostanziale) dell'azione delle c.d. autorità indipendenti sulle dinamiche economiche dei c.d. mercati regolamentati e le sue ragioni culturali*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1, 2021, pp. 773 ss.

41 A. CELOTTO, *op. cit.*, pp. 78-79.

42 Sul problema delle decisioni fondate su argomentazioni valoriali – i cui contenuti, è da aggiungere, possono essere tratti dall'esame dei c.d. “precedenti” –, è d'obbligo il rinvio a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*.

43 Come, d'altronde, s'osserva – B. CAPONI, *op. cit.*, p. 258 – sempre più spesso le pronunzie della Corte regolatrice, non assicurino più «l'esatta osservanza ed uniforme interpretazione bensì integrino la disciplina positiva con previsioni generali ed astratte in alcun modo collegate con le norme che ha scrutinato» sostanziandosi in «decisioni che non interpretano ma creano nuovo diritto» (p. 299).

44 È, infatti, acquisito che la intellegibilità dell'atto giuridico è condizione che contribuisce alla legittimazione del soggetto pubblico che lo esprime, indipendentemente dalla sua collocazione istituzionale o dalla sua funzione. Cfr. R. ZACCARIA, *Il linguaggio del legislatore e della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2023, pp. 141-142 (www.aic.it).

45 Cfr. S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari, Laterza, 2022, pp. 63-64.

46 EURISPES, *Risultati del Rapporto Italia 2022*, in <https://eurispes.eu/news/risultati-del-rapporto-italia-2022/>.

giudice ed un'altra parte (19,8%) siano frutto di una disuguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁴⁷.

È subito da evidenziare come non si ponga una questione di legalismo a tutti i costi⁴⁸, da cui ci si deve guardare⁴⁹, ma di garantire l'imprescindibile esigenza di rendere conoscibili le regole di comportamento⁵⁰ e, poi, di non comprimere "impropriamente" quelle situazioni giuridiche soggettive che sono state oggetto di riconoscimento normativo⁵¹. Esigenza che, in uno Stato di diritto – a Costituzione rigida – deve ritenersi indiscutibile. Infatti, possono essere tollerate delle oscillazioni interpretative, magari conseguenti alla formulazione del documento normativo⁵², ma non certo operazioni che – funzionali alla tutela di valori propri del giudice – conducono alla sostanziale negazione di istituti od alla configurazione di precetti privi di qualunque base normativa⁵³ e, dunque, lontani dalla indicazione della nostra Carta fondamentale (art. 23 Cost.)⁵⁴.

6. Cultura e giustizia

Se la giustizia non può prescindere dalla cultura che è, se si vuole, componente indissociabile della giurisprudenza intesa nel modo più nobile⁵⁵, dovrebbe essere indubbio che la seconda non possa essere dissociata dalla prima.

47 I dati statistici parrebbero, almeno in parte, confermare l'incapacità delle pronunzie, considerate globalmente, di spiegare razionalmente ed in modo condivisibile il fondamento dei loro dispositivi e, dunque, legittimare il lavoro dei magistrati. Attitudine, si sottolinea, che dovrebbe essere doverosa e non solo auspicabile ma che i più sembrano dar per scontata, come parrebbe ancora trasparire dallo scritto di G. CANZIO, *op. cit.*, pp. 25-26.

48 Assumendo una posizione antistorica e superata. Cfr. G. ALPA, *op. cit.*, pp. 30-31.

49 Cfr. P. GROSSI, *A proposito del diritto giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2020, p. 11.

50 Corte EDU, 7 giugno 2012, n. 3844/09, Di Stefano c. Italia (par. 6), in www.echr.coe.int.

51 E, ulteriormente a tacere, il fatto che l'utilizzo improprio dei precedenti come strumento argomentativo può – semioccultamente – accentuare, sino a rendere intollerabile, quel fattore costituito dalla già ampia discrezionalità giudiziaria, come evidenzia, L.R. PERFETTI, *op. cit.*, p. 800.

52 Cfr. Corte. cost., 5 giugno 2022, n. 110, (par. 4.3.4, considerazioni in diritto), in www.cortecostituzionale.it.

53 B. CAPONI, *ult. op. loc. cit.*

54 Come autorevolmente ricordato – G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei Costituzionalisti*, Bari, Laterza, 2023, p. 67 – «la composizione dei valori e dei principi è funzione primaria della politica e non della giurisprudenza» e, dunque, come anche ai giudici costituzionali non spetti il compito di modificare ma di «stabilire i limiti oltre i quali, ragionevolmente, il bilanciamento operato dalla legge sconfinerebbe in sopraffazione».

55 P. GROSSI, *op. loc. cit.*

La padronanza – od almeno la non assoluta estraneità dei giuristi rispetto a saperi generali – aiuta alla comprensione dei fenomeni, predispone all'analisi critica degli elementi disponibili, ancora, induce ad un esame autocritico delle proprie opinioni, superando la precomprensione dei fatti ed assecondando all'apertura ad ipotesi alternative credibili rispetto ad un'opinione più o meno diffusa della meritevolezza, accettabilità, compatibilità d'un dato fatto o condotta.

Dunque, la chiusura e l'impoverimento culturale ben può presentarsi come un fattore di pericolo forse più di quanto non possa apparire la “poca chiarezza delle leggi”, spesso evocata come la causa del fallimento della giustizia⁵⁶. Una solida cultura giuridica comune a tutti gli operatori del diritto può costituire un'efficace strumento per rendere più giusta l'amministrazione della giustizia tanto più quando l'opacità dei testi normativi, per varie ragioni, diventa una delle caratteristiche delle discipline di molti settori dell'ordinamento interno ed europeo, ora perché l'articolato della legge è formulato in modo tale da non poter esprimere immediatamente il comando, per essere costruito impiegando norme di principio o clausole generali o perché necessita del completamento/integrazione da parte di “altre fonti” (regolamenti, atti amministrativi, linee guida), a loro volta, dal tenore generico od, ancora, perché sottoposte ad un “integrazione plurilivello” (Europea, convenzionale), il cui significato, è suscettibile d'una “correzione” da parte delle pronunzie di corti sovranazionali (Corte di giustizia dell'U.E., Corte europea dei diritti dell'Uomo).

Solo chi ha la capacità di osservare i fenomeni collocandoli in una prospettiva più ampia di quella di chi si limita al panorama definito dagli ormai “porosi” confini nazionali e non si limita all'impiego degli strumenti della tradizione esegetico formalista, è in grado di avvicinarsi al problema, comprenderlo

⁵⁶ Cfr. S. CASSESE, *op. cit.* p. 37, che ricorda come, già dal 1997, l'attuale Ministro della giustizia – on. Carlo Nordio – imputava il fallimento della giustizia, sia alla opacità della legge che, per quanto concerne il settore civile, alla lunghezza dei relativi processi.

nella sua complessità e risolverlo, contemperando valori e principi che ne possono condizionare la sua valutazione giuridica.

Ma come fare?

L'idea, magari scontata, potrebbe essere quella di rivalorizzare l'azione delle istituzioni di alta cultura, quali le Università, in cui tutti i giuristi hanno ricevuto la loro prima formazione. Da quelle potrebbe svilupparsi un movimento, un'azione di rinnovamento o di ricomposizione che passa attraverso l'individuazione di un minimo comun denominatore su cui ricostruire un patrimonio culturale comune, che consenta un più efficace confronto e dialogo, pur nel rispetto delle diversità dei ruoli di ciascuno.

La richiamata opacità dei documenti normativi, quindi, ben potrebbe essere controbilanciata dalla capacità di effettuarne letture impiegando criteri e metodi uniformi e condivisi che consentano di collocare “la fonte” oggetto di prima indagine in un contesto allargato che tenga in appropriata considerazione – senza posizioni preconcrete – anche quelle variabili esterne da cui non può prescindere per effetto dell'apertura dell'ordinamento domestico (art. 10, comma 1, art. 11, art. 117, comma 1, Cost.) ad altri orizzonti quali quelli definiti, rispettivamente, dai Trattati istitutivi dell'Unione europea o quello della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, capaci di incidere sulla portata del diritto interno.

L'importanza della cultura per il diritto e, se si vuole, del ruolo delle università come “fucina di cultura” credo possa essere confortata dall'esperienza della Corte di giustizia dell'U.E.

Il riconoscimento dell'esistenza di un nucleo di diritti fondamentali da parte dell'Unione europea⁵⁷ può essere considerato il risultato d'un percorso progressivo. Quell'esito, non assolutamente scontato, fu conseguito per fasi. In un primo momento si passò per l'individuazione di valori comuni, profondi radicati nelle esperienze dei singoli Stati. A quella fase seguì, quindi, la perimetra-

57 P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi e domani*, in *Contratto e impr. Europa*, 2013, p. 687.

zione di alcuni principi comuni in quanto riconducibili alle tradizioni costituzionali condivise dai paesi membri, su cui si fondò il riconoscimento di vari diritti fondamentali⁵⁸.

La Corte di giustizia, con le sue pronunzie realizzo un'operazione complessa, resa possibile dalla qualità dei suoi componenti, giuristi appartenenti alle più illustri università del nostro continente. Personalità eminenti che ebbero la capacità di dar vita ad una giurisprudenza in grado di fondere la scienza con le necessità delle aule giudiziarie, e che comunque rimase sempre aperta ai contributi della dottrina⁵⁹.

Personalità, ancora, conscie del proprio ruolo e delle responsabilità di chi decide –magari chiamato al compimento di scelte angosciose perché si risolvono nell'attribuzione della prevalenza di un valore rispetto ad un altro parimenti degno –, scrissero sentenze non coperte da precedenti e, dunque, dalla stabilità dell'esperienza pregressa. Personalità che, guidate dal loro sapere, hanno compiuto scelte sofferte perché consapevoli del fatto che la cultura spesso implica un notevole dispendio d'energia, perché richiede impegno che, invece, è rifiutato da chi è incline alla decisione facile e che è tale perché reputa superfluo il sapere⁶⁰.

Ma forse v'è di più perché l'arricchimento culturale dei giuristi e del magistrato, in particolare, potrebbe favorire il superamento di quel monopolio del-

58 P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 688.

59 P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 689.

60 Credo che tanto si possa affermare, generalizzando le riflessioni – pur se riferite ad altro contesto – di G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 112, per il quale «Decidere significa spesso sacrificare una parte di noi stessi all'altra e, qualche volta si vorrebbe non essere costretti a farlo. Ogni decisione è un'amputazione, la rinuncia a delle possibilità. È forse per questo che dice l'Ecclesiaste (1, 18) “molta coscienza, molto affanno; chi accresce il sapere, aumenta il dolore” nel momento della scelta. Il carattere portato alla facile decisione è di chi considera superfluo il sapere. L'ignorante ha maggiori possibilità di essere contento di sé. Chi invece coltiva e approfondisce via via, la conoscenza si priva di energie verso la realtà. Spesso per poter decidere, si evita di confrontarsi sui fondamenti ultimi e si preferisce restare più in superficie. Scendere nel fondo dei problemi significa spesso dividersi tra noi e dentro di noi, creare fratture paralizzanti, difficilmente sostenibili, tra una parte vincente e una soccombente.

Fin dove è possibile, si preferisce restare sulla superficie e, a questo fine aiutano i precedenti»

la giurisprudenza e del precedente ben prestandosi a far meglio funzionare quei meccanismi predisposti dalla Costituzione per garantire che, nel tempo, la regolazione di ogni settore sia improntata alla garanzia della dignità della persona che è condizione di libertà sviluppata attraverso l'attuazione del principio di solidarietà⁶¹. Dignità, va sottolineato, che può essere lesa non solo nell'ambito penale da una punizione senza legge o da una legge senza fattispecie⁶² ma anche in altri ambiti – quale il civile o l'amministrativo – con l'imposizione di obblighi o limitazioni che non hanno più giustificazione in ragione della mutata percezione sociale dei valori da parte della società⁶³.

Immediato è pensare al ruolo affidato dalla nostra Carta fondamentale alla Corte costituzionale, la cui attività è, comunque, “filtrata” dalla valutazione di non manifesta infondatezza compiuta dal giudice del rinvio⁶⁴. Solo un giudice colto, che rifugge dal conformismo – che non si adagia sulle comode certezze magari offerte dal c.d. “diritto vivente”⁶⁵ – può essere disposto ad sottoporre una questione alla Consulta che –nell'assolvere la propria funzione di “legislatore negativo”⁶⁶ – può eliminare una legge aspra o, comunque, o correggerne i profili di irrazionalità, impiegando quella panoplia di sentenze interpretative/manipolative⁶⁷, che sono entrate nella dinamica istituzionale e comunque si pongono quale fonte di certezza e quale percorso per adeguare le regole positive o le valutazioni delle condotte per cui sono pensate

61 G. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma, Editoriale vaticana, 2015, p. 7.

62 Cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 40 ss. e pp. 65 ss.

63 Tra le tante questioni, si pensi, al fine vita, alle problematiche relative alle registrazioni allo stato civile dei matrimoni omosessuali, dei figli di famiglie c.d. “arcobaleno” od ancora agli automatismi amministrativi di diniego di permesso di soggiorno ai cittadini extracomunitari.

64 Cfr. P. PINNA, *Il diritto legislativo e giudiziario*, in *Osservatorio delle fonti*, 2023, 1, pp. 94 ss. (in www.osservatoriodellefonti.it).

65 Inteso dalla Consulta stabilizzazione d'un'interpretazione giurisprudenziale consolidata perché “reiterata ed uniforme”. Cfr. Cort. cost., 22 marzo 2023, n. 101 (par. 4, considerazioni in diritto), in www.cortecostituzionale.it.

66 R. ZACCARIA, *Il linguaggio*, cit., p. 141, che richiamando Kelsen, evidenzia come «tendenzialmente, il legislatore è chiamato a scrivere “su una pagina bianca” mentre la Corte opera “intervenendo su testi scritti”».

67 Su cui, per una panoramica, anche in termini pratici, si veda G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, (2020), in www.questionegiustizia.it.

all'evoluzione del modo d'intendere quelle regole formulate con l'impiego di concetti aperti quali la dignità umana o la libertà.

DONATO VESE
Assistant Professor in Law and Economics
Department of Law – University of Pisa
donato.vese@unipi.it

ALGORITHMS, COMPETITION LAW, PUBLIC INTEREST

ABSTRACT

The growth of artificial intelligence applications and algorithm-based systems has had a profound and far-reaching impact on the market and the economy in general. This has resulted in benefits for consumers, undertakings and the community as a whole. Nevertheless, a considerable number of technological innovations can be employed for the purpose of illicit and anti-competitive practices that may ultimately serve to undermine the public interest. This article presents a taxonomy of the key anti-competitive assumptions based on the application of artificial intelligence and algorithm implementation, demonstrating the major concerns in the legal domain. Accordingly, it recommends the implementation of legal measures to protect both business and consumer interests. These measures should ensure transparency, accountability and responsibility in regard to economic actors employing algorithmic systems and artificial intelligence, with the goal of safeguarding collective and individual interests in a fair and equitable manner.

KEYWORDS: Artificial intelligence, algorithms, competition law, public interest, economic law.

INDEX: 1. Introduction. - 2. AI and algorithms in information science: meaning, function and application. - 3. AI and algorithms in the public domain: neutrality, transparency, comprehensibility. - 4. The new algorithmic anticompetitive practices: assumptions and remedies in EU law. - 5. Conclusions.

1. Introduction

The rise of artificial intelligence (AI) and algorithms¹ has led to the emergence of a dynamic and compelling area of research in economic law for scholars in this field². The increased self-learning and extended data processing capabilities of these technologies, the potential damage they may cause³ in the consumer law sector⁴ and, more generally, to the well-being of society, are used as starting points for proposals to change current legal rules and regulatory

1 This paper draws extensively from the research activity conducted at the University of Pisa, Department of Law during the 2022 and 2023 academic years, particularly at the Livorno campus, where I teach competition law as part of the economics degree course. I am greatly indebted to Professor Mauro Giusti for the insights he has provided me in the fields of antitrust law and economic law more broadly. My previous understanding of artificial intelligence and algorithmic processes was not as profound as it is today, having benefited from a research fellowship at the Alma Mater Research Institute for Human-Centered Artificial Intelligence at the University of Bologna. I would like to express my gratitude to Monica Palmirani, Director of the Alma Mater AI Centre, and Marco Dugato, my research supervisor at the University of Bologna. I would also like to extend my appreciation to the colleagues and friends at the Bologna research centre, particularly Salvatore Sapienza. The initial findings of this research were presented at the ICON-S Italian Chapter conference, entitled “The Future of the State”, held at the University of Bologna on 16-17 September 2022.

2 In the context of Italian legal doctrine, for an in-depth analysis, please refer to the following sources: M. RABITTI – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La Proposta di Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale nel prisma del settore finanziario: uno sguardo critico*, in M. PASSALACQUA (ed.), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milan, 2022, 469 ff.; M. RABITTI, *Intelligenza artificiale e finanza. La responsabilità civile tra rischio e colpa*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 3, 2021, 295 ff.; V. FALCE, *Data strategy e intelligenza artificiale*, in M. PASSALACQUA (ed.), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., 41 ff.; A. SACCO GINEVRI, *Ancora su intelligenza artificiale e corporate governance*, *Ivi*, 55 ff.; C. ROBUSTELLA, *Verso le transazioni algoritmiche: gli smart contracts e i modelli negoziali intelligenti*, *Ivi*, 371 ff. In the same volume, see also F. CAPRIGLIONE, *Preface*, *Ivi*, IX ff. See also, more recently, N. RANGONE, *Artificial intelligence challenging core state functions: A focus on law-making and rule-making*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 8, 2023, 95 ff. For a contribution of the Italian legal doctrine in the field of EU law, see P. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, in *Mer. conc. reg.*, 1, 2019, 163 ff.; and for business law, see M. FILIPPELLI, *La collusione algoritmica*, in *Orizzonti del dir. comm.*, (special issue of) 2021, 375 ff. In European and international legal doctrine, the following can be seen: S. VAN UYTSEL – S.K. MEHRA – Y. UEMURA (eds.), *Algorithms, Collusion and Competition Law: A Comparative Approach*, Cheltenham, 2023; P.G. PICT – G.T. LODERER, *Framing Algorithms: Competition Law and (Other) Regulatory Tools*, in *World competition*, 42, 3, 2019, 391 ff.; G. SURBLYTĖ-NAMAVIČIENĖ, *Competition and regulation in the data economy: does artificial intelligence demand a new balance?* Cheltenham, 2020, 1 ff.; U. SCHWALBE, *Algorithms, machine learning, and collusion*, in *Jour. Comp. Law & Econ.*, 14, 4, 568 ff.; S. RAB, *Artificial intelligence, algorithms and antitrust*, in *Comp. Law Jour.*, 18, 4, 141 ff.; M. WIGGERS et al., *Digital Competition Law in Europe*, Alphen aan den Rijn, 2023, 1 ff.; C. VEJANOVSKI, *Pricing Algorithms as Collusive Devices*, in *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53, 4, 604 ff.;

C. KERRIGAN, (ed.) *Artificial intelligence: law and regulation*, Cheltenham, 2022, 1 ff.; G. SHIER et al., *Algorithms and competition: the latest theory and evidence*, in *Comp. Law Jour.*, 20, 1, 2021, 32 ff.; K.T. HANSEN, et al., *Collusive Outcomes via Pricing Algorithms*, in *Journ. Eur. Comp. Law & Practice*,

practices in the name of safeguarding the public interest⁵. To be sure, European case law has clearly affirmed the function of competition law in protecting the public interest, understood as safeguarding the sphere of undertakings and consumers. In fact, according to the judgment of the General Court “[t]he function of those rules is precisely to prevent competition from being distorted to the detriment of the public interest, individual undertakings and consumers, thereby ensuring the well-being of the European Union”⁶. The legal system of the European Union confirms the objective of guaranteeing the public interest in fundamental positive norms.

In order to achieve this objective, it is sufficient to recall the stipulation in Article 3(3) TEU that the European Union is to establish an internal market. This is consistent with Protocol No. 27 on the internal market and competition, which is attached to the Lisbon Treaty. The aforementioned Protocol underscores the necessity of establishing a system that ensures that competition

2021, 12, 4, 334 ff.; A. EZRACHI – M.E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge (MA), 2016, 1 ff.

3 For an insightful work on this argument, see M. RABITTI, *Internet of Things, Intelligenza Artificiale e danno: l'incerta attribuzione delle responsabilità*, in L. AMMANNATI (ed.), *Techlaw. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, Naples, 2021, 155 ff.

4 For an enlightening perspective in consumer law, as a point of intersection between this area of law and the technology of artificial intelligence and algorithms, see G. SPINDLER, *Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a Consumer Credit Directive*, in *Law and Fin. Mark. Rev.*, 15, 3-4, 2021, 239 ff. More recently, for an in-depth article on this subject, see M. RABITTI, *Intelligenza artificiale e credit scoring*, in M. RESCIGNO (ed.), *L'impresa nell'era dell'intelligenza artificiale: un'evoluzione tranquilla o nulla sarà più lo stesso?*, Milan, 2023, 75 ff.

5 In order to gain a rigorous perspective on the social sciences as a field of research in dialogue with and between law and economics, it is necessary to refer to the studies of J. HABERMAS, *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, Berlin, 2022, 1 ff.; ID., (1990) *Moral consciousness and communicative action*, Cambridge, 1990, 1 ff.; ID., (1969) *Theorie und Praxis sozialphilosophische Studien*, Berlin, 1969, 1 ff. Please refer to the following sources for sector-specific studies on artificial intelligence and its impact on the public sphere: D.W. SCHARTUM, *Law and algorithms in the public domain*, in *Etikæ i praksis*, 1, 2016, 1 ff.; R. WILLIAMS, *Accountable Algorithms: Adopting the Public Law Toolbox Outside the Realm of Public Law*, in *Current legal problems*, 2022, 75, 1, 237 ff.

6 Judgement of General Court (First Chamber, Extended Composition) of 28 May 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd v European Commission*, Case T-399/16, par. 93 (emphasis added). See also, by analogy, Judgment of the Court (First Chamber) of 17 February 2011, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, para. 20 to 22, and of 12 December 2018, *Servier and Others v Commission*, T-691/14, par. 238.

is not distorted. Moreover, Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) is one of the competition rules referred to in Article 3(1)(b) TFEU, which are necessary for the functioning of the internal market. The objective of these regulations is to prevent the distortion of competition to the detriment of the public interest, individual undertakings and consumers, thereby ensuring the well-being of the European Union.

Nonetheless, the impact of AI systems and algorithms in the field of antitrust law remains an area of legal scholarship that has yet to be fully explored, at least in the field of economic law, where the potential and prospects of new technologies have yet to be accommodated from the perspective of legal dogmatics⁷. Although it has generated considerable significance among policymakers, regulators and courts, there is as yet no consensus among legal scholars on the extent to which norms, measures and policies are appropriate for this particular area of law. The legal literature that has addressed the topic of AI and algorithms has identified three major areas of interest for antitrust law as well as related concerns⁸.

