

Liber Amicorum per Marco D'Alberti



Giappichelli

Liber Amicorum
per Marco D'Alberti

Si ringraziano per il contributo alla cura degli aspetti redazionali del volume le dott.sse Federica Ciarliariello, Silvia Lazzari, Marianna Mazzearella, Gloria Francesca Pulizzi, Lucia Vitulli e il dott. Francesco Savo Amodio.



Liber Amicorum per Marco D'Alberti



Giappichelli

© Copyright 2022 – G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

VIA PO, 21 – TEL. 011-81.53.111 – FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2289-5

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche Università Roma La Sapienza, della LUMSA, del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi Roma Tre e del Dipartimento di Management dell'Università Politecnica delle Marche - Progetto di Ricerca scientifica di Ateneo anni 2019 e 2020.



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA



UNIVERSITÀ
POLITECNICA
DELLE MARCHE



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Rotolito S.p.A. – Pioltello (MI)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
Prefazione <i>Guido Calabresi</i>	XV
 Comparazione e storia del diritto amministrativo	
Natural Justice in UK Law: Continuity and Change from the 17 th Century <i>Paul Craig</i>	3
La comparazione del diritto amministrativo quale processo di apprendimento corale. Alcuni sviluppi nel diritto amministrativo degli USA visti da una prospettiva tedesca <i>Eberhard Schmidt-Aßmann</i>	34
State formation and the emergence of public Law: an evolutionary and institutional perspective <i>Peter L. Lindseth</i>	47
American Administrative Law in an Age of Presidential Unilateralism <i>Jerry L. Mashaw</i>	64
Power Transitions in a Troubled Democracy <i>Peter L. Strauss and Gillian E. Metzger</i>	74
Bref regard français sur la distinction italienne entre le droit privé et le droit public <i>Benoît Plessix</i>	112

	<i>pag.</i>
La comparaison "au-delà" des systèmes de droit: l'exemple de la protection de l'environnement	120
<i>Luigi Moccia</i>	
Le strade della comparazione tra pubblico e privato. Uno sguardo alle origini	134
<i>Bernardo Sordi</i>	
A tale of two cities	147
<i>Spyridon Flogaitis</i>	
Il Consiglio di Stato: una prospettiva comparata	153
<i>Giacinto della Cananea</i>	
Institutionalism and Comparative Administrative Law Beyond the Liberal State: Extrapolations from Santi Romano as seen by D'Alberti	168
<i>Joana Mendes</i>	
A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?	188
<i>Giulio Napolitano</i>	
Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: l'esperienza italiana in prospettiva comparata	209
<i>Alfredo Moliterni</i>	

Profili dell'amministrazione pubblica

Il contributo di Marco D'Alberti agli studi sulla corruzione pubblica	233
<i>Bernardo Giorgio Mattarella</i>	
Marco D'Alberti e il pubblico impiego	240
<i>Stefano Battini</i>	

pag.

A la recherche du temps perdu: le défi de la professionnalisation
des dirigeants publics dans l'ordre juridique espagnol 254

Elisenda Malaret

Normativa anticorruzione e concorsi pubblici 269

Gianfranco D'Alessio

Chi comanda nell'amministrazione? La funzione poco normata dei
capi dei gabinetti 284

Guido Melis

Indirizzo e coordinamento nell'ordinamento repubblicano nel
pensiero di Vittorio Bachelet 299

Giuseppe Di Gaspare

La scabrosa ipotesi della corruzione sociale 320

Cesare Pinelli

La *compliance*: nozioni e problemi 328

Maria De Benedetto

Capacità amministrativa e servizi integrati in una prospettiva post
pandemica: rigenerazione e innovazione per i piccoli Comuni 344

Monica De Angelis

La necessità di un bene comune 362

Guido Corso

Attività e giustizia amministrativa

Legge e pretesa riserva di amministrazione: spunti critici e rico-
struttivi 383

Augusto Cerri

La riserva di amministrazione come problema 395

Franco Gaetano Scoca

	<i>pag.</i>
Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine' negoziale <i>Guido Clemente di San Luca</i>	407
La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia <i>Leonardo Ferrara</i>	441
Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo <i>Aristide Police</i>	451
Semplificazioni e discrezionalità. Qualità della normazione e qualità dell'amministrazione <i>Francesco Merloni</i>	465
Lo Stato digitale e il diritto amministrativo <i>Luisa Torchia</i>	477
Le pubbliche amministrazioni italiane alla prova dell'intelligenza artificiale <i>Nicoletta Rangone</i>	494
Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile <i>Marcello Clarich</i>	508
L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche <i>Alessandro Pajno</i>	520

*pag.***Diritto dell'economia e dei beni pubblici**

Regolazione e autonomia privata, ovvero come liberare la cultura giuridica dai lacci nazionalistici e positivistici: il contributo di Marco D'Alberti	543
<i>Sabino Cassese</i>	
Ancora sull'economia e la mano visibile dello Stato	547
<i>Giuliano Amato</i>	
L'unione bancaria europea e il diritto amministrativo. Questioni aperte	553
<i>Mario Pilade Chiti</i>	
Il <i>Green Deal</i> e la costruzione di una nuova Europa	573
<i>Edoardo Chiti</i>	
L'intervento pubblico nell'economia al tempo della crisi pandemica	595
<i>Francesco Manganaro</i>	
L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza	607
<i>Marco Dugato</i>	
I caratteri della disciplina pubblica della finanza privata	619
<i>Claudio Franchini</i>	
Cose pubbliche e beni "comuni"	651
<i>Vincenzo Cerulli Irelli</i>	
Il dominio collettivo come orizzonte costitutivo dell'esperienza giuridica	681
<i>Andrea Bixio</i>	
L'espace public comme notion émergente du droit administratif	691
<i>Jean-Bernard Auby</i>	

	<i>pag.</i>
Notarelle sulla disciplina delle cave di marmo apuane (a margine dell'apporto di Marco D'Alberti alla lettura "privatistica" delle concessioni amministrative)	707
<i>Giuseppe Morbidelli</i>	
Le concessioni autostradali: spunti a partire dai contributi di Marco D'Alberti	716
<i>Mauro Renna</i>	
Il patrimonio culturale e l'amministrazione statale: tappe e sfide di un rapporto	732
<i>Carla Barbati</i>	
L'immateriale dei beni culturali nell'era digitale: valori culturali ed economici	746
<i>Angelo Lalli</i>	

L'unità dell'esperienza giuridica

Marco D'Alberti e il diritto amministrativo nello spettro dell'unità giuridica	767
<i>Aldo Sandulli</i>	
Il diritto amministrativo secondo D'Alberti	782
<i>Giampaolo Rossi</i>	
Fobonomia	784
<i>Massimo Luciani</i>	
La laicità nel diritto francese	791
<i>Yves Gaudemet</i>	
Cittadinanza, identità, diritti	802
<i>Paolo Ridola</i>	

pag.

Non solo Brexit. "Identità nazionale": il riemergere di una nozione <i>Enzo Cardi</i>	831
Identità cittadina e carte del riconoscimento <i>Gabriella De Giorgi Cezzi</i>	845
Interesse del genitore e interesse del figlio nella modifica del cognome <i>Enrico del Prato</i>	850
Le grandi linee del progetto di revisione del codice civile italiano <i>Guido Alpa</i>	858
Sulla parodia e la causa D'Annunzio-Scarpetta <i>Laura Moscati</i>	870
Il procedimento elettorale preparatorio: la Corte chiama, il Parlamento risponde <i>Gaetano Azzariti</i>	882
La Repubblica "romana" e lo studio del diritto pubblico in una prospettiva europea <i>Angelo Antonio Cervati</i>	888
Notizie sugli Autori	907

Prefazione

Guido Calabresi

Marco ha forse un'età che giustifica un *Liber Amicorum* come questo? Il suo lavoro ha un tale vigore giovanile per originalità e per intuizioni da far sembrare Marco meno avanti negli anni. Ma quando si considera la grandezza e l'ampio respiro dei suoi contributi scientifici e dei risultati raggiunti, si può concludere che questo *Liber* sarebbe, semmai, dovuto uscire anche prima. Cos'è che rende Marco e il suo lavoro così importanti?

La sua disciplina è il diritto amministrativo. È difficile trovare studiosi che conoscano meglio quella materia e ne apprezzino maggiormente tutte le sfumature. E, diversamente da molti eccellenti cultori del diritto amministrativo per i quali i problemi delle pubbliche amministrazioni hanno dimensioni essenzialmente locali o nazionali, Marco scava il lato sia nazionale che internazionale della materia. Di conseguenza, i suoi scritti contribuiscono a rafforzare l'*administrative justice* in prospettive sia vicine che lontane. Non è un caso che gli autori che hanno offerto contributi a questo *Liber* vengano da vicino e da lontano.