Firstly, scholars propose that AI and algorithms could facilitate the identification of new hypotheses regarding the occurrence of anticompetitive con-

7 According to C. COGLIANESE – A. LAI, *Antitrust by Algorithm*, in *Stanford Computational Antitrust*, II, 2022, 1 ff., “[m]arkets are changing around the world. Technological innovation produces a steady stream of new products and services that are disrupting old patterns of economic activity and delivering new value to consumers. At the same time, many of these technologies are also creating new opportunities for rent-seeking behavior by firms. With the rapid pace of innovation, the rise of a small number of big technology firms, and the creation of new ways for companies to collude and evade regulators, the nature of antitrust law and its enforcement will also surely change in the years ahead. Rapid changes in the marketplace bring with them increases in public clamoring and calls for legislative action to rein in big tech firms. These developments also present regulators with new reasons to explore using technological innovations to enhance their own performance in overseeing private market activity”.

8 Yet, for a broader approach in the legal field, see S. RAB, *Artificial intelligence, algorithms and antitrust*, *cit.*, 141 ff., which argues that the field of artificial intelligence is reshaping virtually every sector, including antitrust law. And this, according to the author, is based on the idea that machines can be used to simulate human intelligence through so-called machine learning. For a concise taxonomy of algorithms and other IA phenomena in the field of competition law, see A. EZRACHI – M.E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, *cit.*, 1, According to the authors, a crucial question in competition law today is whether “[c]ould digital commerce and new technologies actually harm us?”.

duct, such as abuse of dominance and restrictive agreements in competition⁹. Secondly, it is postulated that the utilisation of AI and algorithms gives rise to novel forms of anti-competitive conduct that challenge the tenets of traditional antitrust law¹⁰ with the introduction of novel elements, such as price discrimination¹¹, data mining and data acquisition¹². Thirdly, it is claimed that antitrust malfeasance can exploit markets that implement AI systems and sophisticated algorithms, thereby prompting consumers to engage in transactions that amplify the competitive malfeasance.

This article is based on the premises of the empirical analysis offered by the specialised literature in the field and focuses on the role that AI and algorithms can play as tools facilitating competition-distorting conduct and the resulting implications for antitrust policies and interventions in the light of public interest¹³. As technological innovation continues to evolve and has a significant impact on the economy¹⁴, it is important to consider the implications of this for antitrust policies and interventions in the name of protecting the pu-

9 From this perspective, see S. RAB, *Artificial intelligence, algorithms and antitrust*, cit., 143, according to author “[t]he main concern raised to date in the context of competition law is that a specific type of AI – specifically pricing algorithms used by firms to monitor, recommend, or set prices – can lead to collusive outcomes in the market in two particular ways”. For a more detailed analysis of this topic, please refer to S. MEHRA, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, *Minnesota Law Review*, 100, 2006, 1323 ff., where stated “to the extent that the effects of oligopoly fall through cracks of antitrust law, the advent of the robo-seller may widen those cracks into chasms. For several reasons, the robo-seller should increase the power of oligopolists to charge supracompetitive prices: the increased accuracy in detecting changes in price, greater speed in pricing response, and reduced irrationality in discount rates all should make the robo-seller a more skilful oligopolist than its human counterpart in competitive intelligence and sales [...] the robo-seller should also enhance the ability of oligopolists to create durable cartels”.

10 See the seminal work of R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 1978, 925 ff.

11 See P. PAPANDROPOULOS, *How Should Price Discrimination Be Dealt with by Competition Authorities?*, in *Revue des droits de la concurrence*, 3, 2007, 34 ff.

12 See A. GAUTIER – A. ITTOO – P. VAN CLEYNENBREUGEL, *AI Algorithms, Price Discrimination and Collusion: A Technological, Economic and Legal Perspective*, in *Eur. Journ. Law & Econ.*, 50, 2020, 405 ff.

13 In legal scholarship, for a discussion of the concept of the public interest in competition law see V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, in *Merc. Conc. Reg.*, 3, 2020, 439 ff.; N. DUNNE, *Public Interest and EU Competition Law*, in *The Antitrust Bulletin*, 65, 2, 2020, 256 ff.

14 Recently, see G. ROTONDO, *Innovazione tecnologica nel settore finanziario e sistemi di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Dir. merc. ass.*, 2022, 135 ff.

blic interest¹⁵, we argue that AI and algorithms can have disruptive implications for the competitiveness and economic growth of States everywhere. In this context, the development of digital platforms is of great significance¹⁶. A substantial body of research has documented how new business models are evolving as a consequence of digital innovations¹⁷ utilising artificial intelligence (AI) and algorithms¹⁸. It is important to bear this in mind in the context of the legal realm.

To be sure, this can be clearly observed in the sharing economy context, where digital platforms such as Airbnb and Booking have assumed a prominent role. However, we feel that there is a lack of knowledge in legal science regarding the processes by which these changes occur and, most importantly, a dearth of understanding of the content itself and the consequences that will ensue in many instances in the public interest domain. We are aware that an understanding of the causes necessitates an appreciation of digitisation movement¹⁹, while an insight into the content and consequences is contingent upon a mindfulness of AI and algorithms and the expectations they engender.

In our opinion, it is irrefutable that these new platforms confer benefits upon consumers²⁰, and this means an enrichment of the public interest of

15 Italian doctrine undoubtedly contributes to the ongoing debate surrounding innovation in the context of public intervention in the economic sector. In order to provide a focused analysis, we will limit our attention to a single insightful work, namely M. PASSALACQUA, *Numquam nega, raro adfirma: Il rinnovato intervento dello Stato nell'economia*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2021, 55 ff. From the public interest point of view the book of D. SICLARI, *Gli intermediari finanziari tra regole di mercato e interesse pubblico*, Naples, 2011.

16 On the topic, see A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Turin, 2020, 1 ff.; O. LOBEL, *The law of platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 105 ff.

17 In the economic law, on this topic, see M. RABITTI – M.C. PAGLIETTI, *A Matter of Time. Digital-Financial Consumers' Vulnerability in the Retail Payments Market*, in *European Business Law Review*, 33, 4, 2022, 581 ff.

18 On this argument, see E. BANI – B. PACHUCA-SMULSKA – E. RUTKOWSKA-TOMASZEWSKA (eds.), *Public and Private Law and the Challenges of New Technologies and Digital Markets*, München, 2020, 1 ff.

19 See, for example, O. BUDZINSKI – A. STÖHR, *Competition policy reform in Europe and Germany – institutional change in the light of digitization*, in *Eur. Comp. Journ.*, 15, 1, 15 ff.

20 See C.R. SUNSTEIN, *From consumer sovereignty to cost-benefit analysis: an incompletely theorized agreement? Competition, Free Markets, and the Law*, in *Harvard Journ. Law and Publ. Pol.*, 1999, 23, 1, 203 ff.

individuals and society more generally. Yet, there is a risk that, in accordance with the rationale of AI and algorithms, platforms that succeed in capturing a market segment will strengthen their position over time, thereby creating *de facto* monopolies and significant distortions to competition²¹. This may produce negative rather than beneficial effects precisely in the context of the public interest.

In addition, the implementation of sophisticated systems based on AI and algorithms has resulted in the emergence of interpretive challenges associated with the introduction of new regulatory conditions. These new conditions, which exert a profound influence in the public interest, are primarily the consequence of three key factors: (i) the autonomous function of AI²²; (ii) the problem of complexity and transparency²³; and (iii) the need for huge amounts of data (*i.e.* big data)²⁴. From this perspective, empirical studies demonstrate that these factors require regulators and policymakers in the antitrust field to rethink their approach to competitiveness, especially to protect interests of public relevance.

In light of these considerations, it can be argued that in order to ensure a more effective antitrust system and thus enable competition in the name of public interest²⁵, technology-based systems such as AI and algorithms must necessarily be transparent and accountable²⁶. Arguably, such systems must be

21 See, *ex multis*, H. PIFFAUT, *Algorithms: The Impact on Competition*, in *Bus. Law Int.*, 23, 2022, 5 ff.; A. GAUTIER – A. ITTOO – P. VAN CLEYNENBREUGEL, *AI Algorithms, Price Discrimination and Collusion*, *cit.*, 405 ff.

22 See A. EZRACHI – M.E. STUCKE, *Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition*, in *Uni. Ill. Law Rev.*, 2017, 1775 ff.

23 See F. BENEKE – M.O. MACKENRODT, *Artificial intelligence and collusion*, in *IIC-intern. Rev. of Intellectual Property and Comp. Law*, 50, 109 ff.

24 See F. DI PORTO, *The Big Data Revolution*, in *Conc. e Merc.*, 5, 2016; B. MÄIHÄNIEMI, *Competition Law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets*, Elgar, 2020, 1 ff.

25 For a traditional yet insightful approach, see G.J. STIGLER, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, in *Journal of Political Economy* 65, no. 1, February 1957, 1 ff.

26 From this point of view, see C. COGLIANESE – D. LEHR, *Transparency and algorithmic governance*, in *Adm. Law Rev.*, 2019, 71, 1, 1 ff.; see also M. BUSUIOC, *Accountable artificial intelligence: Holding algorithms to account*, in *Public Admin. Rev.*, 2021, 81, 5, 825 ff.; H.W. LIU – C.F. LIN – Y.J. CHEN, *Beyond State v Loomis: artificial intelligence, government algorithmization and accountability*, in *Intern. Journ. Law and Inform. Tech.*, 27, 2, 2019, 122 ff.; S.K. KATYAL, *Private accountability in the age of artificial intelligence*, in *UCLA Law Rev.*, 66, 2019, 54 ff.

made visible and explainable, and ultimately controllable by State regulators and judges, in order to enable the economic choices of market players to be shaped and thus ensure the realisation of the public interest in practice.

2. AI and algorithms in information science: meaning, function and application

Legal scholars have long been aware of the phenomenon of AI and algorithms²⁷ and have conducted extensive research into the technical and applicative features of these recent computer science achievements. In courts and tribunals around the world, there is a growing awareness among judges and experts of the functioning of AI and algorithmic systems. In the following pages, we provide a brief overview of the state of the art in this growing awareness, with the aim of claiming a solid basis for understanding the significance of the new systems from the perspective of public interest and better grasping their application in the field of competition law. Moreover, we propose a critical analysis of the potential risks associated with the application of AI and algorithms in the framework of the legal domain and suggest a number of improvement strategies.

First of all, from this point of view it is of the huge importance to comprehend how algorithms and AI work within the context of informational science²⁸ as it postulates that machine learning algorithms represent the initial stage in the operation of a system equipped with AI²⁹. This scientific theory as-

27 See L. AMMANNATI – A. CANEPA (eds.), *La finanza nell'età degli algoritmi*, Turin, 2023; L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2021, 381 ff.; L. AMMANNATI – A. CANEPA – G.L. GRECO (eds.) – U. Minneci, *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali*, Turin, 2021; F. MATTASSOGLIO, *Algoritmi e regolazione: mito o realtà*, in A. ANTONUCCI – M. DE POLI – A. URBANI (a cura), *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità*, Torino, 2019, 57 ff.; EAD., *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Riv. Reg. Merc.*, 2018, 2, 226 ff.; A. NUZZO, *Algoritmi e regole*, in *An. Giur. Econ.*, 2019, 42 ff. For a scientific yet accessible survey, one may consult F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019.

28 For a pioneering paper, cf. G. STIGLER, *The Economics of Information*, in *Journal of Political Economy*, 69, 3, 1961, 213 ff.

29 Many definitions of artificial intelligence can be found in the literature. These include various approaches that are based on human behaviour or thinking. The Turing test, introduced by Alan Turing in 1950, in which the actions generated by the system or robot must not be

sumes that each component of the algorithm is derived from the management of a substantial quantity of data³⁰. The management of big data is predicated upon a series of specific activities, including the ordering, instrumentation, segmentation, systematisation and correlation of data and information³¹. This enables the posing of questions and the obtaining of answers, thereby facilitating the resolution of problems³².

It is clear that the application of an intelligent system to the rationale of the public sphere can only be fully appreciated once the process of codifying and normalising the legal text in a formalism that is comprehensible to the computer programme has been completed³³. Indeed, the implementation of an AI-equipped system represents a crucial step in aligning the legal system with the information age³⁴. Once the computer programmer has provided the system with the inputs and the rules to be applied, depending on the type of

distinguishable from those generated by humans. Such a test for systems interacting with humans would mean, for example, that a person could no longer determine whether an interlocutor on the telephone is a human being or software.

30 See V.M. SCHONBERGER – K. CUKIER, *Big Data: A Revolution that Will Transform How We Live, Work and Think*, Boston, 2013, 1 ff. The term “big data” refers to data sets that are so voluminous that they cannot be handled by conventional tools. Instead, innovative technologies and methods are required to collect, process, and analyse them, enabling the prediction of trends in behaviour and the formulation of more efficient decisions. The definition of big data emphasises three properties or characteristics: volume, velocity, and variety. Recently, two additional dimensions of big data have been analysed: veracity and value. For a more comprehensive definition, please refer to A. DE MAURO – M. GRECO – M. GRIMALDI, *A formal definition of Big Data based on its essential features*, in *Library Review*, 65, 3, 2016, 122 ff.; A. SARDI – E. SORANO – V. CANTINO – P. GARENGO, *Big data and Performance Measurement Research: Trends, Evolution and Future Opportunities*, in *Measuring Business Excellence*, 2020, 1 ff.

31 For a detailed examination of the distinction between data and information, please refer to the work of D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2016, 1019 ff.; see also F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2019, 5 ff; as well as G. CARULLO, *Open data partecipazione democratica*, in *Ist. Feder.*, 2019, 689 ff.

32 In this context, it is appropriate to cite the work of U. GALETTA – J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?, Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in federalismi*, 2019, 1 ff.

33 In more recent times, we may consider one of the earliest works in the field of AI and competition law. For further insight, see L. WOLFGANG BIBEL, *AI and the Conquest of Complexity in Law*, in *Artificial Intelligence and Law*, 12, 3, 2004, 159 ff.

34 *Ivi*, 163.

algorithm used by the AI, one will either arrive at a conditional automated solution if it follows the causal logic of determinist algorithms, or at a solution resulting from the process generated in the learning phase³⁵.

In the first instance, the algorithm is subject to a technical rule, which, nevertheless, remains a general one constructed by the human operator and not by the machine. This rule is then applied by the latter to the specific case in question³⁶. The consequence is the possibility of adapting the traditional tools developed by legal science to the application of technology, with the objective of ensuring adequate protection for companies affected by unlawful measures in terms of competition³⁷.

In contrast, in the second case, the content of the data provided during the programming phase assumes a central role in the determination of the output by the algorithm. This is because the machine learning system, through the use of a logical-mathematical model, becomes capable of translating the acts into computer parameters that are suitable for providing the appropriate answers. The evolution of such algorithms has led to the development of increasingly complex information science systems, which have given rise to machine learning algorithms and subsequently machine learning applications³⁸.

35 In their publication I. GOODFELLOW – Y. BENGIO – A. COURVILLE, *Deep Learning*, MIT Press, Cambridge, 2016, 5, observe that “*the difficulties faced by systems relying on hard-coded knowledge suggest that AI systems need the ability to acquire their own knowledge, by extracting patterns from raw data*”. In other words, the technique of machine learning was developed precisely to overcome the limitations of conditional programmes in which the knowledge of the context relevant to the decision is manually encoded by a human being. For a comprehensive overview, please refer to G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3, 2021, 431 ff.

36 For further insight, one may refer to the Italian State Council's decision of 8 April 2019, no. 2270, which asserts that “*administrative discretion, if it cannot be delegated to the software, is to be found at the time of the tool's development*”.

37 The subject was examined from both traditional and new perspectives by A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro Amministrativo*, 2002, 2256 ff.; F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Diritto dell'Economia*, 2003, 615; S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Naples, 2006, 179 ff.

38 One might consider the application of machine learning to the field of creditworthiness within the context of the financial sector. For further details on this topic, see M. RABITTI, *Credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, in *In Liber amicorum per Aldo A. Dolmetta*, Pisa, 2023, 333 ff.

It is appropriate to affirm that the algorithm gives a learning model to be applied to the dataset accessible to the machine in order to arrive at a solution through the analysis of past experience of similar situations. The aforementioned categories can be further subdivided into three distinct types. The first category is supervised learning, which is a training mode where the data used is labelled. Each input is known to the respective output, which is used to teach the algorithm the rules of the model. Unsupervised learning, which draws on data that has not been previously classified, reprocesses it, identifies possible correlations and creates new knowledge by extrapolating a rule that was not previously defined when the algorithm was set up. Reinforcement learning, in which the machine learns from the results of its own actions or those of others, distinguishing successes and failures and improving its effectiveness. The category of machine learning encompasses systems based on so-called deep learning³⁹, which, more than any other algorithmic system, requires so-called big data to function optimally⁴⁰.

It can be observed that there is a distinction to be made between automated operations based on the mere acquisition and management of data⁴¹, and those that are capable of performing acts and real operations of evaluation and judgement⁴², like to human decisions. In such cases, everything

39 Deep learning is a subset of machine learning that places particular emphasis on the learning of successive layers of increasingly meaningful data representations. It is based on neural networks and, in essence, is inspired by the structure and function of the brain, which are collectively referred to as artificial neural networks.

40 The term “big data” is typically employed when the dataset is of a considerable size and complexity, necessitating the development of novel tools and methodologies for the extraction, management, and processing of information within a reasonable time frame. Indeed, as Moore’s law states, technological evolution allows the storage and management of datasets of continuously increasing size. In a 2001 study, analyst Douglas Laney defined the growth model as three-dimensional (the 3V model), whereby the volume (of data), speed and variety (of data) increase with time.

41 On this topic, see F. SARTORI, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3, 2018, 253 ff.; M.T. PARACAMPO, *Robo-advisor, consulenza finanziaria e profili regolamentari: quale soluzione per un fenomeno in fieri?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4 (suppl. 1), 2016, 256 ff.

42 In accordance with Article 4 of Regulation (EU) 2016/679 and the Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, defined by the Working Group established pursuant to Article 29 of Directive

is reducible to information⁴³. Consequently, machine-learning algorithms perform perception and computation operations, which, although initiated from settings that are actually provided in human form, create their own highly complex learning pathways through cognitive evaluations, even in the absence of human supervision. This results in an output that is determined in total autonomy by the machine, and which may be unexpected⁴⁴.

3. AI and algorithms in the light of public interest: neutrality, transparency, comprehensibility

The framework that has been outlined allows us to observe the emergence of a new phenomenology. This is characterised by machines that are governed by AI and are able to carry out operations at a speed and complexity that exceeds any human capacity and continues to grow exponentially⁴⁵. In this context, as we shall see, the application of the new information technologies to the economic transactions of market operators assumes great relevance. Technology can no longer be regarded as the means of carrying out a course of action arranged by a human operator, but rather becomes the agent-instrument capable of making decisions relevant to the human person and his rights⁴⁶. It is evident that in order to extract the information potentially expressed by the data and to allow effective knowability⁴⁷, it is necessary for the economic operator to provide the regulatory authorities with the necessary tools to analyse them correctly and

95/46/EC, it is necessary to consider the differences and possibilities of using these potentialities of algorithmic activity together.

43 J.M. VICTOR, *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, in *Yale Intern. Jour.*, 153, 2013, 522 ff.

44 G. ORSONI – E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open data e algoritmi*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 610 ff., it is stated that machine learning, which characterises the relevant mechanism of operation, *causes* the decision rule to emerge automatically from the specific data being analysed, sometimes in ways that no programmer can explain.

45 A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biola Journal*, 1, 2019, 63 ff.

46 *Ibid.*, 69.

47 On this matter, see F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Naples, 2017, 1 ff.

effectively. The reliability of the data acquired by AI systems will inevitably impact the validity of the logical schemes underlying the computerised inference⁴⁸.

It follows from this that the processing of data by AI, which exploits the logic of determinist algorithms, is never a neutral process (let alone a neutral one⁴⁹). This is because the result is always an expression of the technical progress achieved by man, who imparts a direction of meaning to the processes at work by transferring computer knowledge and legal norms to the system by means of a language comprehensible to the machine. In conclusion, the argument of the neutrality of technology is untenable. This is because it cannot be resolved by means of good design or good use. Indeed, during the planning, design and development phase, humans influence the functionality of the algorithm and directs its technological progress⁵⁰.

Cognitive machines that operate by means of learning algorithms and make use of complex mathematical tools for the computer analysis of reality are able to autonomously adapt their behaviour to changes in the context in which they operate⁵¹. Consequently, if automation becomes complete and reaches high degrees of intensity through the use of deep learning, the machine will be able to autonomously arrive at a final result characterised by a high degree of objectivity, thus free of any margin of human conditioning⁵². Furthermore, the utilisation of algorithms confers additional benefits to companies

48 On this aspect, in particular when the storage of data may imply an anti-competitive phenomenon, see M.T. MAGGIOLINO, *L'intelligenza artificiale e l'accesso ai dati: un ruolo per il codice del consumo e per il diritto dell'antitrust*, in U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale: il diritto, i diritti, l'etica*, Milan, 2020, 301 ff.

49 In the non-academic context, the argument is made that M. MAZZOTTI, *Algorithmic Life*, in *www.lareviewofbooks.com*, 2017, posits that we should view the technical features of an algorithm as the outcome of a process. In other words, we require a historical and genealogical understanding of the algorithm.

50 For a critical point of view, see F. PASQUALE, *New Law of Robotics. Defending Human Expertise in the Age of AI*, Cambridge, MA, 2020.

51 M.E. STUCKE, *Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the Twenty- First Century*, in *Loyola University of Chicago Law Journal*, 38, 13, 2007, 563 ff.

52 For further insight, please refer to V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. e App.*, 5, 2021.

operating within the market. In particular, one clear consequence is the significant reduction in the time required to complete a financial transaction⁵³. The application of AI to a vast array of economic activities enables the completion of complex transactions in a remarkably short period, thereby enhancing the efficiency of market initiatives⁵⁴.

In the context of economic operator decision-making, the advantages of utilising AI are also evident in terms of the efficient acquisition and transformation of data⁵⁵. The system, when implemented in this way, will generate economic and financial negotiations that will be the result of processes skilfully reworked in the learning policy inherent in the AI system⁵⁶. From the perspective of the legal sphere, we posit that the introduction of intelligent systems, when properly supervised by regulators, can generate value in the public interest by promoting competitiveness. This is to the extent that it can reduce the time required for market transactions and exponentially increase the knowledge base from which economic operators can make informed decisions, which in turn benefits consumers⁵⁷.

It is important to note that the development of AI does not entail the imitation or copying of human cognitive processes, given that it is currently impossible for a machine to reproduce human reasoning⁵⁸. This implies that the machine is unable to make decisions independently, as its limitations lie in its inability to evaluate data and inputs based on their reliability, as a human

53 The issue of speed as one of the peculiarities of the power of algorithms is noted by L. CASINI, *Politica e amministrazione: 'The Italian style'*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 19 ff.

54 L.M. AZZENA, *L'algoritmo nella formazione della decisione amministrativa: l'esperienza italiana*, in *Rev. Bras. Estud. Pol.*, 123, 2021, 503 ff.

55 C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, 1 ff.

56 For a more detailed and nuanced proposal, please refer to P. FORTE, *Diritto amministrativo e Data Science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 259 ff.

57 G. FASANO, *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 1 November 2020, 715 ff.

58 D.U. GALETTA – J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?*, *cit.*, 7.

economic agent would do⁵⁹. Consequently, the criticality encountered originates at the outset of the system's implementation. This is due to the fact that the AI is capable of generating erroneous or misleading results as a consequence of erroneous or prejudicial data being entered during the design phase of the logic-mathematical system. Furthermore, the intelligent system itself is unable to comprehend the correctness or suitability of the aforementioned data⁶⁰.

We argue that such critical issues have the potential to significantly impair competitiveness unless regulators take appropriate action through the implementation of effective policies designed to oversee and rectify computerised economic processes. It is questionable whether the purported neutrality of machine-learning algorithms can be understood in an absolute sense. This is because the system incorporates the conditioning of the individual who created it and the prejudices already rooted in society, which may result in solutions that could lead to a higher level of social discrimination than that of the human programmer⁶¹. In addition, the selection of software that is not compatible with the specific objective of the economic transaction⁶², the incorporation of data entered voluntarily by individuals during the transaction process on digital platforms (online browsing, electronic payments, etc.), and the continuous variability of the rules can result in incongruous and misleading outcomes⁶³.

In our view, these risks can be effectively mitigated by providing the system with consistent, correct, and unambiguous terms. However, above all, it

59 For a further discussion of this topic, see B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 26, 1, 2020, 5 ff. The A. elucidates the interconnectivity between the algorithmic problem in public administration and its knowability, the possibility of accessing and comprehending the rationale behind its implementation, and the mechanisms of protection and accountability.

60 On this point, see G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Turin, 2017, 12 ff.

61 G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Rome, 2018, 24 ff.

62 V. NERI, *op. cit.*, 592.

63 See F. DE LEONARDIS, *Big Data, decisione amministrativa e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in E. CALZOLAIO (ed.), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milan, 2020, 137 ff.; F. COSTANTINO, *Risks and opportunities of public administrations' recourse to big data predictions*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 43 ff.

is essential to ensure that market regulators are able to know and understand the AI systems and algorithms underlying economic transactions by competing firms. The issue is to render transparent the logical path followed by the machine, through the externalisation of the argumentative process that correlates the elementary information to the conclusive determination elaborated by the computer⁶⁴. This intrinsic technological limitation, commonly referred to as the “black box”⁶⁵, represents a potential conflict between the process of administrative computerisation through the use of machine learning algorithms and the inescapable guarantees of knowability and transparency⁶⁶.

In light of the syntactic and intrinsic opacity of algorithms, the objective of transparency can be achieved through two avenues: by making the source code⁶⁷ visible and by ensuring the effective intelligibility of the algorithmic procedure in all its phases, with the aim of understanding the phenomenon itself. The justification must extend to the indication of the authors, the procedure used for processing, the decision mechanism, including the priorities assigned in the evaluation and decision-making procedure, and the data selected as relevant⁶⁸.

In order for the reasoning apparatus to be able to verify that the criteria, assumptions and outcomes of the computerised procedure comply with the requirements and purposes laid down by law or by decisions of the market regulator, it must include all the necessary elements⁶⁹. Nevertheless, while the algo-

64 V. NERI, *op. cit.*, 587.

65 F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, MA, 2015, 1 ff.

66 It has been established in case law that the statement of reasons must be considered to be supplemented by the necessary application of the legal parameters that predetermine the assumptions of the act, as indicated by the cause of the act itself. For further information, please refer to State Council, Section VI, 24 November 2020, no. 8218; and State Council, Section VI, 30 November 2020, no. 7537.

67 In this context, it is recommended that the reader consult F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2018, 3 ff.

68 For further information, please refer to the Italian State Council, Section VI, 13 December 2019, no. 8472.

69 *Ibid.*

rithmic path of a deterministic algorithm can be readily comprehended, the machine path of a deep AI architecture remains opaque and cannot be fully observed. Consequently, knowledge of the operations performed by the machine must necessarily be approximated.

It is not coincidental that a new mission in the field of data science, designated as Explainable AI (XAI), has emerged with the objective of rendering automated decisions knowable⁷⁰, explainable and comprehensible⁷¹. This initiative is designed to counteract the black box of machine learning by pursuing the right to explanation. Our position is that, on the path towards the use of AI systems in the public sphere, particularly in the context of economic competition, the legal values of transparency, publicity and administrative accountability of algorithmic tools must serve as the central reference for the protection of the public interest. In our opinion, these values should serve as the foundation for the deployment of AI and algorithms in the competitive environment. This is to ensure that regulators maintain control over market players.

4. The new algorithmic anticompetitive practices: assumptions and remedies in EU law

It is challenging to ignore the potential impact of the growing volume of accessible data and the enhancements to algorithms on the behaviour of companies in the market⁷². A more comprehensive understanding of consumers and the utilisation of sophisticated algorithms may facilitate the implementation of customised pricing strategies by firms. The enhanced visibility and predictability of competitors' actions, coupled with the capacity of algorithms to respond almost instantaneously to market fluctuations, may

70 A. BARREDO ARRIETA – N. DIAZ RODRIGUEZ et al., *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI*, in *Information Fusion*, 58, 2020, 82 ff.

71 L. EDWARDS – M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' is probably not the remedy you are looking for*, in *Duke Law & Tech. Rev.*, 18, 2017.

72 P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Article 101 TFEU's association of undertakings notion and its surprising potential to help distinguish acceptable from unacceptable algorithmic collusion*, in *Antitrust Bulletin*, 2020.

facilitate the coordination of unfair commercial practices⁷³. Furthermore, in this field, AI tends to attract an increasing amount of data as its learning capacity grows, while at the same time, algorithms become more sophisticated. Consequently, service providers who are able to gain a competitive advantage in this market process are able to create *de facto* monopolies⁷⁴.

It can be noted that, on an empirical level, legal and economic doctrine has managed to isolate two relevant phenomena based on the use of algorithms that have the potential to be highly detrimental to competition. Given the potential impact of such anti-competitive practices on consumers, it is important to consider them in greater depth⁷⁵. This section will therefore examine these practices in greater detail. In recent years, empirical observation of such practices has received significant attention from experts and has also attracted a certain amount of media attention among regulators and policy makers, who have begun to propose enforcement and legislative solutions to counter such phenomena.

In the context of antitrust law, price discrimination is defined as the application of different monetary values for the same or similar products to consumers. Although there is no consensus among scholars, the most significant concerns about algorithmic price discrimination practices relate to the vast

73 On fairness, see the pioneering article of D. KAHNEMAN – J.L. KNETSCH – R.H. THALER, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, in *American Economic Review*, 76, 4, 1986, 728 ff. See also T.J. HORTON, *Unraveling the Chicago-Harvard Antitrust Double Helix: Applying Evolutionary Theory to Guard Competitors and Revive Antitrust Jury Trials*, in *University of Baltimore Law Review*, 41, 2012, 615 ff. On the same topic, see also M.E. STUCKE, *Is Intent Relevant?*, in *Journal of Law, Economics & Policy*, 8, 2012, 801 ff.; L.A. STOUT, *Cultivating Conscience: How Good Laws Make Good People*, Princeton, 2011, 238 ff., arguing that societal norms of fairness and prosocial behaviour are both common and necessary in a market economy.

74 See P. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, *cit.*, 164. In the author's view, the greatest risks to competition arise from algorithms that can induce or reinforce horizontal collusive coordination, that is, between companies operating at the same market level.

75 For further information, please refer to the OECD publication "Algorithms and Collusion: Competition Policy in a Digital Age", Paris, 2017, Part 4.2.1. This document highlights the limited understanding of the impact of algorithms on potential competition. On the one hand, the algorithm can be used to detect potential entry threats, thereby enabling incumbent firms to implement an effective and rapid counter-reaction. Conversely, the exponential growth in data that can be collected by algorithms may enable potential competitors to gather the information they need to launch attacks on new markets.

quantities of personal data disclosed by online consumers⁷⁶. In comparison to traditional demographic records, this data could provide a significantly more comprehensive archive of valuable information, which sellers could utilise to set discriminatory prices. In essence, algorithms could exploit big data to generate accurate profiles of consumers and gain a deeper understanding of their purchasing behaviour⁷⁷.

The information is then incorporated into marketing applications or pricing policies in order to obtain customised product recommendations⁷⁸. The utilisation of AI-enabled pricing algorithms and access to comprehensive archives on consumer behaviour enables more precise price discrimination. Indeed, several models analysed by experts have demonstrated the capacity to discriminate prices to a high degree of specialisation⁷⁹. With regard to collusive practices, companies are accustomed to employing strategies that incorporate a reward-punishment scheme. These strategies reward companies that adhere to the supra-competitive outcome and penalise them when they deviate from it⁸⁰.

In this regard, it is evident that AI technologies possess the potential to analyse and monitor the market in ways that are unprecedented in the recent past. Indeed, sophisticated AI tools are capable of continuously monitoring the behaviour of competing firms and implementing rapid price changes in order to adapt to the prevailing market conditions. Consequently, when repeatedly interacting with each other and their environment, pricing algorithms can learn to implement collusive strategies based on reward and punishment schemes, which result in over-competitive prices in the medium and long term⁸¹.

76 On this topic, see F. DI PORTO, *In Praise of an Empowerment Disclosure Regulatory Approach to Algorithms*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2018, 507 ff.

77 R. WOODCOCK, *Personalised pricing as monopolisation*, in *Connecticut Law Rev.*, 51, 2019.

78 On this topic, see P.A. DIAMOND, *A Model of Price Adjustment*, in *Journal of Economic Theory*, 2, 1971, 156 ff.

79 F. BENEKE – M.O. MACKENRODT, *Remedies for algorithmic tacit collusion*, *cit.*, 156 ff.

80 J. HARRINGTON, *Developing competition law for collusion by autonomous artificial agents*, in *Jour. Compet. Law & Econ.*, 2018, 14, 3, 331 ff.

81 For further insight, please refer to the comprehensive research by A. EZRACHI – M.E. STUCKE, *Virtual Competition*, *cit.*, *passim*, which has served as a significant source of inspiration

Still, this type of algorithm would be capable of maintaining anticompetitive outcomes without the need for human intervention in pricing policies⁸². In contrast to traditional cartels, this type of algorithmic does not necessitate any explicit collusive agreement⁸³. The algorithms themselves are not programmed with the intention of colluding, nor are they influenced to favour cartel formation⁸⁴. Conversely, such algorithms adopt an anticompetitive strategy through an autonomous decision-making process. This phenomenon has been designated tacit algorithmic collusion. It is commonly referred to by scholars as the ability of certain algorithms to effectively learn how to implement collusive strategies over an extended period of time⁸⁵.

Although algorithmic price discrimination and tacit algorithmic collusion necessitate the extensive utilisation of data and mathematical models of AI,

for subsequent works. Among these, we would like to draw your attention to the following: F. BENEKE – M.O. MACKENRODT, *Remedies for algorithmic tacit collusion*, in *Jour. Antitrust Enforcement*, 2021, 9, 152 ff. S.K. MEHRA, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, *cit.*, 1323 ff.; For further reading, see M.S. GAL, *Algorithms as Illegal Agreements*, 34, *Berk Technol. Law Journ.*, 34, 2019, 67 ff.; J.E. HARRINGTON JR., *Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Price-Setting Agents*, *Journ. Comp. Law & Econ.*, 14, 3, 2018, 331 ff.

82 A. EZRACHI, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, in *European Competition Journal*, 11, 488, 2015.

83 See P. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, *cit.*, 166. In the context of EU law, explicit collusion is clearly encompassed by the scope of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). This is the case regardless of whether the result is the consequence of an agreement between the relevant parties, whereby the undertakings in question have expressed a common intention to behave on the market in a certain way.

84 With regard to this matter, the following judgments of the Court of First Instance of 17 December 1991, Case T-7/89 Hercules Chemicals v Commission [1991] ECR II 1711, paragraph 256, and of 20 March 2002, Case T-9/99 Hfb Holding and Others v Commission [2002] ECR II 1487, paragraph 199, are pertinent to the existing case law.

85 E. CALVANO – G. CALZOLARI – V. DENICOLO – S. PASTORELLO, *Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion*, *cit.*, *passim*. The majority of contemporary AI systems are designed to generate agents that exhibit rational thinking and action. In order to realise systems that think rationally, logic-based representations and reasoning systems are often employed. The fundamental assumption is that rational thinking will result in rational action if the reasoning mechanisms employed are accurate. A further group of definitional approaches concerns the direct generation of rational actions. In these systems, the underlying representations are often not readily comprehensible to humans. In many cases, they employ an objective function that characterises the utility of states. The objective of the system is therefore to maximise this objective function, which is to determine the state that has the highest utility or, in the case of uncertainty, to maximise the expected future reward. To illustrate, if the objective function for a cleaning robot is defined as the cleanliness of the work surface minus the costs of the actions performed, in the ideal case, this leads the robot to select the optimal actions to keep the work surface as clean as possible.

this does not imply that these practices will be disseminated to the same type of market⁸⁶. Furthermore, at the microeconomic level, algorithmic discrimination enables prices to be closer to the consumer's willingness to pay. Consequently, consumers will be willing to pay a higher price and have a lower surplus. Furthermore, an expansion of demand may occur, and the overall impact of algorithmic discrimination depends on the relative importance of these two effects. In the context of algorithmic collusion, prices become excessively competitive, resulting in increased profits for firms and reduced consumer surplus.

In economic theory, two conditions have been identified as prerequisites for the occurrence of price discrimination. Firstly, it is necessary that undertakings are able to set their own prices. This implies that a firm must possess some degree of market power or, at the very least, the capacity to levy differential prices⁸⁷. Secondly, the sustainability of discrimination hinges on the ability of the consumer who purchases the good at a lower price to resell it to another party at a higher price⁸⁸.

The phenomenon of price discrimination can be classified into various categories, contingent upon the extent of information possessed by the firm regarding the consumers in question⁸⁹. In the case of personalised price discrimination, the firm has access to complete information on each consumer, which enables it to deduce their willingness to pay. Even when the firm has only partial information, it may still use it to divide consumers according to observable characteristics about their willingness to pay and apply different prices to different groups of consumers.

86 M. HELFRICH – F. HERWEG, *Fighting collusion by permitting price discrimination*, in *Economic Letters*, 2016, 148 ff.

87 L. STOLE, *Price discrimination and imperfect competition*. *Handbook of Industrial Organisation*, 2003, 3, 34 ff.

88 R. WOODCOCK, *Personalised pricing as monopolisation*, in *Connecticut Law Rev.*, 51, 2, 2019, 311 ff.

89 See the insightful contribution of J. STIGLITZ, *Imperfect Information in the Product Market*, in R. SCHMALENSEE – R. WILLIG (eds.) *Handbook of Industrial Organization*, 1, Amsterdam, 1989, 769 ff.

This form of pricing can occur in both customised and group pricing scenarios. In the former, the firm utilises observable consumer information to adjust the price or, more generally, the offer, thereby extracting a larger surplus. It is widely acknowledged that the availability of more detailed consumer information allows for more precise consumer segmentation. Another form of discrimination is based on the fact that the company offers different packages, *i.e.* combinations of price and quantity/quality, which allows consumers to select their preferred option.

The utilisation of algorithms based on AI technologies could potentially facilitate the emergence of price discrimination, or at the very least assist companies in optimising the range of options they propose to consumers. Nevertheless, it remains unclear to what extent current AI knowledge allows for the implementation of price discrimination⁹⁰. Another phenomenon of interest in the field of antitrust is that of algorithmic collusion. In the specialist literature, this term is used to refer to two different hypotheses.

The initial hypothesis concerns the implementation of an existing collusive strategy, defined or agreed upon by human operators, by algorithms. The second hypothesis is that algorithms engage in tacit collusion. This type of antitrust tort occurs when algorithms learn to collude autonomously (or quasi-autonomously) with minimal human intervention. One hypothesis put forth by legal doctrine in this context is that the advancement of machine learning algorithms and their prevalence in pricing applications, coupled with the availability

⁹⁰ See A. EZRACHI – M. STUCKE, *Virtual competition*, *cit.*, p. 46. The authors propose the hypothesis that a number of companies utilise the same computer tool for the definition of their pricing policies, without there being any agreement to that effect. The identity of the algorithm used would imply a substantial equality of calculation results and thus an alignment of business options (prices and other transaction conditions). The hypothesis appears to be somewhat theoretical, if not implausible, given that the possibility of different companies independently choosing the same software seems unlikely.

of vast quantities of data⁹¹, will render this type of tort sustainable in markets even in the absence of significant levels of oligopolistic concentration⁹².

Studies on tacit algorithmic collusion have demonstrated that algorithms can engage in collusive behaviour in an oligopoly. However, subsequent studies have revealed that the initial findings were not robust and were no longer applicable in the presence of minor fluctuations in costs, prices, and other parameters.

Recently, it has been shown that simple learning agents can learn to collude by achieving supra-competitive profits in a stylised environment with sequential pricing⁹³.

Finally, further specialised studies have provided evidence that machine learning algorithms can be trained to play sophisticated collusive strategies. In particular, they permitted the operation of several machine learning algorithms in an oligopoly context with a fixed marginal cost and where price dispersion was low, and firms tended to charge symmetric prices⁹⁴.

As is well known, Western legal systems have long established their own legal frameworks to counter anti-competitive phenomena and practices in accordance with the principles of antitrust law. One might consider the traditional apparatus of legislation in the United States, exemplified by the Sherman

91 D.D. SOKOL – R. COMERFORD, *Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?*, in R.D. Blair – D.D. SOKOL (eds.), *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech*, Cambridge, 2017, 271 ff.

92 F. BENEKE – M.O. MACKENRODT, *Remedies for algorithmic tacit collusion*, cit., 156 ff.

93 See, for example, S.S. IZQUIERDO – L.R. IZQUIERDO, *The “Win-Continue, Lose-Reverse” Rule in Cournot Oligopolies: Robustness of collusive outcomes*, in F. AMBLARD – F. MIGUEL – A. BLANCHET – B. GAUDOU (eds.), *Advances in artificial economics*, Berlin, 2015, 33 ff.

L. WALTMAN – U. KAYMAK, *Q-learning agents in a Cournot oligopoly model*, in *Journal of Economic Dynamics and Control*, 2008, 32, 10, 3275 ff.

94 E. CALVANO – G. CALZOLARI – V. DENICOLA – S. PASTORELLO, *Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion*, cit., passim.

Act⁹⁵, and the more recent set-up by the European Union, as evidenced by Articles 101 and 102 TFEU⁹⁶.

In light of the aforementioned findings, this section will focus on the legal assumptions of the competition sector, providing critical considerations in light of the current legislative framework. Furthermore, it will advance conclusions regarding potential remedies to the problems identified throughout the investigation, particularly those related to new anti-competitive practices based on AI and algorithms.

In order to provide a concrete framework for analysis, we will utilise the European legal order as a reference model. In this system, it is evident that Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) prohibits the coordination between undertakings. This article essentially defines three categories of unlawful collusion: agreements, decisions by associations of undertakings, and concerted practices⁹⁷. From this perspective, it is important to recognise that none of the existing categories, as currently understood in EU competition law, are suitable for the purpose of applying them to the new anti-competitive practices based on AI and algorithms⁹⁸.

95 See D.F. TURNER, *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, in *Harvard Law Review*, 1962, 655 ff. See also R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Hague, 2007, 303 ff.; ID., *Review of Kaplow, Competition policy and price fixing*, in *Antitrust Law Journ.*, 79, 2014, 761 ff.; J. STIGLER, *A Theory of Oligopoly*, in *Journ. Pol. Econ.*, 44, 72, 1964, 1 ff.; R. POSNER, *Oligopoly and Antitrust Laws: A Suggested Approach*, in *Stanford Law Rev.*, 1562, 21, 1969, 1 ff.; L. KAPLOW, *An Economic Approach to Price Fixing*, in *Antitrust Law Journal*, 343, 77, 2011; L. KAPLOW, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, 2013, 453 ff.

96 L. CALZOLARI, *The Misleading Consequences of Comparing Algorithmic and Tacit Collusion: Tackling Algorithmic Concerted Practices Under Art. 101 TFEU*, *European Papers*, 2021 6, 2, 1193 ff. Also interesting is the work paper of the OECD, *Algorithms and Collusion - Competition policy in a Digital Age*, Paris, 2017, 1 ff.

97 A recent case involving anti-competitive practices based on the misuse of AI and algorithms was recently addressed by the EU Commission. This case is of interest as it concerns the European Union (EU). The decisions of 18 July 2018 pertain to vertical cartels implemented by means of computer systems. For further information, please refer to the EU Commission of 18 July 2018, *Asus* (AT. 40465), *Denon* and *Marantz* (AT. 40469), *Phillips* (AT. 40181) and *Pioneer* (AT. 40182). The prohibition is explicitly set forth in Regulation No. 330/2010 of April 20, 2010, L. 102/1, April 23, 2010, art. 4.

98 F. BENEKE-M.O. MACKENRODT, *Remedies for algorithmic tacit collusion*, *cit.*, 164 ff.

In terms of legal dogmatics, it is established that the concept of an agreement requires the common intention of the parties to act in a certain way on the market and the existence of a concerted will. This type of coordination, as understood in the traditional sense of competition law, is not limited to price signalling. In fact, it necessitates the utilisation of specific forms of communication to convey the intention to collectively raise prices.

With regard to the prohibition of concerted practices, this offence is most frequently applied to the phenomenon of coordination between undertakings, which, however, cannot be qualified as an agreement. In a broader sense, the concept of concerted practices does not extend to instances where a concerted action, subsequent practice, or causal link can be identified⁹⁹. Consequently, autonomous parallel conduct cannot be considered a concerted practice and is not prohibited by Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Moreover, as is understood in the context of contemporary European competition law, this concept does not apply to mere interdependence, let alone one involving the use of autonomous pricing agents. In essence, the concept of autonomous parallel conduct is designed to encompass forms of cooperation that cannot be regarded as agreements. However, it does establish practical coordination between companies in order to avoid the risks of competition¹⁰⁰.

In our view, the most immediate consequence of the aforementioned picture is that EU antitrust law would be severely limited in its capacity to provide market regulators with the necessary legal instruments to regulate and rectify any distortions that may arise from the utilisation of AI and algorithms. Furthermore, even if competition regulators were able to identify sufficient evidence to prove a violation of Article 101 TFEU, it remains unclear what remedies and tools are available in such cases. Despite the uncertainties in application and the necessity for legislation to adapt to the new anti-competitive

⁹⁹ *Ivi*, 165.