Ancor di più, Marco, nella sua opera e nei suoi rapporti accademici, coltiva approcci e metodi anche diversi dal suo specifico campo d'indagine. Io non sono un amministrativista e le mie attenzioni per i complessi intrecci fra teoria economica e diritto sono spesso lontane dai problemi delle amministrazioni pubbliche. Eppure, Marco ed io siamo stati e siamo amici e colleghi sotto il profilo sia accademico che personale. Lo leggo e apprendo da lui in tutto il mio lavoro! È per questa ragione scientifica e per la nostra amicizia che sono molto felice di partecipare a questa iniziativa in suo onore.

Marco, possa il tuo lavoro rimanere così vitale, profondo e creativo per il più lungo tempo possibile.

Ad multos annos, dear friend.

Comparazione e storia del diritto amministrativo

Natural Justice in UK Law: Continuity and Change from the 17th Century

Paul Craig

Summary: 1. Introduction. – 2. Hearing: Foundations. – 3. Hearing: Applicability. – 3.1. Scope of Application: Public Bodies, Clubs and Associations. – 3.2. Scope of Application: Adjudication and Rule-making. – 3.3. Imposition of Burdens: Dismissal. – 3.4. Imposition of Punishment: Criminal Cases. – 3.5. Imposition of Burdens: Civil Actions. – 3.6. Deprivation of Rights and Benefits: Personal and Proprietary Rights and Interests. – 4. Hearing: Content. – 4.1. Content: Issue and Method. – 4.2. Central Core: Notice and Opportunity to Respond. – 4.3. Hearing Rights: Sufficiency. – 5. Bias: Foundations. – 6. Bias: Application. – 6.1. Bias: Breadth of Application. – 6.2. Bias: Pecuniary and Non-Pecuniary Interests. – 6.3. Bias: Prosecutor and Judge. – 7. Hearing and Bias: 20th Century Continuity and Change. – 7.1. Continuity: Central Values. – 7.2. Continuity: Breadth of Application. – 7.3. Change: Limitation of Application – Inquiries. – 7.4. Change: Limitation of Application – Judicial, Quasi-Judicial and Administrative. – 7.5. Change: Limitation of Application – Rights and Privileges. – 7.6. Change: Limitation of Application – Hearing Rights and Remedies. – 8. Hearing and Bias: 20th Century Post-Ridge. – 8.1. Reconnecting with the Historic Jurisprudence: Ridge v Baldwin. – 8.2. Developing the Historic Jurisprudence: Post-Ridge v Baldwin. – 8.3. Novel Influences: EU Law and the ECHR. – 8.4. Novel Problems: AI and Algorithmic Decision-making. – 9. Conclusion.

1. Introduction

This chapter is concerned with the historical development of natural justice from the early 17th century onwards. It is a rich and interesting story. It is also important for the overall thesis of a book that I am writing on the history of English Administrative law.¹ Contrary to popular belief, England developed a system of administrative law from the 17th century onwards, with origins that date back considerably earlier. Natural justice/due process was central to that system, as it is to any regime of administrative law. The reality is that the courts developed a sophisticated body of jurisprudence from first principles concerning both the right to be heard and the rule against bias. It was applied not only to public bodies broadly defined, but also to clubs, trade associations and mutual associations alike. The courts thus reasoned across the public/private divide. The structure of the ensuing argument is as follows.

¹ P. Craig, *English Administrative Law 1600-2020: Continuity and Change*.

The story begins with the foundational case law concerning the right to a hearing, which is followed by discussion of its applicability and content. The focus then shifts to analysis of bias, with discussion of the doctrinal foundations, followed by consideration of the breadth of its application. The analysis thereafter is on the 20th century case law prior to the 1960s, which exhibited elements of continuity with the earlier case law, but also change, in the sense of limitations engrafted on natural justice that were not present in the earlier case law. The final section of the chapter examines the seminal decision in *Ridge v Baldwin*,² which reconnected with the case law from the 17th-19th centuries and struck down a number of the limitations imposed in the earlier part of the 20th century. The remainder of this section charts the continuity and refinement of natural justice in the modern law when viewed in the light of the historic jurisprudence.

2. Hearing: Foundations

We begin with the foundational jurisprudence concerning the right to a hearing. The seminal decision was *James Bagg's* case, which was also central to the development of mandamus as will be seen below. It was the key early case on process rights, in this instance the right to a hearing and was decided in 1615. It is certainly one of the more colourful cases to create a legal precedent. It bears testimony to the fact that a claimant does not have to be beyond reproach in order to succeed.

James Bagg was a burgess of Plymouth, who was disenfranchised from office. He argued that this was unlawful and sought mandamus to restore him to his position. The writ stated that Bagg had always «carried and well-governed himself»; that the disenfranchisement was without reasonable cause; and that «speedy justice» should therefore be done by restoring him to his previous office.³ This image of civility is, however, somewhat belied by the facts, which paint a rather different picture of Bagg's temperament. He seemed to have had a problem with the mayor, or to put the point more accurately, he had problems with successive holders of that office in Plymouth. The pleadings detail Bagg's insults to Robert Trelawny, John Battersby, John Clement and Thomas Fowens, all of whom held this august office. Matters came to a head in «dis-course» with Thomas Fowens. Bagg continued his «evil disposition» towards Fowens, who responded «with mild words admonishing the aforesaid James Bagg that he would desist from uttering such contemptible words as aforesaid».⁴ This admonishment did not have the desired effect.⁵

«[I]n the presence and hearing of the aforesaid Thomas Fowens, then mayor of the borough aforesaid, and very many others of the burgesses and inhabitants of the borough aforesaid, and in contempt and disdain of the said Thomas Fowens, then mayor, turning the hinder part of his body in an inhuman and uncivil manner towards the afore-

² House of Lords, *Ridge v Baldwin*, AC 40, 1964.

³ Court of the King's Bench, *Bagg's Case*, 11 Co. Rep., 1615, p. 93b.

⁴ *Ibidem*, p. 95b.

⁵ *Ibidem*, p. 95b.

said Thomas Fowens, scoffingly, contemptuously, and uncivilly, with a loud voice, said to the aforesaid Thomas Fowens, these words following, that is to say, (“Come and kiss.”) And further to the said lord the King we certify, that afterwards, that is to say, on the 20th day of August, in the 9th year of the reign of the lord the now King, at Plymouth aforesaid, the aforesaid James Bagg, with most insolent words, threatened the said Thomas Fowens, then being mayor of the borough aforesaid, without any reasonable cause; and then and there, to the said Fowens, threateningly and maliciously spoke these words following, that is to say, “I will make thy neck crack”».

Bagg was consistent. He treated all office holders with equal disrespect. Fowens’ successor was John Scobb, who Bagg «publicly, falsely and scandalously» referred to as a «knave», notwithstanding the fact that Scobb «honestly and laudably carried and governed himself». ⁶ Nor did Bagg rest content with impugning the integrity of successive holders of mayoral office. He spread his critical net further to embrace other burgesses, accusing Thomas Shervill of being a «seditious fellow», even though he «honestly, discreetly, and with great integrity, carried and governed himself». ⁷ Bagg’s behaviour extended beyond the personal insult, and included action whereby he told inhabitants of the borough that they did not need to comply with certain regulations and customary payments.

The court, nonetheless, found for Bagg. It held that disenfranchisement must be grounded on action that was against the duty of the burgess and against the public good of the borough; words of contempt, or *contra bonos mores*, did not suffice in this respect, nor did a mere attempt to do an act contrary to the duty. No freeman could be disfranchised by the corporation, unless it had authority to do so, by express words in the charter, or by prescription. If there was no such authority, the party ought to be convicted pursuant to the appropriate law before he could be removed. ⁸ The existence of such authority was, moreover, a necessary, but not sufficient condition for disenfranchisement. It had to be preceded by a hearing, which was absent in the instant case. Lord Coke CJ expressed the matter as follows. ⁹

«[Y]et it appears by the return, that they have proceeded against him without ... hearing him answer to what was objected, or that he was not reasonably warned, such removal is void, and shall not bind the party, ... and such removal is against justice and right».

Coke CJ thus reasoned from first principle. The existence of a substantive ground for removing Bagg as a burgess did not suffice. It had to be preceded by a hearing. The case was foundational for the existence of a right to a hearing and was much cited thereafter. The judgment speaks to the continuity and change in administrative law since its inception, which is a theme of this book. In this instance the dominant motif is continuity, both in relation to the general justification for such rights, and the more specific reason for requiring hearing rights in this instance.

⁶ Ibidem, p. 96b.

⁷ Ibidem, p. 96b.

⁸ Ibidem, pp. 98a-99a.

⁹ Ibidem, p. 99a.

The general justification for process rights in modern academic discourse is based on instrumental and non-instrumental argumentation.¹⁰ These same rationales informed the foundational jurisprudence on hearing rights. This is unsurprising, given that the instrumental and non-instrumental justifications are not time dependent. To the contrary they are expressive of enduring values that would have been understood and accepted in the 17th as well as the 20th century.