¹⁰⁰ *Ivi*, 166.

practices, an interpretative effort may lead to some beneficial results. However, it is important to note that the antitrust system is reluctant to include AI and algorithms in the blacklist of competition-distorting transactions.

In general, it is understood that the provisions for remedies in cases where an infringement of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) has been found are set out in EU Regulation No 1 of 2003. Article 7 of the aforementioned regulation stipulates that the European Commission may impose decisions compelling undertakings to bring the infringement to an end. Consequently, in order to achieve this objective, the Commission may issue an order requiring the undertaking in question to implement any behavioural or structural remedies that are deemed to be proportionate to the infringement in question and necessary to bring the infringement to an effective conclusion.

Upon initial examination, the rule indicates that structural remedies are typically regarded as a more robust intervention than behavioural remedies. In particular, structural remedies can be employed to address tacit collusion in a variety of ways. Furthermore, when designing a structural remedy, the competition authority should seek to mitigate the negative effects of tacit collusion, for instance, by creating asymmetries between market participants. Indeed, in many oligopoly models, symmetry is an assumption that reduces the strategic interaction of firms. In addition, a firm's optimal price decision is not solely influenced by the actions of competing firms; rather, it is contingent upon a multitude of variables¹⁰¹.

These factors include the cost structure of the enterprise, the distribution channels employed, and the extent of cooperation with other enterprises. Consequently, the same pricing algorithm could yield an optimal price when applied to different firms. It can be argued that market asymmetries could prevent or reduce the likelihood of collusive market outcomes through the use of

¹⁰¹ *Ivi*, 167.

pricing algorithms¹⁰². In our opinion, structural remedies may not only prevent future market violations, but also discourage them. This occurs when the prospect of having to contend with a more competitive market structure, in which profits will be lower, acts as a deterrent to firms pricing independently¹⁰³.

The assumption is that firms are “patient” economic actors, which implies that they consider future profits carefully. This is also a necessary precondition for interdependent price stability, thereby ensuring that the remedy has a greater effect on markets that are more prone to collusion. It can be observed that structural remedies are a particularly attractive option, as they address market characteristics that facilitate collusive algorithmic outcomes without the need for intervention in specific areas¹⁰⁴.

Finally, as previously indicated in Article 7 of EU Regulation No 1 2003, the implementation of behavioural incentives can also yield valuable results. It is our contention that the formulation of guidelines can facilitate greater transparency in the functioning of AI and algorithms. Transparency should facilitate more effective regulatory oversight, enabling regulators to verify that software adheres to competitive best practices. Consequently, the objective of such transparency measures should be to eliminate the so-called “black box problem”. In practical terms, this implies that transparency-oriented solutions can be implemented in pricing decisions, with the variable of interest being the strategic response to competitors.

5. Conclusions

The analysis has revealed how in the antitrust sector new forms of abusive competition can emerge and spread through the acquisition of AI-based systems. The deployment of sophisticated algorithms by companies can give rise to novel infringements that may be underestimated by regulators and result in the emergence of detrimental market distortions. In EU positive law traditional

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ J.E. HARRINGTON JR, *A Proposal for a Structural Remedy for Illegal Collusion*, *cit.*, 342.

¹⁰⁴ *Ivi*, 347.

regulatory frameworks to control and mitigate the impact of anti-competitive practices are not yet fully aligned with recent IT acquisitions and risk not being adapted to the emergence of new illegal behaviour. A negative outcome could occur in the domain of public interest, where the systemic effect could be to undermine competitiveness and collective welfare¹⁰⁵.

Against this background, the present research first offered a survey of the state of the art on AI and algorithmic systems. This was achieved by conducting an in-depth information science study on the meaning, function, and application of these new tools. The paper then examined the impact of new information tools in the light of the protection of the public interest, exploring the areas of neutrality, transparency and comprehensibility of AI and algorithms. Finally, the analysis turned to the topic of new algorithmic anti-competitive practices. This involved an examination of the legal prerequisites and the suggestion of some remedies on the side of EU law.

Our research led to the conclusion that to ensure the effectiveness of the antitrust system and thus allow competition in the name of safeguarding the public interest, technology-based systems, such as AI and algorithms, must be transparent and accountable. This is necessary in order to make the economic decision-making process of market participants visible, explainable, and ultimately subject to judicial review by regulators and judges.

¹⁰⁵ For an insightful contribution, see T.O. BARNETT, *Maximizing Welfare through Technological Innovation*, in *George Mason Law Review*, 15, 2008, 1191 ff.

GIOVANNI D'ELIA
Cultore della materia in Diritto amministrativo
Università del Salento, Dipartimento di Scienze Umane e Sociali
giovannidelia81@gmail.com

**GIUDICE UMANO E INTELLIGENZA ARTIFICIALE: IL
PROCESSO AMMINISTRATIVO ALLA PROVA
DELL'IMPARZIALITÀ NELL'ERA DELLE DECISIONI
AUTOMATIZZATE**

**HUMAN JUDGE AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: THE
ADMINISTRATIVE PROCESS TESTED FOR IMPARTIALITY IN THE
ERA OF AUTOMATED DECISIONS**

SINTESI

Lo sviluppo dell'intelligenza artificiale procede senza sosta e la recente approvazione dell'*Artificial Intelligence (AI) Act* europeo è una conferma dalla portata normativa senza precedenti per la scienza giuridica. In un simile contesto i *policymakers* amministrativi discutono su modi e criteri di governance di detto strumento dalle potenzialità giuridiche inimmaginabili. Il giudizio amministrativo non è immune da un simile fenomeno dalle vaste proporzioni, ma anzi si dimostra pienamente influenzato tramite l'ampia implementazione delle cc.dd. "decisioni automatizzate". Il presente contributo offre un'indagine sistematica della materia, proponendo una rivisitazione concettuale della clausola legale dell'imparzialità come straordinario strumento giuridico che permette di funzionalizzare le decisioni automatizzate alla tutela della sfera dei diritti individuali e collettivi in sintonia con l'ordinamento costituzionale. A questo scopo, l'articolo si interroga sull'uso dell'intelligenza artificiale al fine di capire se questo paradigma sia rispettoso dei principi posti a base dell'ordinamento giuridico, come i principi di legalità ed uguaglianza, il cui corollario – quello di imparzialità – appare, secondo un approccio storicistico ed antropologico, non propriamente rispettato. Ciò sulla base dei deficit di creatività dell'intelligenza algoritmica. Si dirà, dunque, che la parzialità umana

appare essere più imparziale dell'asserita imparzialità della macchina. Si analizzeranno, poi, ulteriori principi tra cui quello di strumentalità, di trasparenza (e conoscibilità, il ché assume soluzioni complesse da gestire), di imputabilità e non esclusività della decisione automatizzata. Nelle conclusioni si propone una lettura del principio giuridico di imparzialità costituzionalmente orientata.

ABSTRACT

The development of artificial intelligence continues unabated and the recent approval of the *European Artificial Intelligence (AI) Act* is a confirmation of unprecedented regulatory scope for legal science. In such a context, administrative policymakers discuss ways and criteria of governance of this instrument with unimaginable legal potential. Administrative judgment is not immune to a similar phenomenon of vast proportions, but rather proves to be fully influenced through the widespread implementation of the so-called cc.dd. “automated decisions”. This contribution offers a systematic investigation of the matter, proposing a conceptual review of the legal clause of impartiality as an extraordinary legal tool that allows automated decisions to be made functional for the protection of the sphere of individual and collective rights in harmony with the constitutional system. To this end, the article questions the use of artificial intelligence in order to understand whether this paradigm is respectful of the principles underlying the legal system, such as the principles of legality and equality, whose corollary - that of impartiality – appears, according to a historicist and anthropological approach, not properly respected. This is based on the creativity deficits of algorithmic intelligence. It will therefore be said that human partiality appears to be more impartial than the asserted impartiality of the machine. Further principles will then be analysed, including those of instrumentality, transparency (and knowability, which requires complex solutions to manage), imputability and non-exclusivity of the automated decision. The

conclusions propose a constitutionally oriented reading of the legal principle of impartiality.

PAROLE CHIAVE: intelligenza artificiale, G7, algorithms, administrative judgment, constitutional principles

KEYWORDS: Artificial intelligence, G7, algorithms, administrative judgment, constitutional principles

INDICE: 1. Introduzione. - 2. Brevi cenni su algoritmi e intelligenza artificiale. - 2.1. Intelligenza artificiale e Giudizio amministrativo. - 3. Il rispetto dei principi posti a base dell'Ordinamento. - 3.1. Principio di strumentalità del ricorso all'informatica. - 3.2. Principio di trasparenza e conoscibilità. - 3.3. Principio di imputabilità. - 3.4. Principio di non esclusività della decisione algoritmica. - 3.5. Principio di non discriminazione algoritmica. - 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Il 13 marzo del 2024 è stato approvato in via definitiva dal Parlamento europeo il Regolamento Europeo sull'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence (AI) Act*) e, nei due giorni successivi, si sono tenute, in Verona e Trento, sotto la presidenza italiana, le giornate conclusive della Riunione informale del Gruppo dei Sette (G7) su *Industria, Tecnologia e Digitale*¹, conclusasi con una dichiarazio-

1 Il riferimento è al G7 Industria, Tecnologia e Digitale 2024, tenutosi a Verona e Trento il 14 e 15 marzo 2024. Come si legge sul sito web del Ministero delle Imprese e del Made in Italy, Il Gruppo dei Sette (G7) è un forum informale che riunisce Italia, Canada, Francia, Germania, Giappone, Regno Unito e Stati Uniti d'America. Al Gruppo partecipa anche l'Unione Europea, rappresentata ai vertici dal Presidente del Consiglio europeo e dal Presidente della Commissione europea. Il 1° gennaio 2024 l'Italia ha assunto, per la settima volta, la Presidenza del G7. Nel corso del 2024 l'Italia ospiterà, oltre al Vertice dei Capi di Stato e di Governo, 20 riunioni ministeriali. Gli incontri si svolgeranno in diverse città italiane nel quadro di un impegno organizzativo che prevede un ruolo di primo piano da parte delle istituzioni locali nelle attività del G7. Fonte, <https://www.mimit.gov.it/it/g7-industria/g7-industria-2024-verona-e-trento>

Venendo all'*Artificial Intelligence (AI) Act*, questi si pone "(...) l'obiettivo di migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere l'adozione di un'intelligenza artificiale affidabile e incentrata sull'uomo, garantendo, nel contempo, un elevato livello di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dell'UE, compresa la democrazia, lo Stato di diritto e la tutela dell'ambiente dagli effetti dannosi dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione, nonché sostenendo l'innovazione" (tratto da Camera dei Deputati, Documentazione per le Commissioni – Attività dell'Unione europea, *Il Regolamento UE in materia di intelligenza artificiale*, n. 26, 5 febbraio 2024).

Il Regolamento è strutturato su *livelli di rischio*, per cui si mira a classificare i sistemi di IA in base al rischio di causare danni ai cittadini e le misure, più aumenta il livello di rischio e più diventano stringenti. La classificazione rientra grossomodo in tre categorie: pratiche vietate, sistemi ad alto rischio e altri sistemi. Per fare un esempio, le pratiche vietate sono quelle che usano i sistemi di IA al fine di usare indiscriminatamente l'identificazione biometrica remota in tempo reale negli spazi pubblici da parte di soggetti pubblici o privati, ovvero al fine di usare forme di ranking, elaborati dagli algoritmi, per classificare individui o gruppi in base alla pericolosità e addivenire a forme maggiori di controllo nei loro riguardi. I sistemi ad alto rischio, invece, involgono gli impieghi dell'IA che rechino potenziali danni alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali dei cittadini, per cui si chiede un'autovalutazione da parte del fornitore del servizio che detto strumento sia conforme al Regolamento. Vi sono, poi, ulteriori regolamentazioni,

ne ministeriale, in cui, tra i punti salienti, compare la promozione dell'uso dell'Intelligenza Artificiale (d'ora in avanti IA) nel settore pubblico. Nulla di eclatante, sia chiaro, dato che sono anni ormai che si discute dell'uso di siffatta tecnologia nella pubblica amministrazione e, si vedrà nel prosieguo del presente scritto, è già stata abbondantemente utilizzata nella PA e per cui la giustizia amministrativa s'è pronunciata con vigore. Tuttavia è la prima volta che se ne parla in un consesso internazionale in un'ottica matura di regolazione, per così dire, *costituzionalmente orientata*, ovverosia nei termini per cui l'IA proceda con il suo sviluppo, sebbene nel rispetto dello Stato di diritto, del giusto processo, della democrazia, dei diritti umani, compreso il diritto alla riservatezza, anche promuovendo la trasparenza, l'equità e la responsabilità, prevenendo e mitigando allo stesso tempo possibili usi impropri ed abusi².

Il documento formulato dal G7 appare di estremo interesse perché, oltre a quanto appena detto, tesse le fila di uno sviluppo dell'IA *sicura, protetta e affida-*

inclusi i campi di applicazione, per cui si rimanda alla lettura del testo, poiché l'analisi del Regolamento, sebbene di grande interesse, esula dalle finalità di questo scritto. Il testo del Regolamento si trova su <https://artificialintelligenceact.eu/ai-act-explorer/>

2 Così si legge nel documento finale: “AI is already changing the way we work, live, and interact, contributing positively to innovation, productivity, and economic growth, across the private and public sectors, while bringing important changes to sectors such as manufacturing, education, health, public administration, and services, and the world of work. To harness the opportunities of innovation, we recognise the critical role and responsibility of governments in shaping and steering the safe, secure, and trustworthy development, deployment, and use of AI systems, including to design and deliver better public services tailored to citizens' needs and expectations. 48. At the same time, it is more apparent than ever that the development, deployment, and use of AI systems should respect the rule of law, due process, democracy, human rights, including privacy, and protect personal data and intellectual property, including by promoting transparency, fairness, and accountability, while preventing and mitigating possible misuse and abuse. We recognise in this regard the 2019 OECD Recommendation on AI, as well as its ongoing revision, and the 2021 UNESCO Recommendation on the Ethics of AI. 49. We reaffirm that AI policies, regulations, and governance approaches should be risk-based and forward-looking to preserve an open and enabling environment for AI development and deployment that maximises the benefits of the technology for people and the planet while mitigating its risks. 50. Recognising the need for G7 members to ensure that their public sectors are equipped to deal with AI systems, we look forward to the development of a toolkit, to be finalised during the Italian G7 Presidency, informing an open and enabling environment for the safe, secure, and trustworthy development, deployment, and use of AI in the public sector. 51. The toolkit will help the public sector and, where relevant, other stakeholders, translate principles for safe, secure, and trustworthy AI into actionable policies, recognising opportunities and risks. The toolkit will act as a snapshot to further help assess AI's relevance in the public sector, including for specific domains, as detailed in Annex 2. It may also explore mechanisms to encourage, as appropriate, the role of relevant public sector data to support governments developing safe, secure, and trustworthy AI”. G7 INDUSTRY, TECHNOLOGY AND DIGITAL MINISTERIAL MEETING, Verona and Trento 14-15 March 2024 Ministerial Declaration, su https://assets.innovazione.gov.it/1710505409-final-version_declaration.pdf

bile nel settore pubblico e sul governo digitale³, in un ambiente “(...) Internet aperto, libero, globale, interoperabile, affidabile e sicuro” restando “(...) impegnati a prevenire la frammentazione di Internet e ad affrontare la frammentazione dove si verifica oggi”. Dunque gli impegni dei rappresentanti dei sette grandi Paesi più industrializzati sembrano indirizzarsi verso un utilizzo *responsabile* ed equilibrato di tali nuove tecnologie, facendo propria la recente Raccomandazione Unesco sull’etica dell’IA, adottata dalla conferenza generale in data 24 novembre 2021, la quale fissa i principi etici dell’uso dell’intelligenza artificiale nei riguardi dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Alla luce di ciò, il gruppo informale dei sette ha accolto la proposta fatta dall’Italia di tradurre nella pratica i principi per un’Intelligenza Artificiale sicura e affidabile (“*safe, secure and trustworthy*”), attraverso lo sviluppo di un *Toolkit sull’IA* nel settore pubblico. Si tratta, a quanto è dato comprendere, di uno strumento di lavoro per la diffusione e l’uso etico di applicazioni di IA nel settore pubblico. In prosecuzione dei progressi del Processo di Hiroshima sull’Intelligenza Artificiale (HAIP), lo strumento servirà a «*sviluppare, insieme alle parti interessate, meccanismi per il monitoraggio volontario dell’adozione del “Codice di Condotta Internazionale per le Organizzazioni che Sviluppano Sistemi di IA Avanzati”*. Un’*infrastruttura pubblica digitale robusta agevola un accesso facile, intuitivo e sicuro ai servizi pubblici essenziali, garantisce la resilienza dei Paesi e promuove l’inclusione sociale. La Presidenza svilupperà un Compendio sui Sistemi Pubblici Digitali adottati dai membri del G7, condividendo buone pratiche ed esempi di successo*»⁴.

Dunque la strada sembra segnata verso un impiego sempre più massiccio degli strumenti di IA nella PA e appare opportuno, dopo aver fatto alcuni cenni su cos’è un algoritmo, in che consiste invece l’intelligenza artificiale e come questa potrebbe essere impiegata nel giudizio amministrativo, fare un approfondimento sui principi che dovrebbero guidare lo sviluppo dell’IA, anche alla

³ Dichiarazione G7, cit, § 60.

⁴ Questo si legge su <https://www.g7italy.it/it/seconda-giornata-della-riunione-ministeriale-g7-su-industria-tecnologia-e-digitale/>

luce di una giurisprudenza amministrativa che sembra assolutamente consapevole di quali siano i limiti e le opportunità di siffatta tecnologia e, già tempo addietro, ha dettato le prime – necessarie – regole di governance di tali strumenti che, come ampia dottrina ha ribadito negli anni, vanno accolti ma governati con estrema cautela, al fine di approfittare delle opportunità date dalle nuove tecnologie, senza correre il rischio di far soccombere gli interessi pubblici dinanzi al prorompente sviluppo di interessi di natura privatistica. Ci si chiederà, in particolare, se l'asserita imparzialità dell'IA può essere, in realtà, più parziale della fallibile imparzialità umana.

2. Brevi cenni su algoritmi e intelligenza artificiale

Pare opportuno, prima di iniziare l'analisi dell'utilizzo di algoritmi e di sistemi di Intelligenza artificiale nel giudizio amministrativo, partire da una breve analisi dei concetti di algoritmo, intelligenza artificiale e, infine, del procedimento giudiziale amministrativo, al fine di comprendere in quale fase ed in che modo possano collocarsi i sistemi algoritmici e di IA.

Un algoritmo consiste in una serie di istruzioni, con un numero finito di passi effettuati secondo un insieme finito di regole esplicite, che dev'essere applicato per eseguire un'elaborazione o risolvere un problema. Un algoritmo, in altre parole, è una sequenza finita, logica e precisa di operazioni da svolgere per risolvere un dato problema⁵. All'interno della classe di algoritmi ve ne sono di diversi tipi, deputati a risolvere diversi problemi ovvero ad eseguire compiti semplici o complessi a seconda del tipo di utilizzo. Avremo, così, per sintetizzare, algoritmi deterministici, che determinano un risultato certo e sono costruiti secondo una logica rigidamente causale. Ad un certo input corrisponderà un certo output in quanto uno e soltanto uno è il risultato a cui perviene⁶. Avremo

⁵ La definizione sintetica e generale si può rinvenire qui: <https://www.treccani.it/vocabolario/algoritmo/>

⁶ Tali tipi di algoritmi si fondano sulla regola *if...else*, ossia se (if) l'input è un certo dato, l'output (else) sarà un altro dato e quello soltanto. Poniamo ad esempio che l'ISEE dovrà essere inferiore a 10.000 € per ottenere una borsa di studio. L'algoritmo calcolerà questi dati: if ISEE inferiore a 10.000, else idoneità per ottenere la borsa di studio. Ancora, l'algoritmo è am-

poi gli algoritmi non deterministici, in cui è presente almeno un'istruzione che ammette diversi possibili passaggi successivi che si svolgono eventualmente secondo logiche probabilistiche. Gli algoritmi non deterministici sono spesso usati per trovare una soluzione approssimativa, quando quella esatta sarebbe troppo onerosa⁷ usando una soluzione deterministica⁸.

L'evoluzione di siffatti algoritmi ha condotto la scienza informatica a sviluppare sistemi sempre più complessi, concependo algoritmi ad apprendimento automatico, i quali danno luogo ad applicazioni di *machine learning*. L'algoritmo fornisce un modello di apprendimento da applicare al set di dati cui la macchina ha accesso per giungere ad una soluzione attraverso l'analisi di esperienze pregresse relative a situazioni simili. Tra questi abbiamo tre tipologie: 1) apprendimento supervisionato, il quale è una modalità di addestramento dove i dati utilizzati sono etichettati; ad ogni input si conosce il rispettivo output che viene utilizzato per insegnare all'algoritmo le regole del modello; 2) apprendimento non supervisionato, il quale attinge a dati non previamente classificati, li

pientemente usato dalle forze di polizia negli strumenti di controllo elettronico della velocità, per calcolare la velocità, sia quella istantanea che quella media. Dunque l'algoritmo funzionerà in questo modo: if velocità inferiore a 50 km/h, else, il dispositivo non si attiverà (oppure si attiverà ma invierà le immagini nel cestino). If velocità superiore a 50 km/h, else il dispositivo si attiverà (ed invierà le immagini all'archivio informatico per la successiva fase di accertamento umano e contestazione).

7 E' stato osservato in dottrina che *«the difficulties faced by systems relying on hard-coded knowledge suggest that AI systems need the ability to acquire their own knowledge, by extracting patterns from raw data»*. In altri termini, la tecnica del machine learning è stata sviluppata proprio per superare i limiti dei programmi condizionali nei quali la conoscenza del contesto rilevante per la decisione è manualmente codificata da un essere umano. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.3, 1 giugno 2021, pag. 431. Il virgolettato appartiene a I. GOODFELLOW, Y. BENGIO, A. COURVILLE, *Deep Learning*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.

8 Un classico algoritmo non deterministico rintracciabile su qualsiasi personal computer è il gioco a carte "hearts". In questo gioco l'algoritmo seleziona a caso una condizione iniziale: dopo aver eseguito una mossa, l'algoritmo si mette in stato di attesa aspettando l'alternativa che gli viene fornita dal giocatore; ricevutala, esegue una nuova mossa e questo fino a quando il gioco termina (con "successo", e allora vince il computer, o con "fallimento", e allora il computer perde). In questo caso, l'informazione necessaria alla esecuzione di $S = \text{CHOICE}(A)$ è data dall'interazione con il giocatore. Tratto da A. BERTONI, Università degli studi di Milano, Dipartimento di Scienze dell'Informazione, *Dispensa del corso di Algoritmi II (prima parte)*, AA 2011-2012.

rielabora, individua eventuali correlazioni e crea nuova conoscenza⁹ estrapolando una regola non previamente definita in sede di impostazione dell'algoritmo; 3) apprendimento per rinforzo, in cui la macchina apprende dai risultati delle proprie azioni o da quelle altrui, distinguendo successi e fallimenti e migliorando la propria efficacia. All'interno di questa categoria (apprendimento automatico) si rinvencono i sistemi basati sul c.d. *deep learning*¹⁰, il quale, più di ogni altro sistema algoritmico, per funzionare appieno, abbisogna dei c.d. *big data*¹¹.

9 Il concetto di *nuova conoscenza*, in ambito di IA, non va confuso con quello di creatività. Con creatività s'intende la capacità cognitiva di una mente di creare ed inventare nuova conoscenza, basandosi sull'esperienza pregressa, ma generando una diversa visione del mondo, inserita in una fase storica, in una data società. Si legge su <https://it.wikipedia.org/wiki/Creativit%C3%A0>: «Tra le moltissime definizioni di creatività che sono state coniate si segnala per semplicità e precisione quella fornita dal matematico Henri Poincaré: "Creatività è unire elementi esistenti con connessioni nuove, che siano utili". Le categorie di "nuovo" e "utile" radicano l'attività creativa nella società e nella storia. Il "nuovo" è relativo al periodo storico in cui viene concepito; l'"utile" è connesso con la comprensione e il riconoscimento sociale. Nuovo e utile illustrano adeguatamente l'essenza dell'atto creativo: un superamento delle regole esistenti (il nuovo) che istituisca un'ulteriore regola condivisa (perché rivela utile). Si individuano anche le due dimensioni del processo creativo che unisce disordine e ordine, paradosso e metodo. Infine, le categorie di nuovo e utile ampliano la sfera delle attività creative a tutto l'agire umano a cui sia riconosciuta un'utilità economica - estetica o etica - e che sviluppi uno dei tre possibili gradi di novità: applicazione nuova di una "regola" esistente, estensione di una regola esistente a un campo nuovo, istituzione di una regola del tutto nuova». Una macchina, pur complessa e dotata di profonde reti neurali (V. nota successiva), non è in grado di produrre conoscenza creativa, in quanto basa la nuova conoscenza su calcoli statistici di dati storici (*big data*), elaborati, rielaborati, messi in connessione, ma, pur tuttavia, in un campo finito di probabilità all'interno di un modello matematico. Inoltre la macchina non dispone né del c.d. senso comune né dell'interpretazione critica della storia, né, soprattutto, degli stati emotivi, ragion per cui non sarà in grado di percepire e tradurre su supporto quegli stati necessari affinché si crei nuova conoscenza, creativa. Inoltre, com'è stato osservato dalla dottrina filosofica, «(...) la tecnologia, che secondo i neopositivisti risolverebbe progressivamente tutti i problemi del genere umano, non può essere considerata come una scienza che ha, in quanto tale, a che fare con come stanno le cose nella realtà – pur con tutti i limiti connessi al suo modo di procedere induttivo per cui ogni generalizzazione e universalizzazione è sempre a rischio di venir falsificata – in quanto niente può assicurarci che un certo trend determinato statisticamente sui dati del passato debba confermarsi immutato anche in futuro. La tecnologia, in effetti, piuttosto che descrivere come fa la scienza, mira a prescrivere come deve configurarsi il reale affinché i suoi dispositivi abbiano successo. Tale funzione performativa e trasformativa della tecnica sulla realtà avviene sulla base del suo metodo e, quindi, resta decisivo chi lo stabilisce e a quale scopo dal punto di vista economico, sociale, politico e ideologico». Così R. CAPUTO, *La non neutralità dell'algoritmo*, su *La Città futura*, 10 novembre 2019, <https://www.lacittafutura.it/economia-e-lavoro/la-non-neutralita-dell-algoritmo>

10 Il *deep learning* (apprendimento profondo) è un sottoinsieme del concetto di *machine learning* che pone l'accento sull'apprendimento di strati successivi di rappresentazioni di dati sempre più significative. Si basa sulle reti neurali e, detta in soldoni, si ispira alla struttura e alla funzione del cervello, chiamate – appunto – reti neurali artificiali.

11 In genere si parla di *big data* quando l'insieme di dati è talmente grande e complesso che richiede la definizione di nuovi strumenti e metodologie per estrapolare, gestire e processare informazioni entro un tempo ragionevole. Infatti, come enunciato dalla legge di Moore, l'evoluzione tecnologica permette la memorizzazione e la gestione di dataset di dimensioni continuamente crescenti. In uno studio del 2001, l'analista Douglas Laney aveva definito il modello

Da queste brevi definizioni è possibile intuire che il concetto di algoritmo è distinto da quello di Intelligenza artificiale e difatti anche il TAR Lombardia, con Sentenza n. 843/2021, in una causa avente ad oggetto la fornitura di dispositivi medici avanzati dotati di sistemi di intelligenza artificiale, ha aderito alla distinzione tra i due concetti, statuendo che con il concetto di algoritmo «*ci si richiama, semplicemente, a una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato (come risolvere un problema oppure eseguire un calcolo (...))*», precisando, subito dopo, che «*non deve confondersi la nozione di “algoritmo” con quella di “intelligenza artificiale”, riconducibile invece allo studio di “agenti intelligenti”, vale a dire allo studio di sistemi che percepiscono ciò che li circonda e intraprendono azioni che massimizzano la probabilità di ottenere con successo gli obiettivi prefissati..... sono tali, ad esempio, quelli che interagiscono con l'ambiente circostante o con le persone, che apprendono dall'esperienza (machine learning), che elaborano il linguaggio naturale oppure che riconoscono volti e movimenti*».

Il Consiglio di Stato, riformando la pronuncia con Sentenza n. 7891/2021¹², ha confermato in parte quanto stabilito dal Giudice di prime cure, spiegando, però, che oggi, quando si parla di algoritmi senza null'altra specificazione, è altamente probabile che ci si riferisca anche ai sistemi complessi di IA, contribuendo, tuttavia, a generare confusione tra i due concetti che, a parere di chi scrive, debbono restare separati, così come espresso dal TAR Lombardia. Osserva il Giudice di secondo grado, nell'appena citata Sentenza, che «*non v'è dubbio che la nozione comune e generale di algoritmo riporti alla mente “semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato” (...). Nondimeno si osserva che la nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento*

di crescita come tridimensionale (modello delle «3V»): con il passare del tempo aumentano volume (dei dati), velocità e varietà (dei dati). Tratto da https://it.wikipedia.org/wiki/Big_data#Definizione_e_caratteristiche

¹² Consiglio di Stato, Sez. III, Sentenza 4-25 novembre 2021, n. 7891.

umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare».

Tuttavia, prosegue il Consiglio di Stato, «cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di machine learnig e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

2.1. Intelligenza artificiale e Giudizio amministrativo

Tutto ciò chiarito, sia concesso fare un breve cenno alla funzione del Giudizio amministrativo, in modo da meglio comprendere i limiti ed i principi da osservare nell'utilizzo di siffatte tecnologie.

Appare evidente che il Giudice amministrativo «costituisce tramite tra la pubblica amministrazione e i cittadini. Ciò al fine di assicurare la tutela delle posizioni giuridiche soggettive che vengono intaccate dall'esercizio del potere e di consentire il pieno soddisfacimento di quei beni della vita per il cui conseguimento necessita l'esercizio del potere»¹³.

I Tribunali amministrativi regionali (d'ora in avanti TAR) trovano fondamento nell'art. 125 della Costituzione¹⁴, ma è l'art. 103 del testo costituzionale che, disciplinando la formazione del Consiglio di Stato, detta i primi fondamenti, stabilendo, al comma 1, che *«Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»*. Dunque il Giudice amministrativo valuta e all'occorrenza corregge l'opera-

¹³ Così si esprime il Presidente della Sez. VI del Consiglio di Stato, C. VOLPE, *Tribunali amministrativi regionali: cinquanta anni di esperienza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.1, 1 marzo 2022, pag. 320

¹⁴ Il quale, com'è noto, prevede che *«Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione»*.

to della Pubblica amministrazione, talvolta contribuendo attivamente a creare il diritto sostanziale, ponendosi, spesso e di fatto, come legislatore¹⁵.

La funzione sempre più ampia del Giudice amministrativo è consacrata anche dal D.Lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo, d'ora in avanti Cpa), il quale ha recepito decenni di evoluzione giurisprudenziale, conducendo il Giudice amministrativo dall'essere Giudice del provvedimento ad essere Giudice del rapporto, con ciò attribuendogli competenze in materia di diritti soggettivi (art. 7 comma 1 Cpa), anche disponendo il risarcimento del danno (art. 7 comma 4 Cpa)¹⁶.

Il ruolo crescente del Giudice amministrativo è diventato, dunque, sempre più importante, in quanto *«è il giudice del potere amministrativo è cioè il giudice del potere che nel nostro ordinamento è riconosciuto, unico, con la caratteristica di modificare unilateralmente, in assenza di qualsivoglia precedente determinazione consensuale anche implicita, la posizione giuridica del destinatario. Questa configurazione del potere amministrativo è unica perché soltanto al fine di perseguire il pubblico interesse è possibile introdurre nell'ordinamento una disparità tra soggetti dell'ordinamento generale medesimo, che altrimenti costituirebbe una violazione dell'art. 3 della Costituzione»*¹⁷. Da ciò ne discende che l'intro-

15 Ne sono esempio varie disposizioni contenute nella l. n. 241/1990 (ad. es., quelle sulla motivazione, sui termini, sul silenzio, ecc.) e nel c.p.a. Il Consiglio di Stato prima da solo e poi assieme ai Tar, con una giurisprudenza di tipo creativo, hanno elaborato i principi e le regole dell'agire amministrativo e del processo, che poi sono state recepite e cristallizzate dal legislatore. Non è accaduto quindi quello che avviene normalmente. È il legislatore che elabora le regole delle relazioni, del loro essere e divenire, dell'esercizio del potere e del processo. Mentre il giudice applica le regole. Qui invece le regole sono state in gran parte elaborate dal giudice amministrativo e poi successivamente fatte proprie dal legislatore. Cit. *supra*, nota 13.

16 Le tappe di siffatta evoluzione sono numerose (ma ci si concentrerà sulle principali) e ruotano intorno al concetto di interesse legittimo, il quale inizialmente veniva inteso come interesse strumentale al corretto esercizio dell'azione amministrativa e solo attraverso il legittimo esercizio del potere amministrativo il singolo poteva ottenere direttamente dei vantaggi nella propria sfera giuridica. Tuttavia la celebre Sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999 ha rivoluzionato il concetto, statuendo che è impossibile prevedere un giudizio senza la tutela risarcitoria, attenuando quella netta differenza che distingueva i diritti soggettivi dagli interessi legittimi. Successivamente, la L. 21 luglio 2000 n. 205 ha previsto la tutela risarcitoria dinanzi al Giudice amministrativo, anche se precedentemente la Sentenza n. 5000 del 1999, già il D.Lgs. 80/1998 prevedeva la possibilità di ottenere il risarcimento del danno dinanzi al Giudice amministrativo, ma solo in materia di urbanistica ed edilizia.

17 C. E. GALLO, *Attualità del giudice amministrativo*, in *Giustizia insieme*, 15 giugno 2021, su <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1799-attualita-del-giudice-amministrativo-2>, il quale risponde alle critiche di coloro che vorrebbero sopprimere il Giudice amministrativo, rimarcandone l'importanza nel nostro Ordinamento. Si V. anche F.

duzione di elementi decisionali automatizzati va attentamente ponderata, poiché incide, anche pesantemente, sia sui diritti individuali sia sul potere amministrativo, definendone così il peso e modellandone il rapporto con gli altri poteri nonché con le formazioni sociali in cui è inserito¹⁸.

Tutto ciò premesso, occorre ora delineare – seppur brevemente – il funzionamento del processo amministrativo, onde comprendere in quali fasi può inserirsi l'uso degli algoritmi o di sistemi di IA utili a deflazionare il procedimento giudiziale ed accelerarne le tempistiche di definizione. Sono principalmente quattro le fasi in cui gli automatismi possono trovare utilizzo: 1) la fase di costituzione delle parti; 2) la fase cautelare; 3) la fase istruttoria; 4) la fase decisionale. Attualmente la costituzione delle parti è disciplinata dal Titolo I, Capo I, Sezione I del Cpa, rubricato *Ricorso e costituzione delle parti*. Con la notifica del ricorso all'amministrazione resistente e agli eventuali controinteressati (art. 41 Cpa) il contraddittorio può dirsi integralmente costituito. Successivamente il ricorso viene depositato nella segreteria del Giudice entro trenta giorni (art. 45 comma 1 Cpa). A questo punto, alle parti intimato è data la possibilità di costituirsi, presentare memorie, fare istanze, indicare mezzi di prova e produrre documenti entro il termine di sessanta giorni da quando la notificazione del giudizio si è perfezionata nei loro confronti (art. 46 Cpa). In questa fase si pone un primo problema di immissione e gestione dei dati provenienti dalle parti: elementi identificativi delle parti, il contenuto degli atti costitutivi, gli allegati, ecc.

Ogni singolo dato va immesso in un sistema informatico coerente, omogeneo, consultabile, ordinato e in grado di interagire con altri sistemi esterni, al fine di generare i c.d. *open data*, ossia un formato di dati reso pubblico¹⁹, docu-

PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

¹⁸ Per un'analisi più approfondita si v. *infra*, § 3 e ss.

¹⁹ Qui si pone un problema legato al rapporto tra dati aperti (necessari ai fini dell'interoperabilità e dell'addestramento "collettivo" dell'IA) e diritto alla riservatezza delle parti coinvolte nel processo amministrativo. Una risposta, seppur parziale, è stata data dal Gruppo di Lavoro "Article 29 Data Protection Working Party", istituito dal Garante Europeo della Protezione dei

mentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi²⁰. Il problema non è di poco conto e non sarebbe azzardato, in riferimento alla giustizia amministrativa, parlare, tuttavia, di *open big data*, se si considera che solo nel 2023, presso le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, il numero delle cause pendenti alla fine del 2022 era pari a 17.057 e si è ridotto a 13.634 al 31 dicembre 2023. Presso i Tribunali Amministrativi Regionali il numero delle cause pendenti al 31 dicembre 2022 era pari a 108.292 e si è ridotto a 99.292 al 31 dicembre 2023. Senza contare il numero dei ricorsi “risalenti nel tempo”, ossia quelli ancora pendenti al 31 dicembre 2019, pari a 5.212 (ridotti a 1.230 nel corso del 2023) presso il Consiglio di Stato e a 39.143 (ridotti a 17.016) presso i Tribunali amministrativi regionali²¹. L’inserimento nella macchina di un numero elevato di dati provenienti dalle parti unito all’inserimento di tutta la giurisprudenza amministrativa storica, che va comunque amalgamata al diritto sostanziale (entrambi sia nazionali che europei) anch’esso corposo, genera, dunque, i *big data*.

Altra questione da affrontare in fase di inserimento e gestione dei dati, è quella di far in modo che la macchina sia in grado di leggere la giurisprudenza, scartando quella ormai superata, unitamente alle norme abrogate dal Legislatore. Tutto ciò pone, dunque, una sfida legata all’integrazione di sistemi informatici tra svariati poteri dell’ordinamento, settori dell’amministrazione centrale e periferica, soggetti privati (quali studi legali, società informatiche, ecc.), istituzioni pubbliche sovranazionali, nonché alla loro continua interoperabilità. Un

Dati nel 2014, che ha prodotto un documento in cui si analizza il rapporto tra pubblicazione dei dati e diritti degli interessati ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679. Per maggiori approfondimenti si veda il documento appena citato disponibile su https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp221_en.pdf

20 Si pone un problema legato all’apertura dei dati, in quanto necessari affinché i vari sistemi di IA funzionino a dovere, ma anche di riservatezza dei dati personali, per cui si analizzerà *infra*. Per un’analisi approfondita degli *open data* e *open big data* si V. <https://www.agendadigitale.eu/dati/open-data-e-big-data/>

21 *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato in occasione della cerimonia d’inaugurazione dell’anno giudiziario 2024*, 5 febbraio 2024, disponibile su <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/56245813/Relazione+formattataDEF.pdf/45635d26-7c66-7a3b-7156-2d78fbd-fa034?t=1707157555775>

problema di non poco conto se si pensa ad un dato fattuale paradigmatico di quanto distacco vi sia tra la realtà e le sue rappresentazioni. Il recente D.Lgs. 36/2023, approvato in marzo del 2023 e divenuto efficace nel luglio dello stesso anno, prevede la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici²² e l'utilizzo di tecnologie informatiche, inclusa l'intelligenza artificiale (artt. 21 e 30), nonché l'interoperabilità delle varie banche dati (artt. 21 e 23), in modo da semplificare le procedure di verifica da parte delle Stazioni appaltanti sui requisiti degli operatori economici. Ad oggi il paventato automatismo non è ancora operante, in quanto il Fascicolo Virtuale dell'Operatore economico (FVOE 2.0) funge solo da contenitore di documenti che le SSAA e gli OOEE caricano *manualmente*, e non vi è alcuna condivisione tra amministrazioni, nonostante sia passato un anno (che, nel mondo digitale, equivale a decenni) dall'approvazione del codice e ormai diversi mesi dall'entrata in vigore di dette disposizioni, alla cui data l'interoperabilità avrebbe dovuto essere garantita. Ad oggi l'unico sistema *interoperabile* è quello relativo alla richiesta del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) implementato sui siti web di Inail ed Inps.

Dopo questa breve digressione e tornando al tema principale, un altro problema da affrontare in fase di inserimento e gestione dei dati relativi al giudizio amministrativo è quello relativo alla loro struttura, ovvero se sia opportuno gestirli in forma di *data lake* o di *data warehouse*, entrambi sistemi che presentano pro e contro²³.

Anche nel processo amministrativo, così come in quello civile e penale, è possibile che si apra una fase cautelare, disciplinata dal Titolo II del Cpa, volta a evitare che il decorso del tempo pregiudichi le pretese fatte valere. Le misure

²² Disposizione divenuta efficace a partire dal primo gennaio del 2024.

²³ Il *data lake* (lago di dati) è un sistema o repository di dati archiviati nel suo formato grezzo. E' un archivio di dati che favoriscono un'analisi più flessibile. Si contrappone al *Data Warehouse* (magazzino di dati), in cui i dati sono archiviati in file o cartelle. Tuttavia questo sistema è più rigido e non consente spesso un'analisi approfondita dei dati e delle loro interazioni.

cautelari che possono essere concesse dal giudice amministrativo si dividono in collegiali, monocratiche o anteriori alla causa, a seconda che vi sia il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile, un'ipotesi di estrema gravità e urgenza o un'ipotesi di eccezionale gravità e urgenza. E' evidente che in questa fase il tempo è un fattore decisivo e un sistema di decisione automatizzata potrebbe essere una soluzione adeguata a velocizzare detta fase e addivenire ad un provvedimento rapido ed efficace. In questa fase, come in quella decisoria, una macchina istruita con algoritmi non condizionali o, se più evoluta, basata sul *deep learning*²⁴, giungerebbe ad una decisione, in termini probabilistici, con un giudizio articolato su più livelli (es. alto, medio, basso), a condizione che gli input siano stati correttamente inseriti (in formato grezzo ovvero ordinato) e che la struttura neurale abbia elaborato lo stimolo esterno (l'informazione), comunicando con altri neuroni ed ottenendo un livello di output corretto o, quantomeno, vicino a quello che avrebbe adottato il giudice umano. E' la connessione tra i livelli a consentire di arrivare alla risposta (output) corretta. Più connessioni saranno effettuate, maggiore sarà la capacità di elaborare nuovi input con adeguati output. Il meccanismo è di tipo "addestrativo": si forniscono alla rete neurale un gruppo di coppie di input (caso giuridico) output (qualificazione del caso) corretti, o magari attinti da raccolte giurisprudenziali. L'elaborazione delle necessarie connessioni consentirà alla rete di "imparare" a leggere gli input offrendo la corretta associazione per arrivare all'output più idoneo. Non è più necessario, quindi, modificare di volta in volta la base di conoscenza²⁵.

Fase essenziale del processo amministrativo è rappresentata dall'istruttoria, disciplinata dal Titolo III del Cpa, in cui vengono acquisiti in giudizio i

24 Ossia l'apprendimento profondo, basato su diversi livelli di rappresentazione, corrispondenti a gerarchie di caratteristiche di fattori o concetti, dove i concetti di alto livello sono definiti sulla base di quelli di basso. In altre parole, per apprendimento profondo si intende un insieme di tecniche basate su reti neurali artificiali organizzate in diversi strati, dove ogni strato calcola i valori per quello successivo affinché l'informazione venga elaborata in maniera sempre più completa. Per approfondire si V.F. CHOLLET, *Deep learning with Python*, II Ed., Manning, Shelter Island, New York, 2021, p. 2.

25 Così si esprime S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro Amministrativo (III)*, fasc. 10, 1 ottobre 2018, pag. 1787.

mezzi di prova utili per sostenere o confutare la posizione del ricorrente, sui quali si fonderà poi la decisione finale. Le parti hanno l'onere di provare i fatti a fondamento della propria domanda. Tuttavia il giudice può chiedere loro chiarimenti o documenti, anche d'ufficio, avendo anche il potere di ordinare a terzi l'esibizione di documenti o di quant'altro ritenga necessario e disporre l'ispezione. Il giudice, su istanza di parte, può ammettere la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta, e, se lo reputa necessario, può ordinare una verifica o disporre una consulenza tecnica. E' possibile anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento. L'istruttoria, dunque, è la fase più importante del giudizio amministrativo, in quanto l'inserimento di nuovi dati (prove documentali, testimoniali, ecc.) genera nuovi input e crea nuove e diverse connessioni nelle reti neurali di cui la macchina dispone. E' in questa fase che, più compiutamente, si concretizza il già citato fenomeno di *deep learning*. Ossia la macchina, autoapprendendo e imparando dalla mole di input immessi ed elaborati, giunge a selezionare gli elementi più rilevanti, a catalogarli e a generare un ranking di probabilità per quella che sarà la fase successiva, la trattazione della causa.

Espletata l'eventuale fase cautelare e conclusasi la fase istruttoria, il processo amministrativo prevede la fissazione dell'udienza per la discussione della causa nel merito, disciplinata dal Titolo VIII del Cpa. Le parti possono produrre documenti e presentare memorie, rispettivamente sino a quaranta e trenta giorni liberi prima dell'udienza. Inoltre, sino a venti giorni liberi prima dell'udienza, possono replicare ai nuovi documenti e alle nuove memorie presentate dagli altri. Nel corso dell'udienza, è data loro la possibilità di discutere sinteticamente della questione. Una volta terminata la discussione, il collegio decide la causa, salva l'ipotesi in cui non si decida di differire la decisione a una camera di consiglio successiva. Appare del tutto evidente che questa successiva fase prevede nuovi inserimenti di contenuti, ossia di input, che andranno a po-

polare i dati già disponibili nella macchina. Ciò produrrà nuove connessioni e nuovi output, andando sempre più in profondità, ossia si creeranno nuovi strati e verranno effettuati nuovi calcoli per quello successivo, giungendo così o alla conferma del ranking precedente ovvero ad un nuovo ranking di probabilità.