The instrumental justification emphasizes the connection between procedural due process and the substantive justice of the final outcome. Substantive rules are designed to achieve a particular goal, in this instance specification of the valid grounds for disenfranchisement. Provision of a hearing before deciding to disenfranchise can help to ensure that this precept is correctly applied.¹¹ It enabled *Bagg* to «answer what was objected», which was linked to the requirement of notice, as indicated by Coke CJ's statement that *Bagg* was not «reasonably warned». Compliance with these precepts would require the mayor to specify the reasons for the disenfranchisement, thus facilitating determination as to whether they fell within the legally permitted grounds. The non-instrumental justification for hearing rights is grounded on commitment to formal justice and the rule of law, helping to guarantee objectivity and impartiality, and protect human dignity.¹²

The preceding quotation is consistent with both rationales for affording hearing rights, more especially because the language speaks of *Bagg* being unable to address «what was objected» and that »he was not reasonably warned». There is nothing to prevent a judgment from grounding its decision on the twin rationales for hearing rights. This is not a zero-sum game, and there is no *a priori* reason to conclude that Coke CJ would have preferred one to the other.

The continuity in patterns of thought is also apparent when we consider the justification for affording hearing rights in this particular instance. It is common in modern academic parlance to distinguish between the criteria that trigger hearing rights, and the content of such rights, assuming that a hearing has been triggered. Legal systems differ as to what constitutes the catalyst for hearing rights. In the UK, the modern test is framed in terms of a right, interest or legitimate expectation.¹³ In the US, constitutional due process is conditional on the existence of a life, liberty or property interest.¹⁴ The nature of the interest that can suffice in this respect may well differ over time. There is, nonetheless, much commonality, notwithstanding temporal difference. In *Bagg's Case*, the imperative for a hearing was intimately linked to the proprietary nature of the interest that a freeman had in a city or borough. This interest informed specification of the grounds that would suffice for disenfranchisement and the need for a hearing to deter-

¹⁰ J. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, London, Yale University Press, 1985; D. Galligan, *Due Process and Fair Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

¹¹ J. Resnick, *Due Process and Procedural Justice*, in J. Pennock, J. Chapman (eds.), *Due Process, Nomos XVIII*, New York City, New York University Press, 1977, p. 217.

¹² H.L.A. Hart, *Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 156-202; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 235; F. Michelman, *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process*, in J. Pennock, J. Chapman (eds.), *Due Process, Nomos XVIII*, cit.

¹³ P. Craig, *Administrative Law*, IX ed., Mytholmroyd, Sweet & Maxwell, 2021.

¹⁴ U.S. Supreme Court, *Goldberg v Kelly*, 397 US, 1970, p. 254; Id., *Board of Regents of State College v Roth*, 408 US, 1972, p. 564.

mine whether they existed in the instant case. Thus, Lord Coke CJ stated that,¹⁵

«[H]e has a freehold in his freedom for his life, and with others, in their politic capacity, has an inheritance in the lands of the said corporation, and interest in their goods, and perhaps it concerns his trade and means of living, and his credit and estimation; and therefore the matter which shall be a cause of his disfranchisement, ought to be an act or deed, and not a conation, or all endeavour, which he may repent of before the execution of it, and from whence no prejudice ensues».

3. Hearing: Applicability

It is common within legal orders to distinguish the applicability of a right to a hearing, from the content of the right, assuming that it is triggered. This duality was evident in the historic case law. Issues concerning applicability will be considered here, followed by discussion of content in the section that follows.

3.1. Scope of Application: Public Bodies, Clubs and Associations

James Bagg's Case was authoritative in later cases, and provided the foundation for the development and application of the rights to a hearing.¹⁶ It was held applicable in a wide range of circumstances, where the interest of the claimant was deemed sufficient to trigger the right to a hearing. Particular types of case will be examined below.

It is, however, important at the outset to stress the breadth of application of natural justice, in terms of the right to a hearing. It was applicable to all public bodies, broadly conceived. By the mid-19th century it was commonplace for case law to be framed in terms of the right to a hearing being applicable in all instances where there was some judicial, or quasi-judicial form of decision-making, and these terms were broadly construed. This central principle was articulated and applied in *Capel*, and reiterated and applied in the *Hammersmith Rent-Charge* case, *Bonaker* and *Cheshire Lines Committee*.¹⁷ This mid-19th century jurisprudence drew on earlier case law exemplifying application of these criteria. There was also some reference to invasion of property interests, which was also widely interpreted.

It is equally important to stress that hearing rights were not confined to public bodies. They were also applied to a wide array of private associations and clubs. The divide between the public and the private, which is so significant in many civil law re-

¹⁵ Court of the King's Bench, *Bagg's Case*, cit., p. 98b.

¹⁶ See, e.g., *Brownlow v Cox and Mitchell*, 3 Bulstrode 1615, p. 32; *Campions Case*, 2 Sid. 1658, p. 97; *R v Benn*, 6 T.R., 1795, p. 198; *Harper v Carr*, 7 T.R. 1797, p. 270; *R. v The Company of Fishermen of Faversham*, 8 T.R. 1799, p. 352.

¹⁷ *Capel v Child*, 2 C. & J., 1832, p. 558; *In re Hammersmith Rent-Charge*, 4 Ex., 1849, p. 87; *Bonaker v Evans*, 16 Q.B., 1850, p. 163; *R. v Cheshire Lines Committee*, L.R. 8 Q.B., 1872-73, p. 344. Compare *Ex p Death*, 18 Q.B., 1852, p. 647.

gimes, did not occupy centre stage in the common law tradition. It was standard practice for judges to borrow concepts developed in one domain and apply and/or adapt them to the other. This legal inclination was fuelled by uncertainty as to the factual boundaries between the public and the private, and by commonality of language between the two domains. This is exemplified by *Faversham*, which like *Bagg*, concerned disenfranchisement of a freeman.¹⁸ However, in this instance the claimant was a freeman of a company of Kentish fishermen dealing, *inter alia*, with rules as to oyster fishing, which were enforced through a Water Court established by the company. Lord Kenyon CJ applied the precepts of the right to be heard, and the same is true for other cases concerning clubs and associations.

*Innes*¹⁹ concerned the Caledonian Society of London, the objects of which were the extension of education in Scotland, and the preservation of the ancient Caledonian costume. The court acknowledged that it was open to such a society to make any rules concerning admission and expulsion to which members would have to conform. Lord Denman CJ held that any such expulsion must, however, be preceded by notice and an opportunity to respond to the reasons why the society sought to expel the claimant. Thus, notwithstanding that the claimant was alleged to have used menacing language to another member of the society, the expulsion was invalid and he was still a member. The court held that «no proceeding in the nature of a judicial proceeding can be valid unless the party charged is told that he is so charged, is called on to answer the charge, and is warned of the consequences of refusing to do so».²⁰

The same reasoning is evident in *Wood*.²¹ In this instance the association was a mutual insurance society, which insured members against losses to ships and cargo. The committee of the society had power to exclude a member if, *inter alia*, his conduct was deemed to be suspicious. The plaintiff, who had been a member of the society was then excluded by committee decision. He argued that the exclusion was wrongful, and motivated by desire to deprive him of the indemnity for losses to which he would have been otherwise entitled. His claim for damages failed, because the expulsion was held invalid for failure to accord him a hearing, with the consequence that he was still a member of the society and could claim thereunder. Kelly CB held that the mutual insurance society was bound to exercise its powers in accordance with the *audi alteram partem* principle, which was «not confined to the conduct of strictly legal tribunals, but is applicable to every tribunal or body of persons invested with authority to adjudicate upon matters involving civil consequences to individuals».²²

The *Dawkins* case,²³ decided a few years later, applied the same legal precept. It concerned the expulsion of the plaintiff from the Travellers Club, who had sent a pamphlet complaining of the conduct of another member to his official address. The pam-

¹⁸ *R. v The Company of Fishermen of Faversham*, cit., 16.

¹⁹ UK High Court, *Innes v Wylie*, 1 Car. & K., 1844, p. 257.

²⁰ *Ibidem*, p. 263.

²¹ Exchequer Division, *Wood v Woad*, L.R. 9 Ex., 1873-74, p. 190. See also, *Blisset v Daniel*, 10 Hare, 1853, p. 493.

²² *Ibidem*, p. 196.

²³ UK Court of Appeal, *Dawkins v Antrobus*, 17 Ch. D., Court of Appeal, p. 615.

phlet was enclosed in an envelope on the outside of which was printed «Dishonourable Conduct of S». The committee of the Club sought an explanation from the plaintiff, which he refused to provide, after which he was expelled. The Court of Appeal held that the Travellers Club was bound to observe the rules of natural justice, but that it had done so through the provision of ample notice to the plaintiff, who had refused to respond to their inquiries.²⁴

The same principle was propounded in *Fisher*,²⁵ although the decision on the facts went against the Army and Navy Club. The court held that the committee of a club, being a quasi-judicial tribunal, was bound, in proceeding under their rules against a member of the club for alleged misconduct, to act according to the ordinary principles of justice, and should not expel a club member without giving him due notice of their intention to proceed against him, and affording him an opportunity of defending his conduct. An expulsion that did not comply with such requirements would be null and void. In giving judgment against the Club, Jessel MR emphasized the instrumental value of providing a hearing, since the committee that expelled the plaintiff had failed to take account of evidence, including an apology by the member, which would have been evident if a hearing had been given.