Ultimata la fase di trattazione della causa, com'è noto, i giudici si riuniscono in camera di Consiglio per deliberare a maggioranza di voti. In base al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il giudice amministrativo è vincolato ad annullare l'atto solo per i motivi indicati nel ricorso. E' in questa fase che il collegio potrà valutare se adeguarsi o meno a quanto indicato dalla macchina. Appare evidente che v'è il rischio per cui il Giudice umano, delegando completamente alla macchina l'onere di studiare gli elementi della causa, si affiderebbe completamente alla sua decisione, anche qualora si rivelasse fallace²⁶. Tuttavia, come recente giurisprudenza ha specificato, sottolineando il necessario apporto dell'essere umano nella decisione, quest'ultima è "(...) rimessa per ragioni di economia e di speditezza ad un sistema automatizzato" ma "è soggetta alla verifica da parte del decisore amministrativo, cui è imputata la relativa scelta"²⁷.

Le pronunce saranno di rito o di merito: sulle prime, che incidono su questioni pregiudiziali, sui presupposti dell'azione e sulle sue condizioni e con cui il giudice può dichiarare l'irricevibilità, l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso, l'uso di algoritmi anche deterministici non appare rappresentare un problema, in quanto ad un determinato input corrisponde un determinato out-

26 Si V. a tal proposito M.B. ARMIENTO, *Le regole dell'algoritmo: quali rimedi alle decisioni amministrative algoritmiche "errate"?*, in *St. parl.*, nn. 203-204, fasc. 1-2, 2019, 67 ss.

27 CdS, sez. VI, n. 4297/2023, che così argomenta: "il ricorso a strumenti informatici nelle procedure amministrative costituisce una modalità agevolata di istruttoria, senza che il singolo strumento – per quanto qualificabile in termini di intelligenza artificiale – possa, da un lato, derogare alle regole normative ed ai criteri posti a presupposto della singola procedura e, dall'altro lato, essere sottratto alla trasparenza nonché alla imputabilità all'amministrazione procedente. Quest'ultima è chiamata a verificare la correttezza del funzionamento dello strumento istruttorio utilizzato e la relativa coerenza agli obiettivi ed alle regole dettate, in coerenza al principio di legalità, per l'esercizio del potere in esame. E nel caso di specie l'amministrazione ha correttamente verificato come l'applicazione fatta dallo strumento automatizzato sia stata coerente ai criteri predeterminati normativamente. I criteri non sono dettati dallo strumento informatico ma dalla norma; e la relativa attuazione, rimessa per ragioni di economia e di speditezza ad un sistema automatizzato, è soggetta alla verifica da parte del decisore amministrativo, cui è imputata la relativa scelta".

put (ad esempio, ricorso presentato fuori termini, in cui il calcolo dei termini è un mero calcolo matematico).

Per quanto riguarda le sentenze di merito, poiché accertano se sussistono o meno i vizi dedotti in giudizio, la questione si fa più complessa e involge, come sopra accennato, l'uso di macchine dotate di algoritmi e reti neurali in grado di analizzare grandi quantità di dati e giungere ad un risultato logico, oltreché coerente col dettato normativo ed il precedente giurisprudenziale. Ma non solo. Anche capace di creare nuovo diritto. Una sfida che la macchina pare ancora non poter affrontare, in quanto mancante di creatività.

E' stato infatti osservato in dottrina che «(...) *il Machine learning funzioni in presenza di esempi che fungano da "precedenti". In assenza degli stessi si ritiene, invece, che l'utilizzo di M.L. sia ineffettuale. In altre parole, la c.d. intelligenza creativa resta al di fuori dell'attuale portata del M.L. e allo stato occorre necessariamente utilizzare le banche dati. È probabile che le attuali banche dati siano complessivamente insufficienti per un funzionamento ottimale degli strumenti di M.L. e che, pertanto, occorra uno grande sforzo nella direzione dell'implementazione della raccolta dei dati*»²⁸. Questa appare essere la sfida maggiore, ossia permettere all'IA di accedere agevolmente alle banche dati della giurisprudenza ed apprendere il "modo di pensare" dei giudici, generando una risposta che sia coerente, logica, lineare e conforme a diritto. Ma ci si chiede se ciò sia sufficiente e quali siano le criticità cui si va incontro nell'uso di siffatte tecnologie²⁹.

3. Il rispetto dei principi posti a base dell'Ordinamento

Evidenziato brevemente in quali fasi del giudizio gli algoritmi, nelle loro diverse complessità, potrebbero collocarsi, è il caso di evidenziare quali sono le possibili criticità – peraltro già accennate - ed i principi che la giurisprudenza e la dottrina stanno elaborando negli ultimi anni, in un dibattito tutt'ora in corso

28 M. LIBERTINI, M. R. MAUGERI e E. VINCENTI, *Intelligenza artificiale e giurisdizione ordinaria. Una ricognizione delle esperienze in corso*, in *Astrid rassegna* n. 16/2021.

29 *Ex multis*, P.P. FORTE, *Diritto amministrativo e data Science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, su *questa Rivista*, n. 1/2020, pp. 247 ss.

e che non si esaurirà certo nei prossimi anni, ma che, invece, tenderà a divenire sempre più corposo quanto più lo sviluppo delle forme di IA giungerà a maturazione e, poi, al suo stesso superamento, aprendo le frontiere a nuovi e ancora inimmaginabili utilizzi di siffatti strumenti.

E' il caso di fugare qualsiasi dubbio circa l'ammissibilità di tali strumenti nell'*agere* amministrativo. S'è osservato, sia in dottrina³⁰ che in giurisprudenza, che l'uso dell'IA risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, che, secondo il principio costituzionale di buon andamento (art. 97 Cost.), impone alle amministrazioni di conseguire i propri fini con la massima efficienza ed il minimo dispendio di risorse e mezzi strumentali, anche attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale³¹. Non v'è dubbio, come «(...) *anche la Pubblica amministrazione debba poter sfruttare* – ritiene il Consiglio di Stato³² – *le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale. (...) In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un'imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati*».

S'è visto, seppur brevemente, quali sono le problematiche di tipo tecnico legate all'uso degli algoritmi, specie di quelli ad apprendimento automatico.

30 Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019. Questa ricostruzione del concetto di efficienza è stata tuttavia più volte criticata dalla dottrina. Si v. a tal proposito lo storico contributo di F. MERUSI, il quale, in tempi decisamente meno sospetti di quelli attuali, coniò l'espressione "*diritti finanziariamente condizionati*" per mettere in luce che efficacia ed efficienza sono parametrati ad un determinato input, il quale dipende dalla quantità e qualità delle risorse messe a disposizione all'amministrazione. MERUSI, difatti, specifica che "*i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi*". F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in AA.VV., *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, 30-31.

31 Consiglio di Stato, cit.

32 In tal senso si V. D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, CEDAM, Padova, 2018. Il testo rivaluta la concezione solo economica dell'efficienza amministrativa sostenendone la natura giuridica come criterio che garantisce il godimento dei diritti della persona anziché i fini dell'amministrazione e quindi del potere pubblico.

Problemi di non poco conto, se si considera la mole di dati da inserire, gestire ed elaborare, la loro interrelazione e le modalità con cui le reti neurali restituiscono un output che sia adeguato a definire il caso in specie.

Ma vi sono problemi ben più complessi, che hanno a che fare con due aspetti rilevanti.

Il primo riguarda il già accennato rispetto del principio costituzionale di buon andamento, che si declina nei corollari di efficacia, efficienza e rapidità decisionale. Tuttavia sia dalla dottrina maggioritaria che dalla giurisprudenza amministrativa, emerge una lettura di detto principio fine a se stessa, ovvero volta solo a perseguire fini economici³³ senza tener conto della salvezza dei diritti fondamentali, i quali rappresentano il fine ultimo del potere amministrativo, in funzione del godimento dei diritti della persona, sia individualmente che nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità (art. 2 Cost.). In questo senso occorre procedere con maggior cautela nell'inserire elementi di IA nell'ambito del procedimento o del giudizio amministrativo, proprio in quanto elementi nuovi, in larga parte instabili e attualmente incapaci di realizzare uno dei fini principali dell'agere amministrativo: il diritto d'uguaglianza sostanziale (per come appresso si dirà), in un contesto sociale che, dialetticamente, muta in funzione del mutare dei valori sociali di riferimento³⁴. S'è difatti osservato in

33 P. PIRAS, *Il processo amministrativo e l'innovazione tecnologica. Diritto al giusto processo versus Intelligenza artificiale?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 3, 1 settembre 2021, pag. 472.

34 Di recente il tema del pregiudizio algoritmico è entrato nel dibattito anche grazie a libri come *Armi di distruzione matematica* di C. O'NEIL o *Automating Inequality* di V. EUBANKS. Ma non solo. E' entrato nel dibattito politico statunitense grazie alla denuncia di Alexandria OCASIO-CORTEZ e alla decisione della città di San Francisco di vietare il riconoscimento facciale. In Europa si segnala, sul tema, *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, di A. GARAPON e J. LASSÈGUE, in cui si osserva, tra l'altro, che «Il diritto è un sistema di senso. L'ordine giuridico combina una gerarchia istituzionale con una razionalità logica delle regole fra loro; e tale logica delle regole fra loro comporta una causalità giuridica, il che significa che applichiamo le regole alla luce di un tal principio o della tale regola superiore. Nel momento in cui il diritto viene limitato dalle regolarità osservate dai pratici, l'idea stessa di una causalità giuridica scompare e restano solo dei collegamenti fra parentesi. È, pertanto, una scomparsa della distinzione fra diritto e fatto». Ma l'autore osserva altresì «Non credo che il giudicare si possa mai ridurre a riempire delle caselle e che la professione del giudice possa essere sostituita dal digitale. Ciò per molte ragioni che non possono ora essere approfondite. È invece molto più interessante capire come il digitale si integrerà nel processo del giudicare, nonché riflettere su quali segmenti possano essere affidati al software. Si pongono infatti nuove questioni di responsabilità e di irresponsabilità dei giudici». Tratto da <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/ti-faresti-giudicare-da-un-algoritmo-intervi->

dottrina che «*Il processo amministrativo, "giusto" non può che riflettere il dinamismo della società, essere lo specchio della sua evoluzione e così le regole che lo disciplinano. Il suo essere giusto non può essere valutato esclusivamente in termini di efficienza, di durata; ma, invece, di qualità, del rispetto della persona e dei suoi diritti, della valutazione del caso concreto in ossequio ai principi costituzionali e alla legge, dunque dell'equità, valore imprescindibile*»³⁵.

Il secondo, connesso al primo, riguarda la paventata neutralità algoritmica, ormai superata da un'abbondante letteratura internazionale³⁶, entrata anche nel dibattito interno dottrinale³⁷ e giurisprudenziale, tanto che, evidenzia il CdS nella medesima Sentenza, «*(...) è emersa una lettura critica del fenomeno, in quanto l'impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori (...) in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza*». Il riferimento è anche al celebre caso Loomis contro Wisconsin³⁸, che, pur se avvenuto oltre oceano, ha generato un dibattito globale sul rapporto tra IA e bias cognitivi, consapevoli o inconsapevoli³⁹. Si è osservato in dottrina che un programmatore potreb-

sta-ad-antoine-garapon_592.php

Infine si segnala, in tema di rapporto tra etica e sviluppo dell'IA, J. TASIIOULAS, *Artificial Intelligence, Humanistic Ethics*, in *Daedalus* (2022) 151(2): 232-243

³⁵ Ex multis, C. CALÌ, *L'imparzialità del giudice. Alcune implicazioni etiche derivanti dall'utilizzo dell'Intelligenza artificiale in giurisprudenza*, in *La Pubblica amministrazione del futuro*, a cura di Angelo Alù e Alessia Ciccarello, Editoriale scientifica, 2021. Sul tema dei bias delle macchine in fase di caricamento dei big data, si V. B. Fiammella, *Intelligenza Artificiale, euristica e bias cognitivi applicati agli algoritmi*, *Altalex*, 4 agosto 2020, in www.altalex.com (9 gennaio 2021).

³⁶ Eric Loomis, cittadino statunitense, fu arrestato nell'ambito di un'operazione di polizia e condannato a sei anni di reclusione. La pena fu determinata soprattutto grazie all'utilizzo di un sistema di IA, denominato Compas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), il quale, elaborando le risposte date da un questionario di 137 domande, inerenti il lavoro, la vita sociale e relazionale, il grado di istruzione, la razza, l'uso di droghe o di alcool, le opinioni personali ed il percorso criminale trascorso, determina un punteggio legato al rischio di recidiva. Per approfondire: Caso "Stato c. Loomis", Supreme Court of Wisconsin, "The State of Wisconsin v. Eric L. Loomis", 13.07.2016, in <https://www.wicourts.gov/sc/opinion/Display-Documents?content=pdf&seqNo=171690>. Per un commento dettagliato sul caso, si V. C. CALÌ, *L'imparzialità del giudice*. cit.

³⁷ Per approfondire si rimanda *infra* al § 3.5. *principio di non discriminazione algoritmica*.

³⁸ CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, fasc. I, gennaio-aprile 2019.

³⁹ Così S. CRISCI, *op. cit.*

be cercare di replicare atteggiamenti umani quali impulsività, parzialità, etc. per favorire una migliore interazione tra IA ed esseri umani e che quello della riproducibilità di giudizi, ragionamenti e attitudini umani da parte di macchine sembra essere il problema cruciale⁴⁰. Difatti è il primo, insormontabile, problema cui il giurista deve fare i conti, specie considerando che *«già oggi le imprese e le grandi organizzazioni sentono l'esigenza, per motivi commerciali, di mantenere segrete le logiche su come i dati vengono elaborati e trattati; domani, la situazione si complicherà ulteriormente quando per fornire una spiegazione in tale contesto, occorrerà fare riferimento ad un algoritmo. In aggiunta a ciò, bisogna dire che i Big Data hanno ancora un alto margine di errore e distorsione dei dati in ingresso, l'AI potrebbe apprendere informazioni non corrette in base alle quali poi prenderebbe decisioni non corrette, e il tutto rischierebbe di generare un circolo vizioso di operazioni di trattamento dati auto generate ed errate»*⁴¹.

Occorre dunque prestare la massima attenzione nell'utilizzo di siffatti strumenti, anche considerando che appare senz'altro problematica l'idea che la Pubblica Amministrazione, nel porre in essere le attività ad essa attribuite dall'ordinamento in ossequio al principio di legalità, possa fare ricorso ad algoritmi di *Machine Learning* per adottare decisioni che incidono sulle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari dell'azione amministrativa⁴².

Un ulteriore rilevante problema, si è osservato in dottrina, attiene al principio di legalità. Nonostante numerose disposizioni prevedano la digitalizzazione dei procedimenti amministrativi, manca una norma generale che ammetta, precisando le modalità, l'impiego di sistemi di AI nell'adozione di atti amministrativi. Tale possibilità non sembra potersi desumere da norme di carattere eminentemente programmatico (art. 3 bis l. n. 241/1990; artt. 12 e 41 CAD),

40 Così D.U. GALETTA, J.G. CORVOLAN, "Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto", in www.federalismi.it, 2019

41 Così P.G. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in Federalismi.it, n. 7/2021

42 Si V. D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, p. 62, che analizza le ragioni per cui è «l'intera categoria (e il concetto stesso) di atto vincolato a risultare incerta e sfuggente».

che paiono riferite in generale all'attività amministrativa e al procedimento, ma non alla decisione o all'atto automatizzato⁴³.

3.1. Principio di strumentalità del ricorso all'informatica

Difatti il Consiglio di Stato, nella citata Sentenza n. 8472/2019, si è posto il problema, rilevando che il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto dunque alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, sottolineando come non rilevi il limite all'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressioni di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. In dottrina è stato peraltro rilevato che anche nell'attività vincolata v'è sempre un margine di discrezionalità⁴⁴.

E' stato osservato, commentando la Sentenza del TAR Lazio n. 9227/2018, che la stessa struttura del procedimento amministrativo impedisce che esso possa essere completamente sostituito da procedure informatiche, quand'anche perfette, poiché esse non rendono possibile lo svolgimento di quella «attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere», sicché quest'ultimo «deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo»⁴⁵.

Del resto, lo stesso Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) si esprime, riferendosi all'informatica, usando il concetto di *strumento*⁴⁶, concetto fatto

43 Così R. ROLLI e M.F. D'AMBROSIO, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, su *questa Rivista*, n. 1/2021.

44 Si V. art. 3 (diritto all'uso delle tecnologie), art. 7 (diritto a servizi on-line semplici e integrati), art. 12 (norme generali per l'uso delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni nell'azione amministrativa), del D.Lgs. n. 82/2005, Codice dell'amministrazione digitale.

45 Consiglio di Stato n. 4297/2023. Si V. nota 27.

46 *Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati* sancisce il testo costituzionale all'articolo 111 e l'articolo 3 del Cpa prescrive il dovere di motivazione e sinteticità degli atti.

proprio dalla giurisprudenza amministrativa che lo qualifica come “strumento istruttorio” o “strumento automatizzato” il quale, comunque, va ricondotto agli obiettivi ed alle regole dettate dall’ordinamento nel rispetto del principio di legalità per ciò che concerne l’esercizio del potere⁴⁷.

3.2. Principio di trasparenza e conoscibilità

Il principio di trasparenza implica due aspetti, uno a monte e uno a valle del giudizio amministrativo robotizzato. A monte che vi sia conoscibilità dell’utilizzo degli algoritmi o dei sistemi di decisione automatizzata, nonché comprensibilità degli stessi, a valle che vi sia giustificabilità della decisione, la quale va necessariamente motivata⁴⁸ e sarebbe pressoché impossibile farlo nel caso in cui la decisione algoritmica fosse opaca, così come l’iter logico-giuridico seguito dalla macchina⁴⁹.

Dunque uno dei principi fondamentali da rispettare, di carattere sovranazionale, è quello di conoscibilità, quale declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che dev’essere garantita, come si esprime il Consiglio di Stato, in tutti i suoi aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò, sottolineano i giudici di Palazzo Spada, al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato⁵⁰. Detto principio

47 Riflette su questo tema R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, Anno XXVIII, fasc. 2/2020, pp. 313 ss.

48 Consiglio di Stato, Sent. n. 8472/2019 cit.

49 Artt. 13-15 del Regolamento EU 2016/679.

50 Appare opportuno citare interamente l’art. 15 del GDPR: 1. L’interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l’accesso ai dati personali e alle seguenti informazioni: a) le finalità del trattamento; b) le categorie di dati personali in questione; c) i destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, in particolare se destinatari di paesi terzi o organizzazioni internazionali; d) quando possibile, il perio-

trova fondamento nell'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali (*Right to a good administration*), laddove afferma che quando la Pubblica amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti e, infine, ha l'obbligo di *"dare le ragioni della propria decisione"*. Il diritto alla conoscenza dell'esistenza di decisioni che riguardino gli individui, prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l'interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità, ovvero la possibilità di ricevere *"informazioni significative sulla logica utilizzata"*⁵¹. In questo senso, come ulteriore rafforzamento del principio di trasparenza, si pone l'assetto normativo composto dagli artt. 12, 13, 15 e 22 del Regolamento europeo in materia di dati personali n. 2016/679 (c.d. GDPR), in cui è stabilito che nell'informativa rivolta all'interessato, resa in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro (art. 12), venga data notizia dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato (artt. 13 comma 2 lett. f) e 14 comma 2 lett. g)) sia se i dati siano stati raccolti presso l'interessato, sia se siano stati raccolti in forma indiretta. In

do di conservazione dei dati personali previsto oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; e) l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento; f) il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo; g) qualora i dati non siano raccolti presso l'interessato, tutte le informazioni disponibili sulla loro origine; h) l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato. 2. Qualora i dati personali siano trasferiti a un paese terzo o a un'organizzazione internazionale, l'interessato ha il diritto di essere informato dell'esistenza di garanzie adeguate ai sensi dell'articolo 46 relative al trasferimento. 3. Il titolare del trattamento fornisce una copia dei dati personali oggetto di trattamento. In caso di ulteriori copie richieste dall'interessato, il titolare del trattamento può addebitare un contributo spese ragionevole basato sui costi amministrativi. Se l'interessato presenta la richiesta mediante mezzi elettronici, e salvo indicazione diversa dell'interessato, le informazioni sono fornite in un formato elettronico di uso comune. 4. Il diritto di ottenere una copia di cui al paragrafo 3 non deve ledere i diritti e le libertà altrui.

⁵¹ Si V. Considerando n. 69 del GDPR.

entrambi i casi il Titolare del trattamento (che, nel caso in specie, si tratta del Giudice amministrativo) ha l'obbligo di dare all'interessato informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato. Il successivo art. 15 rafforza il diritto d'accesso, consentendo all'interessato di ottenere dal Titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l'accesso ai dati personali e ad un certo tipo di informazioni⁵².

Tuttavia l'articolo più importante che concerne il presente studio è l'art. 22 del GDPR, secondo cui l'interessato ha diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. Tra i casi di esclusione, per ciò che concerne questa sede, rientrano a) il trattamento automatizzato autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che però debba prevedere misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; b) il consenso esplicito dell'interessato. Dunque, nel caso in cui una norma nazionale o sovranazionale consenta il trattamento automatizzato in sede di giudizio amministrativo, ovvero nel caso in cui, in fase di presentazione della domanda, le parti dichiarino esplicitamente di accettare la gestione automatizzata del procedimento, nonché la decisione robotizzata, allora sarà possibile addivenire a tale forma di decisione. Ad ogni modo vi è una rilevante deroga per *«i trattamenti che risultino necessari per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ovvero per i legittimi interessi di un titolare del trattamento o di terzi»*⁵³ e, difatti, il successivo art. 23 del GDPR specifica che gli ob-

52 Si v. art. 23 del GDPR, rubricato "Limitazioni".

53 Il Considerando 71 del GDPR spiega che *«in ogni caso, tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione»*.

blighi e diritti portati dagli articoli da 12 a 22 (oltre ad altri) possono subire delle limitazioni «qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare (...)» un numero cospicuo di interessi pubblici, tra cui la prevenzione dei reati, la sicurezza nazionale, quella pubblica, rilevanti interessi economici, la salvaguardia dell'indipendenza della Magistratura, le attività volte ad accertare, prevenire e sanzionare violazioni deontologiche, l'esecuzione di azioni civili, ed altro⁵⁴. Dunque, in buona sostanza, i pubblici poteri hanno facoltà di limitare fortemente l'applicazione dell'art. 22 del GDPR e addivenire a trattamenti automatizzati, incluse le decisioni giudiziarie robotizzate.

Come s'è visto, ulteriore corollario del principio di trasparenza è quello di spiegabilità⁵⁵ dell'algoritmo o del codice sorgente utilizzato nel dispositivo, per cui quest'ultimo non solo va reso accessibile, ma dev'essere pienamente compreso dai destinatari delle sue decisioni. In tal senso, la risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su *una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale* (2018/2088) correttamente pone una sostanziale differenza tra il concetto di trasparenza e quello di spiegabilità⁵⁶

54 Il Consiglio di Stato, nella Sentenza n. 2270/2019, al punto 8.3, afferma che «la caratterizzazione multidisciplinare» dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la «formula tecnica», che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella «regola giuridica» ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile in ragione di «una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico». In dottrina si V. A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm.*, 2002, p. 2264.

55 Come sappiamo, già Isaac Asimov, nel racconto «Circolo vizioso» del 1942 aveva teorizzato quelle che vengono definite «Le 3 leggi della robotica», al fine di facilitare una futura convivenza tra uomo e macchina. Ciò che qui occorre sottolineare, è che le 3 leggi della robotica di cui sopra, sono rimaste, almeno per ora, su un piano meramente teorico, non trovando alcuna concreta applicazione nella realtà. Inoltre, a parere di chi scrive, queste leggi, per molti versi sono state superate nei fatti e andrebbero riviste e aggiornate alla luce dei nuovi principi etici e morali che si sono venuti a sviluppare sino ad oggi. Riflessione di non poco conto se pensiamo che due robot, recentemente messi a confronto, hanno iniziato a dialogare tra loro in inglese e, dopo qualche ora, parlavano in una lingua non più comprensibile. Il riferimento, in nota, è all'articolo comparso su Hitech, *Il Mattino*, 2017, che riporta: *Paura nella Silicon Valley: gli scienziati preoccupati hanno dovuto staccare la corrente ad uno degli ultimi esperimenti di Facebook. Un errore di programmazione che ha permesso che le macchine modificassero la lingua inglese per rendere più semplice la comunicazione fra loro*. Stefano CRISCI, *op. cit.*

56 Anzi, il documento in esame esprime preoccupazione in materia di divulgazione del codice informatico, in quanto potrebbe causare un utilizzo improprio e la manipolazione degli algoritmi

dell'algoritmo o del codice sorgente. Questi, infatti, anche qualora fossero resi integralmente accessibili, sarebbero comunque incomprensibili alla generalità dei consociati⁵⁷. Al punto 161, il documento in esame *sottolinea l'importanza della spiegabilità dei risultati, dei processi e dei valori dei sistemi dell'IA, in modo da renderli comprensibili per un pubblico non tecnico e fornire a quest'ultimo informazioni significative, condizione necessaria per valutare l'equità e conquistare la fiducia*. Mentre il punto 166 *rileva che la divulgazione del codice informatico⁵⁸ non risolverà di per sé la questione della trasparenza dell'intelligenza artificiale, in quanto non svelerebbe le distorsioni intrinseche esistenti e non spiegherebbe il processo di apprendimento automatico; sottolinea che per trasparenza si intende non solo trasparenza del codice ma anche dei dati e del processo decisionale automatizzato*.

Dunque una sfida aperta è quella di piena padronanza delle decisioni algoritmiche e dell'iter logico-giuridico seguito dalla macchina, che contempli, com'è stato rilevato in dottrina, anche il rispetto del principio di tracciabilità algoritmica, per cui la Pubblica amministrazione dev'essere in grado di spiegare ai consociati, passo dopo passo, le operazioni tecniche che svolge, dall'inizio alla fine di un determinato processo⁵⁹. Una sfida di non poco conto, se si considera che lo sviluppo del machine learning è giunto a tale maturazione da generare il c.d. fenomeno del *black box* (scatola nera), per cui la decisione finale è

(punto 167).

⁵⁷ Così D.U. GALETTA, J.G. CORVOLAN, *op. cit.* In dottrina si v. anche P. ZUDDAS, *Brevi note sulla trasparenza algoritmica*, su *Amministrazione in cammino*, 2020, consultabile su <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2020/06/ZUDDAS.pdf>

⁵⁸ Osserva D. CARD, *The "black box" metaphor in machine learning*, in <https://towardsdatascience.com> (15.01.2019): «*Although it is somewhat unsatisfying, the complete answer to why a machine learning system did something ultimately lies in the combination of the assumptions we made in designing model, the data it was trained on, and various decisions made about how to learn the parameters, including the randomness in the initialization*». Inoltre una dottrina interna più attenta ha rilevato che, in fase di istruttoria del giudizio amministrativo, contestare le decisioni algoritmiche potrebbe essere estremamente difficile. Spiega L.R. PERFETTI in *Beyond the Chinese room* (cit), che «*Se l'istruzione procedimentale si potenzia per via dell'applicazione all'agire amministrativo dei sistemi di AI e s'immagina che ad essi possano ricorrere anche i privati nel contraddittorio con l'amministrazione (almeno per tramite dei loro consulenti) si dovrà attentamente misurare l'effetto sul versante processuale, giacché è agevole prevedere che l'istruzione ne venga estremamente depotenziata e che il fornire la prova contraria tenda a coincidere con la dimostrazione dell'errore (poco probabile) della macchina o delle sue impostazioni (aprendo un terreno di dibattito molto sofisticato)*».

⁵⁹ Così Consiglio di Stato, Sent. n. 8472/2019 cit.

frutto di calcoli talmente complessi e profondi da non riuscire, in ultima istanza, a comprendere i passaggi che la macchina ha effettuato per arrivare ad una data conclusione e dunque essere in grado di fornire una spiegazione. Fenomeno preoccupante se si considera che anche solo l'inserimento scorretto dei dati in partenza (*big data*) può generare risultati incomprensibili se non addirittura fuorvianti⁶⁰.

3.3. Principio di imputabilità

Corollario del principio di legalità e conseguenza di quanto appena detto in tema di logicità e correttezza dell'esito procedimentale è l'imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, nonché la verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile. Problema di non poco conto in quanto s'è detto che affidare ad un algoritmo o ad una macchina complessa, in tutto o in parte, il procedimento giudiziale, comporta un trasferimento di funzioni (e dunque di potere) dall'agente persona fisica alla macchina.

In questo senso la Giurisprudenza amministrativa s'è espressa ribadendo la «necessità di garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere»⁶¹, richiamando, sul tema, la Carta della Robotica, approvata nella seduta del 16 febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo, secondo cui «l'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (...) nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati»⁶².

60 Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante *raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica* (2015/2103(INL)) su https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_IT.html

61 S. CRISCI, op. cit. Conf. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit.

62 S. CRISCI, op. cit.

Mentre parte della dottrina ha inteso distinguere nel caso ci si trovi di-
nanzi a decisioni automatizzate con algoritmi tradizionali ovvero con software
più complessi di machine learning e deep learning. Nel primo caso s'è osserva-
to che non vi siano particolari deviazioni rispetto alle tradizionali categorie che
definiscono il procedimento amministrativo in quanto *«la valutazione di quali ele-
menti considerare e quale peso questi abbiano sono determinati da coloro che traducono le
norme giuridiche rilevanti nella fattispecie in regole informatiche interpretabili da una mac-
china»* poiché, gli algoritmi condizionali possono *«(...) essere utilizzati solo in pre-
senza di situazioni esattamente quantificabili e verificabili (attività vincolata), la soluzione
al caso concreto è comunque dovuta e un eventuale scostamento dal dettato normativo può fa-
cilmente essere oggetto di sindacato giurisdizionale, esattamente al pari di quanto avverrebbe
nel caso di un atto illegittimo assunto da un essere umano a seguito di un errore valutativo-
interpretativo»*⁶³. Ci si chiede quale potere possa sindacare un provvedimento giu-
risdizionale di secondo grado automatizzato qualora si discosti dal dettato nor-
mativo.

In caso di software di machine learning o deep learning, la questione
dell'imputabilità pare essere più complessa, in quanto le regole di elaborazione
dell'output sono create dalla macchina stessa in sede di autoapprendimento e di
creazione di nuove e diverse reti neurali. Nel machine learning, ritiene la dottri-
na appena citata, *«(...) le "regole" sono in realtà più propriamente un modello matema-
tico-numerico che, grazie ad un'opera di astrazione della macchina in fase di apprendimento,
riesce a rappresentare, con un certo grado di accuratezza, i parametri necessari per identifica-
re il concetto in relazione al quale l'algoritmo dovrà operare una qualche decisione»*, dunque

63 Scrive su Levity A. WOLFEWICZ, *«Most machine learning models rely on data that has been prepa-
red by humans. But the interaction between humans and machines doesn't stop there – the most powerful sy-
stems are set up such that they allow both sides to interact continuously through a mechanism commonly referred
to as "Human in the loop" (HITL). (...) AI models don't make predictions with 100% confidence as their
"understanding" of data is largely based on statistics, which lacks the concept of absolute certainty as humans
use it in practice. To account for this inherent uncertainty, some AI systems allow humans to directly interact
with it. As a consequence of this interaction (feedback), the machine keeps adjusting its "view of the world".
This works much like you would teach a child when it points at a cat saying "woof woof" – through repeated
feedback ("No, that's a cat"), the child will learn to connect the pieces»*. Arne WOLFEWICZ, *Human-in-the-
Loop in Machine Learning: What is it and How Does it Work?*, 2022, disponibile su <https://levity.ai/blog/human-in-the-loop>

è stato suggerito, per evitare che la macchina giunga a soluzioni inaspettate e illogiche, di «(...) creare un modello matematico-numerico in grado di offrire una rappresentazione della casistica amministrativa sulla base della quale operare future valutazioni di casi analoghi»⁶⁴. Tuttavia anche inserendo una cospicua giurisprudenza come set di big data al fine di allenare la macchina ad interpretare correttamente il caso in questione, resterebbe aperto il problema relativo alla difficoltà, da parte della macchina, di creare nuovo diritto, nonché quello inerente l'imponderabile relazione tra dati, effettuata dalla macchina, che può generare connessioni inaspettate e, dunque, un output incomprensibile.

In questo senso appare necessario che l'amministrazione abbia il pieno controllo dei big data inseriti nella macchina per il suo apprendimento, nonché del modello matematico-numerico elaborato, in modo che l'output prodotto, dopo una fase di controllo necessariamente umana, possa essere imputabile all'organo che emetterà il provvedimento. Dunque è difficile prospettare, almeno in questa fase storica, una decisione totalmente automatizzata, poiché è imputabile sempre e comunque all'essere umano – anche qualora ci si appiattisca sulla decisione totalmente automatizzata – la responsabilità dell'atto emanato.

3.4. Principio di non esclusività della decisione algoritmica

S'è già accennato *supra* al principio portato dall'art. 22 del GDPR in cui è espresso che nel caso in cui una decisione automatizzata “produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona”, questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato. Questo principio, unitamente a quanto appena detto in materia di imputabilità, può essere definito *principio di non esclusività della decisione algoritmica*.

Nell'informatica è stata sviluppata, di recente, una filosofia che ha come fondamento la stretta interrelazione tra macchina ed essere umano, per cui

64 Commissione europea, Direzione generale della Ricerca e dell'innovazione, Gruppo europeo sull'etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie, *Statement on artificial intelligence, robotics and 'autonomous' systems*: Brussels, 9 March 2018, Publications Office, 2018, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/531856>

quest'ultimo dev'essere in grado di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica.

Questa filosofia è stata definita come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato la macchina ha bisogno della relazione con l'essere umano, perché incompleta e soggetta ad errori⁶⁵. Inoltre non può sottacersi che nello “*Statement on Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems*”⁶⁶ sono stati individuati una serie di principi etici fondamentali, basati sui valori stabiliti nei trattati dell'UE e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che possono guidare lo sviluppo di questo processo: dignità umana⁶⁷; autonomia⁶⁸; responsa-

65 *The principle of human dignity, understood as the recognition of the inherent human state of being worthy of respect, must not be violated by ‘autonomous’ technologies. This means, for instance, that there are limits to determinations and classifications concerning persons, made on the basis of algorithms and ‘autonomous’ systems, especially when those affected by them are not informed about them. It also implies that there have to be (legal) limits to the ways in which people can be led to believe that they are dealing with human beings while in fact they are dealing with algorithms and smart machines. A relational conception of human dignity which is characterised by our social relations, requires that we are aware of whether and when we are interacting with a machine or another human being, and that we reserve the right to vest certain tasks to the human or the machine. Statement on artificial intelligence, robotics and ‘autonomous’ systems, cit., p. 16.*

66 *The principle of autonomy implies the freedom of the human being. This translates into human responsibility and thus control over and knowledge about ‘autonomous’ systems as they must not impair freedom of human beings to set their own standards and norms and be able to live according to them. All ‘autonomous’ technologies must, hence, honour the human ability to choose whether, when and how to delegate decisions and actions to them. This also involves the transparency and predictability of ‘autonomous’ systems, without which users would not be able to intervene or terminate them if they would consider this morally required. Cit., p. 16.*

67 *The principle of responsibility must be fundamental to AI research and application. ‘Autonomous’ systems should only be developed and used in ways that serve the global social and environmental good, as determined by outcomes of deliberative democratic processes. This implies that they should be designed so that their effects align with a plurality of fundamental human values and rights. As the potential misuse of ‘autonomous’ technologies poses a major challenge, risk awareness and a precautionary approach are crucial. Applications of AI and robotics should not pose unacceptable risks of harm to human beings, and not compromise human freedom and autonomy by illegitimately and surreptitiously reducing options for and knowledge of citizens. They should be geared instead in their development and use towards augmenting access to knowledge and access to opportunities for individuals. Research, design and development of AI, robotics and ‘autonomous’ systems should be guided by an authentic concern for research ethics, social accountability of developers, and global academic cooperation to protect fundamental rights and values and aim at designing technologies that support these, and not detract from them. Cit., pp. 16-17.*

68 *AI should contribute to global justice and equal access to the benefits and advantages that AI, robotics and ‘autonomous’ systems can bring. Discriminatory biases in data sets used to train and run AI systems should be prevented or detected, reported and neutralised at the earliest stage possible. We need a concerted global effort towards equal access to ‘autonomous’ technologies and fair distribution of benefits and equal opportunities across and within societies. This includes the formulating of new models of fair distribution and benefit sharing apt to respond to the economic transformations caused by automation, digitalisation and AI, ensuring accessibility to core AI technologies, and facilitating training in STEM and digital disciplines, particularly with respect to disadvantaged regions and societal groups. Vigilance is required with respect to the downside of the detailed and massive data on individuals that accumulates and that will put pressure on the idea of solidarity,*

bilità⁶⁹; giustizia, equità e solidarietà⁷⁰; democrazia⁷¹; Stato di diritto e responsabilità⁷²; sicurezza, integrità fisica e mentale⁷³; protezione dei dati e privacy⁷⁴; sostenibilità⁷⁵. Principi che pare siano stati fatti propri dal Gruppo dei Sette di cui s'è parlato in premessa. Si tratta della “visione antropocentrica” della IA richiamata dalla Commissione UE nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni

e.g. systems of mutual assistance such as in social insurance and healthcare. These processes may undermine social cohesion and give rise to radical individualism. Cit., p. 17.

69 *Key decisions on the regulation of AI development and application should be the result of democratic debate and public engagement. A spirit of global cooperation and public dialogue on the issue will ensure that they are taken in an inclusive, informed, and farsighted manner. The right to receive education or access information on new technologies and their ethical implications will facilitate that everyone understands risks and opportunities and is empowered to participate in decisional processes that crucially shape our future. The principles of human dignity and autonomy centrally involve the human right to self-determination through the means of democracy. Of key importance to our democratic political systems are value pluralism, diversity and accommodation of a variety of conceptions of the good life of citizens. They must not be jeopardised, subverted or equalised by new technologies that inhibit or influence political decision making and infringe on the freedom of expression and the right to receive and impart information without interference. Digital technologies should rather be used to harness collective intelligence and support and improve the civic processes on which our democratic societies depend. Cit., pp. 17-18.*

70 *Rule of law, access to justice and the right to redress and a fair trial provide the necessary framework for ensuring the observance of human rights standards and potential AI specific regulations. This includes protections against risks stemming from 'autonomous' systems that could infringe human rights, such as safety and privacy. The whole range of legal challenges arising in the field should be addressed with timely investment in the development of robust solutions that provide a fair and clear allocation of responsibilities and efficient mechanisms of binding law. In this regard, governments and international organisations ought to increase their efforts in clarifying with whom liabilities lie for damages caused by undesired behaviour of 'autonomous' systems. Moreover, effective harm mitigation systems should be in place. Cit., p. 18.*

71 *Safety and security of 'autonomous' systems materialises in three forms: external safety for their environment and users, reliability and internal robustness, e.g. against hacking, and emotional safety with respect to human-machine interaction. All dimensions of safety must be taken into account by AI developers and strictly tested before release in order to ensure that 'autonomous' systems do not infringe on the human right to bodily and mental integrity and a safe and secure environment. Special attention should hereby be paid to persons who find themselves in a vulnerable position. Special attention should also be paid to potential dual use and weaponisation of AI, e.g. in cybersecurity, finance, infrastructure and armed conflict. Cit., pp. 18-19.*

72 (...) *'Autonomous' systems must not interfere with the right to private life which comprises the right to be free from technologies that influence personal development and opinions, the right to establish and develop relationships with other human beings, and the right to be free from surveillance. Also in this regard, exact criteria should be defined and mechanisms established that ensure ethical development and ethically correct application of 'autonomous' systems. In light of concerns with regard to the implications of 'autonomous' systems on private life and privacy, consideration may be given to the ongoing debate about the introduction of two new rights: the right to meaningful human contact and the right to not be profiled, measured, analysed, coached or nudged. Cit., p. 19.*

73 *AI technology must be in line with the human responsibility to ensure the basic preconditions for life on our planet, continued prospering for mankind and preservation of a good environment for future generations. Strategies to prevent future technologies from detrimentally affecting human life and nature are to be based on*

dell'aprile 2019⁷⁶, secondo cui “*La strategia europea per l'IA e il piano coordinato sull'IA indicano chiaramente che la fiducia è una condizione indispensabile per assicurare un approccio antropocentrico all'IA: l'intelligenza artificiale non è fine a se stessa, ma è uno strumento a servizio delle persone che ha come fine ultimo quello di migliorare il benessere degli esseri umani*”. Il presupposto per ottenere una “intelligenza artificiale affidabile” è legato a tre elementi: 1. il rispetto del principio di legalità (*rule of law*) da parte dell'IA; 2. l'osservanza dei principi etici; 3. la prova di solidità del sistema. Sulla base di questi tre elementi la Commissione individua sette requisiti fondamentali che le applicazioni di IA dovrebbero soddisfare per essere considerate affidabili: intervento e sorveglianza umani; robustezza tecnica e sicurezza; riservatezza e governance dei dati; trasparenza; diversità; non discriminazione ed equità; benessere sociale e ambientale, accountability⁷⁷. Anche il recente *Artificial Intelligence (AI) Act europeo* richiama una visione antropocentrica. E' stato infatti detto che «*The EU is the first in the world to set in place robust regulation on AI, guiding its development and evolution in a human-centric direction*»⁷⁸. E' stato altresì osservato che, al fine di mettere la persona umana al centro dello sviluppo dell'IA, occorrono nuove figure professionali, tra cui l'*antronomo*, un soggetto che ponga l'umano come norma all'interno di un processo di innovazione e in una condizione digitale. In altri termini è un professionista dotato di compe-

policies that ensure the priority of environmental protection and sustainability. Cit., p. 19.

74 Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*, COM(2019)168 del 08 aprile 2019, disponibile su [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2019\)168&lang=it](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2019)168&lang=it)

75 «*Benché questi requisiti siano applicabili a tutti i sistemi di IA nei diversi contesti e settori – continua il documento – per la loro attuazione concreta e proporzionata è opportuno tenere conto del contesto specifico in cui si applicano e adottare un approccio basato sull'impatto. A titolo di esempio, un'applicazione di IA che suggerisce di leggere un libro non adatto comporta molti meno rischi rispetto a una che sbaglia una diagnosi di tumore e potrebbe quindi essere sottoposta a una vigilanza meno rigorosa*». Doc. cit., pp. 3-4.

76 Dichiarazione del Parlamentare Dragos Tudorache, uno dei proponenti della bozza di Regolamento. Tratto da <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231206IPR15699/artificial-intelligence-act-deal-on-comprehensive-rules-for-trustworthy-ai>

77 Per approfondire il ruolo dell'antronomo si rinvia a don Luca PEYRON, *Professione “antronomo”: una nuova figura per mettere l'umano al centro dell'intelligenza artificiale*, su <https://www.agenda-digitale.eu/cultura-digitale/professione-antronomo-una-nuova-figura-per-mettere-lumano-al-centro-dellintelligenza-artificiale/>

78 <https://www.treccani.it/enciclopedia/antropocentrismo/>

tenze trasversali di vari saperi e scienze e li applica affinché un'innovazione, secondo gli schemi e standard delineati dalla Commissione europea, possa essere, appunto, antropica⁷⁹. Tuttavia, a parere di chi scrive, una visione antropocentrica – pur se limitata alla relazione con i sistemi di IA – appare essere particolarmente riduttiva, oltre che pericolosa nelle sue applicazioni. Com'è noto, la definizione di antropocentrismo richiama la centralità dell'uomo⁸⁰, il quale, parafrasando Protagora di Abdera, è la misura di tutte le cose, di quelle che sono in quanto sono e di quelle che non sono in quanto non sono. Questa concezione ha permesso all'essere umano, specie dalla seconda rivoluzione industriale, di considerare la natura, l'ambiente, l'ecosistema, e le altre specie viventi come serventi ai fini e agli interessi dell'uomo. Tuttavia la concezione antropocentrica è stata messa più volte in discussione⁸¹, mostrando come le derive antropocentriche abbiano prodotto gran parte dei problemi ecologici e sociali e come anche le più evolute politiche europee in tema di ambiente ed ecosistema celino fini antropocentrici⁸². Dunque una visione antropocentrica sarebbe un errore se riferita allo sviluppo dei sistemi di IA, posto che detti sistemi vengono già oggi abbondantemente utilizzati in natura, per gestire e controllare allevamenti, per monitorare l'ecosistema o per analizzare il movimento migratorio degli uccelli⁸³. Anziché una visione antropocentrica sarebbe opportuno riflettere su una visione ecocentrica, che metta al centro l'essere umano inserito, però, in un contesto che gli appartiene allo stesso modo come appartiene ad altre specie, animali e vegetali.

⁷⁹ Si V., tra i tanti, D. HARTH, *Per una critica dell'antropocentrismo. Sulla leggibilità del corpo e su alcune premesse dell'analisi culturale*, Iride: Filosofia e Discussione Pubblica 6:40-70 (1991). Per un'analisi storica focalizzata sulla critica antropocentrica nel Sei-Settecento si veda V. BARICALLA, *L'uomo, la bestia, i cieli: critiche all'antropocentrismo nel Sei-Settecento*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2018 – edizione riveduta e corretta del volume uscito nel 2000 per EDIZIONI ETS – Pisa.