The decision of the House of Lords in the *Saddlers* case²⁶ provides further evidence of the reach of the right to be heard. The case is interesting since it did not concern a club or mutual association, but a trade association in the form of a corporation set up pursuant to a Charter, and violation of a bye-law made by the Saddlers' Corporation. The case concerned dismissal from an office within the corporation. The House of Lords held that this was unlawful, *inter alia*, because of a failure to hear the affected person prior to dismissal.²⁷

It is interesting to reflect on the rationale for the application of natural justice in such cases. There are some cases where it is arguable that the plaintiff had a proprietary interest as a result of club or association membership, which provided the normative foundation for the right to a hearing prior to expulsion. This was arguably the case in *Wood*,²⁸ given the nature of the mutual insurance society. This rationale is, however, not readily applicable in the other leading cases, nor in truth does it cohere with the reasoning in *Wood* and the other decisions. The principal reason given for the application of natural justice is the judicial or quasi-judicial nature of the proceeding, and these concepts were broadly interpreted. This reasoning underpinned all decisions, including that in *Wood*. Kelly CB²⁹ drew on the judgment of Parke B in the *Hammer-smith Rent-Charge* case, who held that it had «long been a received rule in the administration of justice, that no one is to be punished in any judicial proceeding unless he

²⁴ *Ibidem*, pp. 629-631.

²⁵ *Id.*, *Fisher v Keane*, 11 Ch. D., 1878, p. 353. See also, *Id.*, *Labouchere v Earl of Wharnccliffe*, 13 Ch. D., 1879, p. 346.

²⁶ House of Lords, *R. v Saddlers Co*, 10 H.L.C., 1863, p. 404.

²⁷ *Ibidem*, pp. 459, 461, 471.

²⁸ Exchequer Division, *Wood v Wood*, *cit.*

²⁹ *Ibidem*, pp. 196-197.

has had an opportunity of being heard». ³⁰ There were, nonetheless, cases in which this rationale was combined with the proprietary foundation for due process. This is exemplified by the reasoning of Bayley B in *Capel*, who held that he knew «no case in which you are to have a judicial proceeding, by which a man is to be deprived of any part of his property, without his having an opportunity of being heard». ³¹

3.2. Scope of Application: Adjudication and Rulemaking

The paradigm situation for the right to be heard concerns adjudication, in some shape, manner or form. It is a single administrative decision addressed to a particular individual or individuals. This was as true in the 17th-19th century as it is in the 20th and 21st. There is also debate as to how far the right to be heard should pertain to cases of a more legislative nature, where the challenged measure takes the form of a rule or something akin thereto. This is not the place to rehearse the arguments on this issue. Suffice it to say that modern UK administrative has not looked kindly on arguments that the right to be heard should be applicable in the context of rulemaking. ³² Nor have other jurisdictions. The EU draws a sharp distinction between hearing rights in relation to adjudication and rulemaking. ³³ The US does have procedures that pertain to rulemaking, but these are grounded in statute in the form of the Administrative Procedure Act 1946, and constitutional due process does not, by way of contrast, apply to rulemaking. ³⁴

The common law did not historically furnish protection for the right to be heard in relation to rules of a legislative nature. In this respect, there is commonality between then and now. There is, however, an important difference. There was, and is, provision for a right to be heard in relation to private bills, and contentious cases are decided by the Court of Referees, ³⁵ which has 12 members, with 3 constituting a quorum. The composition and jurisdiction of the Court of Referees is regulated through Standing Orders. ³⁶ The Court of Referees considers the rights of a petitioner to argue against a private bill in cases where the promoters of the bill challenge that right.

The crucial difference between then and now is that in the modern day it rarely meets, the last occasion being in 2016. This is in stark contrast to the past, when it met frequently. Nor was this difference fortuitous. It reflects the difference in the prevalence of public and private bills in laying down the legislative regulatory framework. This was consid-

³⁰ *In re Hammersmith Rent-Charge*, 4 Ex., 1849, pp. 87, 96.

³¹ *Capel v Child*, 2 C. & J., 1849, pp. 558, 579.

³² *Bates v Lord Hailsham*, 1 WLR, 1972, p. 1373; *R. v Devon CC, ex p. Baker*, COD 138 QBD, 1993; *R. (BAPIO Action Ltd) v Secretary of State for the Home Department*, EWCA Civ, 1993, pp. 1139, 1143-1146, affirmed on different grounds, 1 AC, 2008, p. 1003. Compare *R. v Liverpool Corporation, ex p Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, 2 QB, 1972, p. 299.

³³ P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, III ed., 2018, ch. 11.

³⁴ U.S. Supreme Court, *Bi-Metallic Investment Co v State Board of Equalization of Colorado*, 239 US, 1915, p. 441.

³⁵ *Court of Referees*, in UK Parliament, MPs' Guide to Procedure; *The Court of Referees*, in UK Parliament, *Erskine May*.

³⁶ House of Commons, Standing Orders 2019, Private Business, SO 89-102 (HC 6, 2019).

ered in detail in an earlier chapter,³⁷ which explained the balance between general and local measures. The numerical and substantive importance of local regulatory measures embodied in private bills in the 17th-19th century cannot be underestimated.

The salient point from the perspective of the right to be heard is equally important. The cases decided by the Court of Referees were published in specialist law reports.³⁸ The formal focus of the case was on *locus standi*, which in this context connoted whether the particular person or company was sufficiently affected by the proposed measure to be able to petition about it. The substantive impact of the decisions was a right to be heard as to the terms of the proposed bill, and the language of hearing rights is a common feature in the reports. The reality is, therefore, that if the claimant was deemed to have *locus standi*, it would then have process rights to comment on the content of the proposed bill. It did not mean that its arguments would necessarily be successful, thus was it ever so. This should not mask the fact that the parliamentary procedure, policed by the Court of Referees, gave those who surmounted the *locus standi* hurdle some due process in the making of legislation. The precise focus of petitioners' arguments perforce varied. In some instances, they opposed the entire bill; in others, argument was focused on a particular clause; in yet other cases, they sought the addition of clauses protecting their interests. Parliament has always been able to grant consultation or participation rights in a particular statute if it wished to so, and courts have been good at enforcing such rights. However, the difference was that the procedure described above, grounded in parliamentary standing orders, was of generalized application to private bills.

3.3. *Imposition of Burdens: Dismissal*

Many cases concerned dismissal from office, and in a number the facts were, as in *James Bagg's Case*, colourful.

Gaskin concerned the dismissal of a parish clerk, who sought mandamus and restoration to his position. The reason for the dismissal was that the clerk had been guilty of «indecent and indecorous conduct» on several occasions; he was found on a «certain day intoxicated during divine service, and incapable of performing his office»; and moreover «he officiated in an improper part of the church».³⁹ Counsel for the parish clerk argued that his client had been given no opportunity to provide a defence to these charges. Counsel for the parish authorities sought to rely on case law that was said to indicate that a hearing was not necessary in such circumstances.

Lord Kenyon CJ was unconvinced by the argument of counsel representing the parish. He did not accept that the cases relied on to deny the need for a hearing were authority for that proposition. His conclusion was informed by consideration of principle,

³⁷ See Ch 2.

³⁸ See, e.g., F. Clifford, P.S. Stephens, *Practice of the Court of Referees on Private Bills in Parliament*, London, Butterworths, 1870; F. Clifford, A.G. Rickards, *Cases Decided during the Sessions 1873-[1884] by the Court of Referees on Private Bills in Parliament*, London, Butterworths, 1885.

³⁹ *R. v Gaskin*, 8 TR, 1799, p. 209. See also, *R. v Smith*, 5 Q.B., 1844, p. 614; *Ex P Ramshay* 18 Q.B., 1852, p. 173; *Fisher v Jackson*, 2 Ch. 1891, p. 84.

stating that «if we were to hold this return to be sufficient, we should decide contrary to one of the first principles of justice, *audi alteram partem*».⁴⁰ Lord Kenyon CJ ‘trembled’ at the consequences of compromising the principle, and while he had no doubt that Gaskin had acted from the best motives in dismissing the parish clerk, he held that this should be done in compliance with the right to be heard, which could establish whether the charges levied were true.