⁸⁰ Una riflessione in questo senso è contenuta qui: <https://www.riflessioni.it/lettereonline/errore-antropocentrico-antropocentrismo.htm>

⁸¹ <https://www.politesi.polimi.it/handle/10589/145764>

⁸² V. *supra*, nota 37.

⁸³ Per approfondire si V. A. CORTELAZZO, *Algoritmi neutrali: non ci sono e se ci fossero non funzionerebbero*, 1 febbraio 2022, su <https://ilbolive.unipd.it/it/news/algoritmi-neutrali-non-ci-sono-ci-fossero-non>

3.5. principio di non discriminazione algoritmica

S'è detto, nel corpo del presente scritto, che non vi sono – tutt'oggi – algoritmi neutri e che v'è il rischio di riprodurre nel *ragionamento* algoritmico i bias cognitivi, i pregiudizi e le distorsioni culturali presenti nella società in cui il sistema di IA nasce e si sviluppa. In quanto prodotto umano, inserito in un dato sistema produttivo e di relazioni sociali, è impossibile che non ne erediti le relative distorsioni. E' capitato svariate volte, come nel già citato caso del software Compas, relativo alla nota Causa Loomis⁸⁴, ma anche in casa Amazon, dove, nel 2014, affidando le selezioni dei dipendenti ad un sistema di IA, basandosi sulle parole usate nei Curricula Vitae dei dipendenti già assunti in passato, quest'ultimo aveva proposto quasi esclusivamente degli uomini. Basandosi su dei dati storici, non aveva fatto altro che reiterare il comportamento dei selezionatori umani, i quali avevano assunto molti più profili maschili. Allo stesso genere di risultato è giunto l'esperimento condotto da Esteban Moro, professore, ricercatore e data scientist all'Università Carlos III di Madrid e visit professor al Massachusetts Institute of Technology (MIT), il quale ha elaborato un algoritmo per vincere le partite di Wordle, un gioco nato sui Social network e che consiste nell'indovinare una parola di cinque lettere partendo da zero con sei tentativi a disposizione. Tuttavia l'algoritmo non funzionava, perché c'erano parole, nel gioco, che comparivano più frequentemente di altre ed erano le parole più usate nella lingua inglese. A questo punto lo scienziato ha sfruttato il bias del gioco per addestrare la macchina a ragionare proprio secondo quel pregiudizio, giungendo così ad ottenere il 99% di vittorie al gioco⁸⁵. Ma di casistiche simili ve ne sono molteplici, che involgono non un semplice gioco, ma le libertà individuali ed i diritti fondamentali della persona. E' il caso di «*algoritmi incaricati di decidere quali carcerati hanno diritto alla libertà condizionale che discriminano i neri, programmi per la valutazione di testi narrativi che danno punteggi negativi a frasi come*

⁸⁴ Casi documentati qui <https://www.wired.it/attualita/tech/2020/10/02/pregiudizio-algoritmi/>

⁸⁵ <https://www.nidil.cgil.it/rider-accordo-tra-cgil-cisl-uil-e-just-eat/>

“sono gay”, sistemi di riconoscimento facciale che si dimostrano inaccurati quando si tratta di individuare uomini e (ancor più) donne appartenenti alle minoranze etniche e tantissimi altri ancora»⁸⁶.

Ancora, per anni numerose piattaforme di consegne a domicilio di cibi e bevande hanno fatto leva su un algoritmo per la gestione delle consegne. Il lavoratore veniva inserito in un ranking calcolato sulla base del numero di consegne accettate, sulla velocità di consegna e sulla disponibilità quotidiana ad effettuarle. Se rifiutava una consegna o la tardava, perdeva posizioni nel ranking, perdendo così opportunità lavorative. Solo diversi anni dopo le prime denunce v'è stato un accordo sindacale volto a dare maggiori tutele ai lavoratori⁸⁷. Medesima condizione è stata denunciata per i lavoratori di Amazon, giungendo a parlare persino di schiavitù⁸⁸, in quanto l'algoritmo determina tempi e modi di consegna e, in caso di mancato rispetto o, peggio, di mancate consegne, si arriva a sanzioni, lettere di richiamo o mancati rinnovi contrattuali⁸⁹. «È di qualche mese fa – scrivono in dottrina – la scoperta da parte di una dipendente di Google, che l'algoritmo col quale il colosso americano modella le elaborazioni linguistiche e il riconoscimento facciale sembra essere razzista, sessista e offensivo. L'obiettivo della (ormai ex) dipendente del colosso mondiale sarebbe stato quindi quello di perfezionare gli algoritmi in maniera non discriminatoria. Ma è davvero possibile? Senza difendere alcuna forma di discriminazione, è davvero possibile rendere un'AI perfettamente imparziale?»⁹⁰.

86 <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/03/22/amazon-schiavi-di-un-algoritmo-abbiamo-3-4-minuti-a-consegna-andare-in-bagno-ci-arrangiamo-una-giornata-con-un-driver-video-racconto/6139146/>

87 <https://cronacaqui.it/lo-sciopero-ad-amazon-un-algoritmo-maligno-ci-trasforma-in-schiavi/>

88 C. CALÌ, *L'imparzialità del giudicante*, cit., p. 132.

89 V. nota 86.

90 Il tema dell'imparzialità nell'azione amministrativa è stato trattato dalla dottrina così ampiamente che sarebbe impossibile citare ogni autore. Senza pretesa di attribuzione d'importanza e con la consapevolezza dell'estrema parzialità delle citazioni, si V. P. CALAMANDREI, *La relatività del diritto di azione*, in *Studi in onore di S. Romano*, IV, Padova, Cedam, 1940; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1980; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè, 1993; G. BERTI, *La responsabilità pubblica. (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994; G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1997; L.R. PERFETTI, *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241, tra ga-*

Domanda a cui i data scientists hanno dato una risposta, seppur parziale: “Se inserisci spazzatura, uscirà spazzatura”, intendendo che se i dati utilizzati per addestrare le intelligenze artificiali – che nella forma più comune sono strumenti statistici in grado di scovare correlazioni all’interno di immensi database – sono difettati in qualche modo, il risultato non potrà che essere pessimo⁹¹. A tal motivo il considerando n. 71 del citato Regolamento 679/2016 rileva che è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell’interessato e che impedisca tra l’altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell’origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell’appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell’orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti. Il richiamo al principio di non discriminazione è contenuto anche nell’art. 12 del CAD, il quale stabilisce che *«le pubbliche amministrazioni nell’organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell’informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione»*.

ranzia della legalità ed amministrazione di risultato, Padova, Cedam, 2008; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010. Più di recente si V. D. VESE, *Sull’efficienza amministrativa in senso giuridico*, cit., in particolare pp. 469 ss.

⁹¹ Viene osservato in dottrina che *«la questione dell’imparzialità è stata generalmente affrontata dal punto di vista dell’amministrazione: raramente, invece, la prospettiva adottata nello studio del tema è stata quella del cittadino destinatario dell’azione amministrativa. Seppure, infatti, si riconosca che il “punto cruciale” dell’imparzialità consiste nella garanzia per il singolo destinatario dell’azione amministrativa che il suo interesse sia stato “oggetto di compiuta valutazione comparativa con gli altri interessi presenti e che nell’ambito di tale compiuta valutazione era giusto che ricevesse un dato trattamento”»*. Così I. PIAZZA, *La pretesa a un’amministrazione imparziale. Note sul conflitto d’interessi nel diritto amministrativo*, su questa Rivista, n. 1/2020, il quale cita F. Satta, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in Enc. giur., Roma, Treccani, 1989, p. 5.

4. Conclusioni

Sia concesso, a conclusione di questo scritto, porre un ulteriore – ennesimo – interrogativo. Cos'è l'imparzialità⁹²? E' l'asettica analisi della giurisprudenza e delle norme da applicare poi al caso concreto dopo aver – asetticamente – letto le carte ed analizzato i dati? Oppure è l'analisi, anche emotiva, tutta umana del caso concreto, che ne consideri non solo i fatti e l'attinenza alle norme (e alla giurisprudenza), ma anche il contesto storico, sociale, geografico, culturale?

Del resto, come è stato osservato in dottrina⁹³, l'imparzialità è un Giano bifronte, ovverosia ha almeno due opposti punti di vista: quello dell'Amministrazione e quello del cittadino destinatario dell'azione amministrativa, il quale ha – ovviamente – tutto l'interesse affinché il suo bene della vita, che reclama dinanzi all'azione amministrativa, sia stato oggetto di un'attenta valutazione, in grado di comparare i diversi interessi pubblici e privati, il cui contrasto, talvolta, viene risolto attraverso un'interpretazione creativa e *nuova* del diritto. Un tipo di interpretazione che spetta solo alla creatività umana⁹⁴, senza la quale il diritto

92 Si V. nota 9.

93 Ci si chiede se nel 1999 fosse esistita l'Intelligenza artificiale e fosse stata utilizzata nel giudizio civile, i giudici di legittimità sarebbero mai giunti alla storica sentenza 22.07.1999 n. 500, la quale, com'è arcinoto, ha interpretato la tutela risarcitoria ex art. 2043 cc anche idonea alla risarcibilità degli interessi legittimi. Non sempre e non in via generale. Statuisce la Suprema Corte che «La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo». Quale apprendimento, anche profondo, della giurisprudenza storica avrebbe consentito un'interpretazione così originale e del tutto nuova? E quale strumento automatizzato è in grado di valutare il discrimine tra quale interesse è risarcibile e quale, invece, non può esserlo?

94 Il 2 agosto 1916 comparve un suo articolo sull'*Avanti!* intitolato *Pregiudicati*, in cui scriveva: «Trenta minuti di discussione, quattro processi per direttissima, quattro condanne, quattro nuovi pregiudicati. Anche i loro nomi sono ignoti ai giudici fino all'ultimo momento decisivo. La preoccupazione maggiore è di sbrigarsela in fretta, di poter uscire dall'aula fetida, di respirare. Nessun senso di responsabilità. Il pubblico ministero che, secondo i sacri principi dell'89, tutela la collettività e deve parlare in nome di tutti per il diritto che tutti hanno di vivere tranquilli, chiacchiera con un vicino; quando viene il suo turno domanda un nome, scorre un rapporto di polizia, ricorda un articolo del codice, e bolla. Il suo dovere, secondo lui, è di condannare

avrebbe solo una funzione circolare: riprodurre se stesso senza apportare novità nell'Ordinamento⁹⁵.

Dunque la questione del rispetto del principio di imparzialità ex art. 97 Cost., letta in combinato disposto con gli artt. 2, 3 e 24 Cost., oltre che dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, secondo cui l'imparzialità è un diritto dell'individuo e non solo un dovere del potere, lascia intendere che l'imparzialità sia un corollario del più ampio concetto di giustizia, che va oltre il rispetto pedissequo delle norme o del precedente e involge, invece, l'obbligo di addivenire ad una tutela fattuale della pretesa del cittadino dinanzi al potere.

S'interrogò, sul rapporto tra diritto *neutro* e giustizia, ormai più di cent'anni orsono, Antonio Gramsci⁹⁶. Egli parlava di giudizio penale, ma poco rileva, ai fini della nostra analisi, in quanto ciò che rileva è il metodo, il procedimento anziché la natura del giudizio. La sua critica era volta all'asettica applicazione della legge, basata sulla mera analisi delle carte, che non teneva assolutamente conto del lato umano dell'amministrare la giustizia. Un'applicazione della legge automatizzata, basata sullo storico e demandata ad un'intelligenza priva di emozioni, di umanità e di senso critico, non fa altro che allontanare il giusto processo⁹⁷ dallo spirito costituzionale per cui è nato: offrire giustizia ai conso-

sempre. La polizia ha già condannato; contraddire alla polizia richiederebbe uno sforzo, domanderebbe una persuasione. E il caldo non consente sforzi, la fretta e la conversazione interessante col vicino non lasciano tempo alla persuasione di formarsi. La collettività lo paga, e lentamente, per essere tutelata; suppone in lui quel minimo di simpatia umana necessaria per non cacciare in prigione il primo venuto, per non creare di un onesto, che può anche aver fallito per un momento, un pregiudicato, un refrattario che ormai non penserà più che all'ingiustizia subita, che ormai, obbligato dal marchio infamante a vivere in margine, sarà preso dall'ingranaggio e diventerà il delinquente nato, a soddisfazione dell'antropologia criminale».

95 Tanto è stato scritto in tema di giusto processo, ma mi sia possibile richiamare uno scritto in particolare: F. MERUSI, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il Codice del processo amministrativo?*, Relazione per il 56° Convegno di Studi amministrativi, *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Varenna, 23-25 settembre 2010, in www.giustamm.it.

96 *“Il costituzionalismo nasce proprio per porre limiti al potere, o come pure si dice come “tecnica delle libertà”. Se non si capisce il contesto di riferimento, si rischia di perdere il senso più profondo dell'impatto delle tecnologie nelle società democratiche”,* così osserva G.F. FERONI nell'intervista del 29.05.2023 *“LA nei processi decisionali della PA, il faro è la Costituzione”*, pubblicata su <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/print/9892588>

97 Per approfondire il concetto di *complessità* sia lecito rimandare a E. MORIN, *Le Défi de la complexité*, 2011; trad. *La sfida della complessità*, A. Anselmo e G. Gembillo (a cura di), Le lettere, Firenze, 2017.

ciati, garantendo l'applicazione concreta e reale del principio di uguaglianza sostanziale⁹⁸. L'analisi dei dati restituisce al giudice solo una parte della complessità della realtà⁹⁹, la quale spesso subisce processi di disattenzione selettiva, di rimozione o di normalizzazione, per cui il complesso viene "razionalizzato" al fine di far risparmiare la fatica di un ripensamento¹⁰⁰ e di una rimessa in discussione, aspetti che invece risultano fondamentali per favorire il progresso ed evitare forme di degenerazione. Ma anche qualora i dati che riguardano le parti d'un processo siano completi, rappresentano comunque una fotografia di un istante e non la complessità della realtà. Una fotografia che, come s'è detto, può essere parziale e distorta, a causa dei bias cognitivi¹⁰¹ che involgono il processo di inserimento e gestione dei dati, i quali rispecchiano i rapporti di forza esistenti in un dato tempo e spazio.

Si prenda ad esempio un procedimento avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento amministrativo di autorizzazione all'installazione di impianti energetici in un'area di pregio ma non censita come tale dai piani territoriali regionali e locali. Come potrà un sistema di IA, pur evoluto e addestrato, valutare siffatta incognita e definire se quell'area è davvero di pregio? Come po-

⁹⁸ Si V. nota 95, in particolare si tenga in conto lo sforzo compiuto dai Giudici di cassazione nell'applicare un ripensamento di quanto era storicamente dato per acquisito.

⁹⁹ Si V., tra i tanti, A. TVERSKY e D. KAHNEMAN, *Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 5, 1992, pp. 297-323; nonché il fondamentale contributo di R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge: The Final Edition*, London, Allen Lane, Penguin, 2021, edition Final. Per una recensione di quest'ultimo, si rimanda a D. VESE, *Recensione dei libri Nudge: The Final Edition, R. H. Thaler and C. R. Sunstein, London, Allen Lane, Penguin, 2021, edition Final, xiv, 366 pp; La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Alberto Zito, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 123 pp. su questa Rivista, n. 2/2021, pp. 795 ss.

¹⁰⁰ Tra i tanti si V., ad esempio, CdS, sent. n. 100/2023 in cui il giudice di secondo grado, nel riformare la sent. n. 496/2015 del TRGA di Trento, afferma che "(...) il pregio del bene, pur se non sufficiente al fine di giustificare l'adozione di un provvedimento impositivo di vincolo paesaggistico in base alla considerazione atomistica delle caratteristiche del bene, viene valutato come elemento di particolare valore urbanistico e può quindi, costituire oggetto di salvaguardia in sede di scelta pianificatoria (n. Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2013, n. 2265)."

¹⁰¹ «Vi è, infatti, il concreto rischio che il "decisore umano" si conformi al suggerimento della macchina, non avendo a disposizione informazioni neanche latamente paragonabili alla enorme massa di dati che ha costituito la base della decisione dell'AI e dovendo, di contro, motivare una scelta difforme da quella "suggerita". Si assisterebbe, per tal via, alla "cattura" della decisione umana da parte dell'algoritmo e, in ultima istanza, della volontà dell'organo da parte della AI». Così P.G. OTRANTO, in *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, cit.

trà anche di per sé conoscere il concetto di pregio e applicarlo nel caso in specie? Certo, argomentando al contrario, v'è il dubbio che il giudice umano possa errare nell'effettuare siffatte valutazioni, come accade spesso quando il Giudice di secondo grado si trova a riformare le sentenze del giudice di primo grado¹⁰². Tuttavia, alla luce di quanto affermato sinora, se errare è umano e l'automatismo riduce il rischio d'errore, allora sarebbe bene considerare quest'ultimo come un mero strumento in grado di affiancare il decisore, senza sostituirlo.

Occorre dunque interrogarsi su quali siano i limiti dell'uso dei sistemi di IA nel giudizio amministrativo e, non ultimo, se l'inserimento frettoloso (dovuto alle scelte politico-amministrative di allinearsi agli altri paesi) non generi, nel breve e medio periodo, forme di discriminazione oltre che un problema spesso sollevato dalla dottrina: quello per cui il giudice, confidando eccessivamente nella perfezione dell'IA, si adegui acriticamente alle scelte fatte per lui dalla macchina¹⁰³. Un rischio concreto, che si può evitare solo grazie allo sviluppo di

102 Si è osservato acutamente in dottrina che «il diritto (e quello pubblico in particolare) è chiamato a regolare la convivenza tra le persone in un dato luogo ed in un'epoca definita, sicché gli stessi concetti variano nello spazio e nel tempo per ragione del mutare dei valori che fondano una comunità e dei problemi che essa pone al giurista. Orvivo, quindi, che i giuristi - per costruire un ordine accettabile nel proprio contesto - debbano utilizzare categorie concettuali in grado di evolvere e che possano essere in contrasto tra loro, essendo questa dialettica parte del fenomeno di cambiamento del diritto. Non è un caso che le categorie concettuali che reggono il diritto pubblico (non diversamente avviene in quello civile) siano tutte controverse. Basterebbe portare l'esempio - sia pure nel diritto privato - del BGB che, approvato nel 1900, non è stato modificato né in epoca nazista, né in quella democratica successiva, semplicemente perché le sue clausole generali sono state interpretate in modo differente (ed in sintonia con i valori - o disvalori - condivisi dalla comunità di riferimento). Lungi dall'essere una consolazione, si tratta di un problema nella prospettiva dell'AI, perché uniformare i sistemi di produzione del pensiero significa porre le condizioni perché il diritto assolva assai peggio al suo ruolo sociale e, d'altro canto, tenere conto della complessità determina la difficoltà di costruire sistemi esperti (se non altro perché se ne dovrebbero costruire molti, ed in grado di cambiare idea sulla base di stimoli esterni, vale a dire di compiere operazioni politiche, come sono quelle che pongono in essere i giuristi interpretando le clausole generali in un senso o in un altro di tempo in tempo)». Così L.R. Perfetti, *Beyond the chinese room. Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico*, su questa Rivista, n. 1/2017.

103 Dal recente G7 delle avvocature, riunitosi a Roma in data 16.04.2024 presso la Pontificia università della Santa Croce e dedicato a "Intelligenza artificiale e valori democratici: etica, innovazione tecnologica e tutela dei diritti della persona" è emerso che «Non può esistere che il giudice chieda all'intelligenza artificiale di scrivere la sentenza. E non è uno scenario irrealistico, se pensiamo a quanto sia diffusa la pratica del copia e incolla nella stesura dei provvedimenti». Detto da una delle figure più autorevoli dell'Esecutivo che, come ricordato, proviene proprio dall'ordine giudiziario, è una considerazione di un certo peso. Ed è destinata a riflettersi nel disegno di legge sul corretto uso della Ia annunciato dallo stesso Mantovano, un testo di matrice governativa che è in preparazione e che «sarà discusso in uno dei prossimi Consigli dei ministri». Le parole del sottosegretario di Stato alla Presidenza del CdM, on. Alfredo Mantovano danno contezza dei dubbi in materia di *giudizio artificiale*. Alle sue parole hanno fatto eco quelle

un sereno dibattito, tra scienze umane, scienze applicate e poteri pubblici, non condizionato dalla ricerca dell'efficienza o dall'irrazionale desiderio di rincorrere gli ultimi ritrovati della tecnologia, ma che si concentri sull'aspetto più importante nella gestione del potere: la tutela dell'individuo e le formazioni sociali in cui svolge la sua personalità.

Per concludere, l'imparzialità, corollario del principio di legalità, che va tenuta in considerazione da due punti di osservazione (quello della PA e quello del cittadino), non coincide sempre con la decisione basata su un dato storico (o un set di dati, o di *big data*), ma spesso può coincidere con una soluzione creativa, del tutto nuova (come nel caso della storica sentenza n. 500 del 1999), frutto della mente umana, la quale, analizzando in modo creativo lo storico, deduce che sia giunto il momento di cambiare rotta e di interpretare il diritto alla luce di fatti nuovi.

L'IA, tuttavia, non va affatto demonizzata, perché è uno strumento utile per affiancare il giudice amministrativo e deflazionare il lavoro dei relativi uffici, specie nelle mansioni più meccaniche (inserimento dati, ricerche giurisprudenziali, semplificazione dei processi, ecc.). Dunque è dalla concezione di strumentalità dell'IA che si può partire per giungere ad un nuovo grado di sviluppo dell'applicazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa, una concezione che consideri la macchina per quella che è: un mezzo, non un fine. Uno strumento di ausilio alla creatività, non la creatività in sé.

del viceministro della Giustizia Francesco Paolo Sisto, il quale ha dichiarato che *«Si deve prevedere l'uso dell'IA nell'attività giudiziaria esclusivamente, e lo sottolineo, per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro, per la ricerca dottrinale e giurisprudenziale anche finalizzata all'individuazione di orientamenti interpretati (...)». In nessun caso si dovrebbe arrivare a sentenze affidate all'intelligenza artificiale anziché scritte da un giudice. E, almeno a mio giudizio, sarà probabilmente necessario prevedere la nullità di una sentenza per la quale si sia accertata una genesi non umana*». E' in corso, a quanto risulta, la stesura di un Disegno di Legge in materia di limiti del ricorso all'intelligenza artificiale nella giustizia. Fonte: <https://www.ildubbio.news/giustizia/vieteremo-ai-giudici-di-farsi-scrivere-le-sentenze-dai-robot-u2bdyswx>. Qui il programma del G7 delle avvocature: <https://www.consiglionazionale-forense.it/g7-italia-2024>

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
Vol. XIII