The House of Lords’ decision in the *Saddlers’* case is a further example of the same principle, and is interesting because it was applied to a chartered corporation. The Saddlers’ Company had a Charter dating back to the reign of Charles II. It provided, *inter alia*, for the appointment ‘from among the freemen of the company practising the art or mystery of saddlers’ of wardens and assistants of the company. They had various duties, including sitting on the company’s Court of Assistants. Dinsdale was duly chosen as an assistant, but was then dismissed without notice, for violation of a company by-law, barring those who had been bankrupt from membership of the Court of Assistants. The House of Lords held this to be unlawful. Lord Cranworth held that it «is impossible to contend that a person validly elected and admitted a member of the court, could behind his back, and without notice, be removed from his office»,⁴¹ and Lord Westbury and Lord Wensleydale reasoned to like effect.⁴²

3.4. Imposition of Punishment: Criminal Cases

The right to be heard was, not surprisingly, protected in criminal cases. In *Gaskin*, Lord Kenyon CJ stated that the right to be heard was at the ‘head of our criminal law’.⁴³ This sentiment was repeated in *Ford*, where it was held that the requirement for notice and a hearing was a condition precedent for a lawful conviction for violation of the Statute of Deer Stealing.⁴⁴ The principle was reiterated in *Simpson*, where Parker CJ held that natural justice always required the party charged with any offence to be heard before he was condemned, subject to an exception where the failure to be heard was a result of the accused’s own default, since otherwise, every criminal might avoid conviction. The law therefore required the magistrate to give the accused some opportunity to appear, and if upon such notice he neither came nor sent sufficient excuse, the magistrate could proceed to judgment.⁴⁵

Criminal punishment could occur in a plethora of ways, including pursuant to the poor law. In *Angell*,⁴⁶ Berkshire justices were acting pursuant to their statutory duty to find vagrants. They identified a person as a pauper, and ordered his removal to the parish where he was settled. He nonetheless returned to another parish, which led the de-

⁴⁰ Ibidem, p. 210.

⁴¹ House of Lords, *R. v Saddlers Co*, cit., p. 461.

⁴² Ibidem, pp. 449, 471. See also, *Osgood v Nelson*, L.R. 5 H.L., 1872, p. 636.

⁴³ *R. v Gaskin*, cit., p. 210.

⁴⁴ *R. v Ford*, 12 Mod., 1707, p. 453.

⁴⁵ *R. v Simpson*, 1 Str. 1717, p. 44; *R v Aikin*, 3 Burr., 1765, p. 1785.

⁴⁶ *R. v Angell*, Cas. T. Hard., 1735, p. 125.

fendant magistrate to commit him to a house of correction for three days. This was held to be unlawful, because the pauper was given no hearing before this commitment.

3.5. *Imposition of Burdens: Civil Actions*

Natural justice also played a significant role in civil actions broadly conceived. Thus, in *Plews and Middleton*⁴⁷ Lord Denman held that an arbitral award should be set aside for failure to comply with natural justice, the infirmity being that the facts had been ascertained by one arbitrator separate from the other, that a witness had been examined in like manner and that the arbitration had been conducted separate from the parties. Similarly, in *Eastern Counties Railway*,⁴⁸ it was held that when an arbitrator relied on accountants, the report of the latter constituted evidence on which either party had a right to be heard, and that the final award was made in undue haste without affording this opportunity.

The decision in *Capel* is indicative of the importance of an adequate hearing.⁴⁹ Legislation empowered a bishop who believed that ecclesiastical duties were not being properly performed to impose a 'requisition', whereby the incumbent vicar would be charged with the cost of a curate, who would then ensure that such duties were adequately performed. The vicar denied that there was any reason for the requisition. The court found in his favour and held the requisition invalid for failure to accord a proper hearing. Lord Lyndhurst CJ expressed the point in strident tones.⁵⁰

«[A] party has a right to be heard for the purpose of explaining his conduct; he has a right to call witnesses, for the purpose of removing the impression made on the mind of the bishop; he has a right to be heard in his own defence. On consideration, then, it appears to me that, if the requisition of the bishop is to be considered a judgment, it is against every principle of justice, that that judgment should be pronounced, not only without giving the party an opportunity of adducing evidence, but without giving him notice of the intention of the judge to proceed to pronounce the judgment».

The scope of ecclesiastical authority was in issue once again in *Bonaker*,⁵¹ where a bishop had ordered the revenue due to a vicar from a parish, in terms of tithes and the like, to be sequestered by the Consistory Court because the vicar had not resided in the parish. Nothing daunted the vicar brought a restitutionary action for money had and received against the sequestrator. He succeeded on the ground that the sequestration had issued without notice given to the vicar as to why it should not issue, and the Court of Exchequer Chamber held that this was essential before the sequestration could proceed. Parke B held that,⁵²

⁴⁷ *In the Matter of an Arbitration between Henry Plews and Thomas Middleton*, 6 Q.B., 1845, p. 846.

⁴⁸ *In the Matter of the Arbitration between the Eastern Counties Railway and the Eastern Union Railway Company*, 3 De G.J. & S., 1863, p. 610.

⁴⁹ *Capel v Child*, cit.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 574.

⁵¹ *Bonaker v Evans*, cit.

⁵² *Ibidem*, p. 171.

«[N]o proposition can be more clearly established than that a man cannot incur the loss of liberty or property for all offence by a judicial proceeding until he has had a fair opportunity of answering the charge against him, unless indeed the Legislature has expressly or impliedly given an authority to act without that necessary preliminary».

3.6. *Deprivation of Rights and Benefits: Personal and Proprietary Rights and Interests*

Natural justice was applicable not only in cases where a burden was imposed, but also in cases where the claimant was deprived of a right or benefit, as occurred in the *University of Cambridge* case, also known as *Bentley's* case.⁵³ It arose when Cambridge University degraded the doctoral degree held by Dr Bentley, who had spoken 'contemptuously' of the University Court and the Vice-Chancellor. Bentley sought mandamus to restore the degree.

Fortescue J began his judgment by noting the nature of Dr Bentley's interest. He acknowledged that a University degree was only a civil honour, but reasoned that «yet interest and property being the consequence of such degree, the Court considers it as such with all its attendances».⁵⁴ He was doubtful whether the University Court had any power to degrade the doctoral degree, but held that in any event its action violated natural justice.⁵⁵

«Neither does it appear that Dr. Bentley was ever summoned to answer this contempt; and it is against natural justice to deprive a man of his right before he is heard; therefore if there was a custom so to do, such custom would be absolutely void; and it is a thing of daily experience to grant prohibitions to Spiritual Courts, if they deny the defendants a copy of the libel, because such denial is against natural justice».

Fortescue J concluded with a biblical reference, noting that he had «heard a learned civilian say, that God himself would not condemn Adam for his transgression until he had called him to know what he could say in his defence», opining that «such proceeding is agreeable to justice».⁵⁶

The importance attached to natural justice in the protection of proprietary interests is apparent in the seminal decision in *Cooper*,⁵⁷ which drew on the reasoning in the *University of Cambridge* case. The plaintiff brought an action in trespass against the district board of works that had demolished his partially built house. The district board of works argued by way of defence that statute gave it power to order such demolition, *inter alia*, when the property had been built without giving seven days notification of intention to build, which the plaintiff had not done. The plaintiff counter-argued that

⁵³ *R. v University of Cambridge*, 8 Mod., 1723, p. 148.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 163.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 163.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 164.

⁵⁷ *Cooper v Wandsworth Board of Works*, 14 C.B. (N.S.), 1863, p. 180.

the literal wording of the statute should be read subject to the precept that a person should not be deprived of his property without being afforded a hearing.

The court agreed. Erle J emphasized the breadth of the power claimed by the district board of works and the dramatic consequence of its exercise, since it could lead to demolition of a completed house of any value. His reasoning spoke to the instrumental justification for hearing rights, in that he proffered a number of situations where a person might have tried unsuccessfully to comply with the legislative requirement, which the provision of a hearing would have revealed.⁵⁸ It is also noteworthy, in the light of subsequent case law, that Erle J rejected an argument that the district board of works' act was not judicial, and therefore did not have to comply with natural justice. Erle J rightly held that natural justice had been deemed applicable to «many exercises of power which in common understanding would not be at all more a judicial proceeding than would be the act of the district board in ordering a house to be pulled down».⁵⁹ Willes J held that the any tribunal broadly conceived whose power impacted on property rights was «bound to give such subject an opportunity of being heard before it proceeds»; this rule was «of universal application, and founded upon the plainest principles of justice».⁶⁰ Willes J was willing to characterize the action of the district board of works as being of a judicial nature, and, in common with Erle J, he noted the instrumental justification for granting hearing rights.⁶¹ It was Byles J who pronounced the dictum for which the case is best known. He held that a hearing was required, irrespective of whether the act was classified as judicial or ministerial, although he felt that it fell within the former category, and then continued as follows.⁶²

«That being so, a long course of decisions, beginning with *Dr. Bentley's case*, and ending with some very recent cases, establish that, although there are no positive words in a statute requiring that the party shall be heard, yet the justice of the common law will supply the omission of the legislature».

4. Hearing: Content

4.1. Content: Issue and Method

Modern courts commonly have to grapple with the content of natural justice. They have to decide how much due process is warranted in a particular case. The answer not surprisingly varies, given the heterogeneity of types of case that fall within the remit of administrative law. This will include matters such as the right to notice of the relevant decision; whether there is a right to an oral hearing or only a paper hearing; whether the

⁵⁸ Ibidem, p. 188.

⁵⁹ Ibidem, p. 189.

⁶⁰ Ibidem, p. 190.

⁶¹ Ibidem, p. 192.

⁶² Ibidem, p. 194. See also, *Hopkins v Smethwick Local Board of Health*, 24 QBD, 1890, p. 71.

hearing must precede the relevant decision or whether it can be given thereafter; whether there should be any right to discovery of documents or any right to cross-examination; whether the evidential rules applied in a normal trial should be modified or relaxed in their application to administrative decision-making; whether there can be any contact between the administration and one of the parties prior to the decision being made; whether causation should matter, in the sense that the reviewing court should consider if the hearing would have made a difference to the final outcome; whether there is a right to be represented by a lawyer; whether reasons should be given for the decision; and the meaning to be given to impartiality.

A legal system will also have to decide how to go about deciding these issues. There are a number of options.⁶³ At one end of the spectrum is the all-embracing procedural code, which addresses such matters in detail. At the other end of the spectrum are *ad hoc* judicial decisions, with the courts deciding the issues on a case by case basis. There are various options in between. The courts may develop a general formula through which to determine the content of process rights.⁶⁴ Legislation may stipulate the content of process rights for hearings of a certain type, for example those that are more formal in nature.⁶⁵ The content of hearing rights can alternatively be determined by a mixture of *ad hoc* case law, combined with sector-specific legislation that applies the courts' precepts and fleshes them out.

4.2. Central Core: Notice and Opportunity to Respond

UK courts have grappled with issues concerning the required content of natural justice ever since natural justice and hearings rights were recognized as part of the legal order. It is clear that notice of the hearing, and some opportunity to respond were regarded as integral to the very idea of natural justice. This was made clear in *James Bagg's Case*.⁶⁶

Faversham further emphasized the significance of notice and proof.⁶⁷ Lord Kenyon CJ held that notice encompassed not merely notification prior to the hearing to the person affected, but also adequate notice to those who should take part in the decision-making process. He also held that there was a failure of natural justice where a person was disenfranchised from a company in circumstances where the charge on which this was based was not proven. There can nonetheless be instances where the right to notice is qualified

⁶³ P. Craig, *Perspectives on Process: Common Law, Statutory and Political*, in *Public Law*, 2, 2010; J.-B. Auby (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, Bruylant, 2014; G. Della Cananea, *Due Process of Law beyond the State: Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁶⁴ See, e.g., U.S. Supreme Court, *Mathews v Eldridge*, 424 US, 1976, 319.

⁶⁵ This is the methodology for formal adjudication and formal rulemaking under the Administrative Procedure Act 1946 in the USA.

⁶⁶ Court of the King's Bench, *Bagg's Case*, cit.; *R. v Truebody*, 2 Ld. Raym., 1707, p. 1275; *R. v Venables*, Fortescue, 1725, p. 324; *R. v Manning*, 2 Keny, 1757, p. 561; *In the Matter of William Blues*, 5 El. & Bl., 1855, p. 291; *Wayman v United Brethren Friendly Society*, 1 KB, 1917, p. 677.

⁶⁷ *R. v The Company of Fishermen of Faversham*, cit., p. 356.

by an agreement. This was so in *Vallee*,⁶⁸ where the defendant sought to resist enforcement of a judgment of a French court on the ground that he had not received notice of the action, nor was he resident in France. However, he was a shareholder in a French company, which required him to elect a domicile in France, and he was duly served there with notice of the French law suit. Alderson B duly held that it was «not contrary to natural justice that a man who has agreed to receive a particular mode of notification of legal proceedings should be bound by a judgment in which that particular mode of notification has been followed, even though he may not have had actual notice of them».⁶⁹

The hearing had to be adequate, but this did not always demand an oral hearing. A written hearing could suffice, as was the case for a hearing by a University Visitor in the *Bishop of Ely* case.⁷⁰ The courts were, nonetheless, generally assiduous in ensuring that the hearing was fit for purpose, in the sense of addressing the issues raised by the claimant. This is exemplified by the *Archbishop of Canterbury* case.⁷¹ Poole, an assistant curate had his licence revoked by the Bishop, and then appealed, as entitled, to the Archbishop. The latter heard the appeal, but only considered the grounds addressed by the Bishop and did not take further evidence. The court held that this did not suffice for a hearing. Wightman J reasoned as follows.⁷²

«That is not a “hearing” of the appeal. It is said that the petitioner has, in effect, been heard. That, however, is not so. The very object of the appeal is to contest the validity of the grounds of condemnation; to contend, in fact, that the *prima facie* case made out against the appellant is not a good one. But all that the Archbishop looks at is this *prima facie* case».

The need to ensure the adequacy of the hearing is further evident in *Capel* considered above, where the court laid considerable stress on the fact that the hearing must enable the claimant to contest the claims made against him. The court also addressed an issue that is endemic in natural justice cases, as to whether an appeal can cure an infirmity in an earlier hearing. The court was adamant in this regard.⁷³

«I apprehend the right to appeal to the Archbishop makes no difference in this case. Where there is an authority to pronounce a judgment, and an appeal is given from that judgment when it is pronounced, the party against whom the judgment is pronounced has a right to be heard on the original judgment: he has a right to be heard before the original judgment is pronounced, for the purpose of preventing that judgment from being pronounced; and the circumstance of its having been given makes in that respect, as I apprehend, no difference whatever».

⁶⁸ *Vallee v Dumergue*, 4 Ex., 1849, p. 290.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 303.

⁷⁰ *R. v Bishop of Ely*, 5 T.R., 1794, p. 475.

⁷¹ *R. v Archbishop of Canterbury*, 1 El. & El., 1859, p. 545.

⁷² *Ibidem*, p. 560. See also, *R. v Daly*, 1 Ves. Sen., 1749, 269.

⁷³ *Capel v Child*, *cit.*, p. 576.

4.3. *Hearing Rights: Sufficiency*

The more particular demands of natural justice arose in many cases. In *Sheehy*, the court was concerned with the sufficiency of the hearing rights provided in Ireland for the purposes of the application of that judgment in the UK.⁷⁴ Erle J held that if he had been satisfied that the defendants in the original suit never were in court so as to have an opportunity of being heard in their defence, «it might have been necessary to consider whether a judgment pronounced against them was not so contrary to natural justice that it ought not to be held binding and conclusive against them in this country».⁷⁵ However, having examined the relevant statutory provisions concerning service on corporations, he concluded that they had been properly complied with and that there was no failure in natural justice.

In *Story*,⁷⁶ the salient issue was the sufficiency of the hearing before a Consistorial Court, which heard an action by the claimant's wife for restitution of conjugal rights. The claimant sought prohibition to resist the resulting judgment, claiming a failure of natural justice. He had been heard, but argued that there had been a failure of natural justice because he had not been told the time and place when judgment would be given. The court rejected the claim, holding that natural justice did not demand such information.

In *Hayley*, the court was concerned with the right to be represented by counsel in circumstances where the barrister had fallen ill. It was argued that there was no instance of a trial being put off on account of the illness of the attorney for one of the parties. However, Lee CJ held that «whether there be such an instance or not, it would be contrary to natural justice that a party should be compelled to have his cause tried, when the attorney, who has all along had the management thereof, is prevented by sickness from attending the trial».⁷⁷

The decision in *Osgood* emphasized the importance attached to the provision of a hearing prior to dismissal.⁷⁸ The case concerned dismissal of an officer who held a freehold post within the City of London corporation. The House of Lords, acting on the advice of judges from lower courts, held that it would not readily interfere with the substantive decision as to whether the office holder should be removed from his post, but that it would ensure that hearing rights were provided and these were interpreted broadly in the instant case. There had to be notice of the charge; the opportunity to cross-examine witnesses brought forward against him; the opportunity more generally to oppose the case set up against him; the ability to call his own witnesses; and more broadly the opportunity of defending himself.⁷⁹

⁷⁴ *Sheehy v The Professional Life Assurance Co*, 3 C.B. (N.S.), 1857, p. 597. See also, *Buchanan v Rucker*, 1 Camp., 1807, p. 63; *Cavan v Stewart*, 1 Stark, 1816, p. 525; *Becquet v MacCarthy*, 2 B. & Ad., 1831, p. 951; *Price v Dewhurst*, 8 Sim, 1837, p. 279; *Reynolds v Fenton*, 3 C.B., 1846, p. 187; *Crawley v Isaacs*, 16 LT, 1867, p. 529.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 614.

⁷⁶ *Ex p Story*, 12 C.B., 1852, p. 767.

⁷⁷ *Hayley v Grant*, Sayer, 1752, p. 53.

⁷⁸ *Osgood v Nelson*, L.R. 5 H.L., 1872, p. 636.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 646, 650.

Hearing rights were not always defined this broadly, and the court was mindful of the nature of the person making the decision when deciding on the type of hearing that was required. This is exemplified by *Spackman*, which concerned who should determine the boundaries in which allowable building extension could take place. The House of Lords rightly decided that the architect attached to the Board of Works was properly assigned this power, not a magistrate.⁸⁰ The Lord Chancellor duly framed the required hearing rights cognizant of the fact that the architect was not a judge in the ordinary sense of that term, but that he should nonetheless give notice and some opportunity for response.

5. Bias: Foundations

Dr Bonham's case⁸¹ decided in 1609 is most oft-cited for Lord Coke's dictum as to the court's power to declare void or disregard statutes that offended against common right or reason, or that were morally repugnant. This dictum did not fall on fertile judicial soil. It provoked a fierce response from Lord Ellesmere in his observations on Coke's Reports. He chastised Lord Coke for making this claim, saying that there was no precedent for doing so, and Lord Ellesmere was equally critical about the court's interpretation of the statute in the instant case.⁸² The legal reality is that UK courts did not develop this aspect of the judgment and have not exercised the power of constitutional review.

Subsequent courts have, however, been receptive to that part of the judgment in which Coke CJ elaborated on the other central principle of natural justice, the rule against bias, which is contained in the *nemo iudex* principle. It was forcefully expressed in the instant case. Thus, in determining whether the College of Physicians had the power to fine and imprison Dr Bonham, Coke CJ made clear that a person could not be a judge in his or her own cause.⁸³

«The censors cannot be judges, ministers, and parties; judges to give sentence or judgment; ministers to make summons; and parties to have the moiety of the forfeiture, *quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum et aliquem suae rei esse judicem*; and one cannot be Judge and attorney for any of the Parties».

This central principle was powerfully reaffirmed by Holt CJ in *City of London v Wood*, which concerned the enforcement of a debt for breach of a bye-law.⁸⁴ The defendant objected, *inter alia*, because the mayor was both prosecutor and judge. Holt CJ shared his misgivings.⁸⁵

⁸⁰ *Spackman v Plumstead Board of Works*, 10 App. Cas., 1885, pp. 229, 240. See also, *De Verteuil v Knaggs*, AC, 1918, p. 557.

⁸¹ Court of King's Bench, *Dr Bonham's Case*, 8 Co. Rep., 1609, p. 113b.

⁸² *Ibidem*, p. 118a, fn C.

⁸³ *Ibidem*, p. 118a.

⁸⁴ *City of London v Wood*, 12 Mod., 1701, p. 669.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 687.

«But the true great point is, that the Court is held before the mayor and aldermen, and the action brought in the names of the mayor and commonalty; and that very man, who is head of the city, and without whom the city has no ability or capacity to sue, is the very person before whom the action is brought; and this cannot be by the rules of any law whatever, for it is against all laws that the same person should be party and Judge in the same cause, for it is manifest contradiction; for the party is he that is to complain to the Judge, and the Judge is to hear the party; the party endeavours to have his will, the Judge – determines against the will of the party, and has authority to enforce him to obey his sentence: and can any man act against his own will, or enforce himself to obey? The Judge is agent, the party is patient, and the same person cannot be both agent and patient in the same thing; but it is the same thing to say that the same man may be patient and agent in the same thing, as to say that he may be Judge and party; and it is manifest contradiction».

Interestingly Holt CJ shared Coke CJ's view as to the limits of parliamentary sovereignty. Holt CJ held that a court could set aside a statute that sought to make a person judge in his own cause.⁸⁶ He also voiced sentiments in rather modern sounding tones, stating that while an Act of Parliament can do no wrong, 'it may do several things that look pretty odd'.⁸⁷

6. Bias: Application

Dr Bonham's case became the cornerstone for development of the rules against bias, in the same way that *James Bagg's* case was foundational for the right to a hearing. Later courts fleshed out the contours of the rule against bias. A central issue was the degree of interest that a person must have to be caught by the *nemo iudex* principle.

6.1. Bias: Breadth of Application

The decision in *Hesketh* revealed the breadth of application of the *nemo iudex* principle.⁸⁸ The case took the form of an action in debt, allegedly incurred for breaking a bye-law, by keeping a shop within the City of Chester, not being a freeman. The bye-law was said to be based on a custom precluding any person who was not a freeman from keeping any shop within the City. The initial action for recovery of the debt was heard by the Portmote-Court, which was held before the mayor, and prosecuted by the plaintiffs, as treasurers of the city. The defendant denied that he owed the debt, which led to a trial before a jury composed of twelve freemen of the city. The defendant in turn challenged the composition of the jury, on the ground that they were interested in the outcome.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 688.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 688.

⁸⁸ *Hesketh v Braddock*, 3 Burr, 1779, p. 1847.

Lord Mansfield agreed. The custom and bye-law were designed to secure a monopoly to the freemen for selling within the City, with the consequence that every freeman had an interest in the outcome, irrespective of whether he had a share in the penalty. For Lord Mansfield, ‘the incapacity arises from his bias in the particular facts he is to try; and whatever be the facts which that bias touches, he is incapable of trying those facts’.⁸⁹ This precept was not open to modification based on the extent of the interest.⁹⁰

«There is no principle in the law more settled than this—that any degree, even the smallest degree of interest in the question depending, is a decisive objection to a witness, and much more to a juror, or to the officer by whom the jury is returned.

The law has so watchful an eye to the pure and unbiassed administration of justice, that it will never trust the passions of mankind in the decision of any matter of right. If, therefore, the sheriff, a juror or a witness be in any sort interested in the matter to be tried, the law considers him as under an influence which may warp his integrity or pervert his judgment; and therefore will not trust him.

The minuteness of the interest will not relax the objection. For, the degrees of influence cannot be measured: no line can be drawn, but that of a total exclusion of all degrees whatsoever.

In the present case, every member of the corporation was evidently interested in the very issue to be tried. For, the custom ‘to exclude all strangers from trading in the city,’ is the main foundation of the action: it is the only ground upon which such a bye-law could, in any case be valid. For, a bye-law ‘to exclude’, without a custom to support it, would be void, as an illegal restraint upon the common right of the subject».

6.2. Bias: Pecuniary and Non-Pecuniary Interests

The courts continued to grapple with the degree of interest that would trigger the *nemo iudex* principle in subsequent cases. They tempered the force of *Hesketh* by drawing a distinction between cases where the interest was pecuniary, where any such interest would be regarded as a ground for disqualification; and other interests, where there would be inquiry as to the likelihood of bias.

The courts insisted that any pecuniary interest disqualified the decision-maker. Thus, in *Dimes*⁹¹ the House of Lords reversed a decision made by the Lord Chancellor, Lord Cottenham, when the latter had affirmed decrees by the Vice-Chancellor in relation to a company in which the Lord Chancellor held shares. There was no imputation of actual bias against Lord Cottenham, but it was held that the principle that no man can be a judge in his own cause must be sacred.

The distinction between pecuniary and non-pecuniary interests was at the forefront

⁸⁹ Ibidem, p. 1857.

⁹⁰ Ibidem, p. 1856. See also, *The Company of Mercers and Ironmongers of Chester v Bowker*, 1 Strange, 1726, p. 640; *Ex p. Medwin*, 1 El. & Bl., 1853, pp. 610, 614.

⁹¹ *Dimes v Grand Junction Canal Co Proprietors*, 3 HLC 1852, pp. 759, 793-794.

in *Rand*.⁹² The issue was whether justices who had heard an application for a certificate to enable a water company to take water from certain streams, should be disqualified because of a very remote and indirect connection with the outcome. There was no doubt, said Blackburn J, «that any direct pecuniary interest, however small, in the subject of inquiry, does disqualify a person from acting as a judge in the matter». ⁹³ There was, however, no such interest in the present case, which at most involved a challenge to favour. The criterion for intervention in this latter instance was whether there was a real likelihood that the justice would be biased in favour of one of the parties. ⁹⁴ The court held that there was no such likelihood in *Rand*, but such challenges succeeded in later cases, where the court concluded that the requisite likelihood existed. ⁹⁵

The distinction articulated in *Rand* was developed and applied in later cases. In *Huggins*, a statute prohibited an unqualified pilot from taking charge of a ship where a qualified pilot had offered to do so. In a subsequent action for a penalty, one of the justices hearing the case was a qualified pilot. Wills J emphasized the importance of distinguishing between cases where there was a pecuniary interest; cases where there was no such interest, but there was nonetheless bias; and cases where a person acted as prosecutor and judge. It was, he said, also important to distinguish cases where the decision impugned was made by a judicial tribunal, from that made by an administrative rather than of a judicial body. ⁹⁶ In the instant case, there was no pecuniary interest, nor was there any actual bias, but there was the possibility of a reasonable apprehension of bias, because one of the justices was a qualified pilot.

6.3. Bias: Prosecutor and Judge

Bias could also be manifest when the prosecutor of an offence was also the judge. This occurred directly as in *Shaw*,⁹⁷ where the sanitary committee of a town council instructed the town clerk to prosecute a person and one of the justices before whom he was prosecuted was a member of that committee. The court held that the decision could not stand. The matter can also arise indirectly where the decision-maker belongs to an organisation that initiated the proceeding, but where he himself has taken no part in the decision to prosecute. In *Leeson*,⁹⁸ the General Medical Council had disqualified a doctor for infamous misconduct in a prosecution brought by the Medical Defence Un-

⁹² *R v Rand*, L.R. 1 Q.B., 1866, p. 230.

⁹³ *Ibidem*, p. 232.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 232-233.

⁹⁵ See, e.g., *R. v Cheltenham Commissioners*, 1 Q.B., 1841, p. 467; *R. v Justices of Hertfordshire*, 6 Q.B., 1845, p. 753; *R. v Aberdare Canal Company*, 14 Q.B., 1850, p. 854; *R. v Meyer*, 1 Q.B.D., 1875, p. 173; *R. v Cumberland JJ*, 4 TLR, 1884, p. 294; *R. v. Hain Licensing Justices*, 1966, 12 TLR, p. 323; *R. v Justices of Sunderland*, 2 KB, 1901, pp. 357, 366-368.

⁹⁶ *R. v Huggins*, 1 QB, 1895, pp. 563, 565.

⁹⁷ *R. v Lee, ex p. Shaw*, 9 QBD, 1882, p. 394; *R. v Gaisford*, 1 QB, 1892, p. 381.

⁹⁸ *Leeson v General Council of Medical Education and Registration*, 43 Ch D, 1889, p. 366; *Allinson v General Council of Medical Education and Registration*, 1 QB, 1894, p. 750.

ion, an organisation designed to uphold the character of doctors and to suppress unauthorised practitioners. Two of the 29 who held the inquiry were members of the Medical Defence Union, but not of its managing body. The court found that, looked at in substance and fact, the two Medical Defence Union members on the General Council were not accusers as well as judges and that they could not reasonably be suspected of bias.

7. Hearing and Bias: 20th Century Continuity and Change

7.1. *Continuity: Central Values*

There is then no doubt that there was a developed body of administrative law dating from the 17th century, which enshrined the right to a hearing and the duty of impartiality. They constituted the twin pillars of natural justice. The case law attests to the enduring values and concerns that underpin due process. The courts were mindful of the instrumental and non-instrumental rationales for natural justice. They did not use this precise language, but nor do modern courts.

It is, nonetheless, clear that these rationales informed the foundational case law and its development thereafter. It is clear also that the courts took a broad view of the type of bodies that should be subject to due process, eschewing a rigid public/private divide, and applying natural justice to clubs, mutual associations and trade associations. They were, in addition, cognizant of the need to tailor due process to the nature of the decision-maker, thus speaking to an issue that features prominently in modern case law.

It is then unsurprising that this case law provided a firm foundation for jurisprudence in the 20th century. The remainder of this chapter considers the contours of this case law. The object is not to provide detailed textbook treatment of all aspects of natural justice. It is, as with other chapters, to paint a picture of the continuity and change that informed 20th century developments in this area.

7.2. *Continuity: Breadth of Application*

The courts continued to emphasize the breadth of application of natural justice, and flexibility as to its content depending, *inter alia*, on the nature of the decision-maker.⁹⁹ This is evident from *Rice*, where the Board of Education was challenged on the ground that it had paid differential salaries to teachers in ‘provided’ and ‘non-provided’ schools. Lord Loreburn LC noted that the Board of Education would commonly make decisions of an administrative nature, albeit they could, on occasion, involve issues of law and fact.¹⁰⁰

«I need not add that in doing either they must act in good faith and fairly listen to both sides, for that is a duty lying upon everyone who decides anything. But I do not think they

⁹⁹ See, e.g., *Russell v Duke of Norfolk*, 1 All ER, 1949, pp. 109, 118.

¹⁰⁰ *Board of Education v Rice*, AC, 1911, pp. 179, 182.

are bound to treat such a question as though it were a trial. They have no power to administer an oath, and need not examine witnesses. They can obtain information in any way they think best, always giving a fair opportunity to those who are parties in the controversy for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view».

The courts also affirmed the broad reach of natural justice, in terms of the types of bodies to which it was applicable. This is readily apparent from *Lapointe*, decided by the Privy Council shortly after the turn of the new century.¹⁰¹ A police pension society declined to give a pension to the claimant, and thereby broke its rules specifying that each such application should be considered by the board of the society. Lord Macnaghten was scathing about the board's conduct, labelling it as «most extraordinary», since it listened to «all sorts of stories about Lapointe's past history»; raked up «everything that was against him during his connection with the force»; and then refused the pension without telling him the charges, or giving him any opportunity of defending himself.¹⁰² Lord Macnaghten drew explicitly on the earlier case law that applied natural justice to clubs and associations and struck down the board's decision.¹⁰³

Analogous reasoning was applied in the context of trade unions, as evidenced by *Abbott*,¹⁰⁴ which concerned a hearing by the Cornporters' Committee. The Court of Appeal held that the Committee lacked jurisdiction to determine the particular dispute, but that even were this not so, the hearing was inconsistent with natural justice. The jurisdiction of the Cornporters' Committee was said to be based on contract, express or implied,¹⁰⁵ since, in the words of Denning LJ, «outside the regular courts of this country no set of men can sit in judgment on their fellows except so far as Parliament authorizes it or the parties agree to it».¹⁰⁶ Grounding the jurisdiction of such bodies on contract did not in itself suffice to secure application of the principles of natural justice. This required a further conceptual step, which was to treat compliance with such principles as an implied contractual term, where there was no express provision. Denning LJ, drawing on *James Bagg's* case, furnished the clearest rationale for this conclusion, stating that,¹⁰⁷

«These bodies, however, which exercise a monopoly in an important sphere of human activity, – with the power of depriving a man of his livelihood, must act in accordance with the elementary rules of justice. They must not condemn a man without giving him an opportunity to be heard in his own defence: and any agreement or practice to the contrary would be invalid».

¹⁰¹ *Lapointe v L'Association de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montreal*, AC, 1906, p. 535; *Weinberger v Inglis*, AC, 1919, p. 606.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 538-539.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 539-540.

¹⁰⁴ *Abbott v Sullivan*, 1 KB, 1952, p. 189. See also, *Burn v National Amalgamated Labourers' Union of Great Britain and Ireland*, 2 Ch, 1920, p. 364; *Maclean v The Workers' Union*, 1 Ch, 1929, p. 602; *Lawlor v Union of Post Office Workers*, Ch, 1965, pp. 712, 727-729.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 194, 197.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 197.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 198. See also, pp. 195, 210.

7.3. *Change: Limitation of Application – Inquiries*

The application of natural justice was also limited in the context of inquiries. In *Arlidge*,¹⁰⁸ the House of Lords considered whether an individual should have an oral hearing before the Local Government Board, and whether the person should be entitled to see the report of the hearing inspector in the context of a statutory scheme to determine whether a closing order on a house should be rescinded. Lord Haldane LC upheld the general principles in the *Rice* case, but refused access to the housing inspector's report or to the Board itself: when a matter was entrusted to a department of state or similar body, Parliament should be taken, subject to contrary intent, to have meant that it could follow its own procedure. When, therefore, the Board was entrusted with appeals this did not mean that any particular official should undertake the task, nor was the Board bound to disclose the report.¹⁰⁹ Some of this reasoning can be accepted, but the failure to disclose the report was a severe set-back in the evolution of inquiry procedures, which took long to heal.

7.4. *Change: Limitation of Application – Judicial, Quasi-Judicial and Administrative*

All legal orders have, as noted earlier, to demarcate the types of case where natural justice is required. Whether a particular consideration should inform the applicability of natural justice or its content can, however, be contentious. The difficulties in this regard are exacerbated by the fact that the same language can sometimes be used to determine the scope of natural justice, and on other occasions it can refer to content variation. This ambiguity is evident in the courts' usage of the language of 'judicial', 'quasi-judicial' and 'administrative'.

In the 19th century and earlier the right to a hearing was applied in a number of areas that were administrative. In so far as the terms 'judicial' or 'quasi-judicial' were used, they were automatically implied when a decision affected a person's rights in a broad sense, and/or where there was some element of adjudication.¹¹⁰ The House of Lords had, moreover, acknowledged that natural justice could be applicable where the decision was 'administrative' in nature, although this could then affect the content of the hearing rights provided.¹¹¹ There were, however, 20th century cases where the courts drew a dichotomy between administrative and judicial decisions, took a relatively narrow view of what constituted a 'judicial' or 'quasi-judicial' decision and required this as a condition precedent for a right to a hearing.

¹⁰⁸ *Local Government Board v Arlidge*, AC, 1915, p. 120.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 132-134.

¹¹⁰ See, e.g., *Cooper v Wandsworth Board of Works*, cit.; *Hopkins v Smethwick Local Board of Health*, 24 QBD, 1890, p. 713.

¹¹¹ See, e.g., *Spackman v Plumstead Board of Works*, cit.; *Board of Education v Rice*, cit.; *Local Government Board v Arlidge*, cit.

In *Errington*,¹¹² the relevant legislation gave the local authority power to declare an unhealthy area to be a clearance area, but the order was not binding until confirmed by the minister. The Court of Appeal found that there had been a breach of natural justice, because the minister conferred with the local authority and received further evidence after the close of a public inquiry, but the phrasing of the judgment was nonetheless restrictive. The objection by homeowners to the clearance order was held to have transformed what would have been an administrative determination into one that was quasi-judicial, thereby triggering the prohibition on *ex parte* contacts as part of natural justice.¹¹³

Maughan J had but a few years earlier framed the application of natural justice in terms of contestation between two parties, presided over by a third party.¹¹⁴ He developed this theme on elevation to the Court of Appeal in *Errington*, where he juxtaposed ministerial acts that were «merely acts of administration», for which the only remedy was ‘application’ to Parliament; with ‘quasi-judicial acts’ that were subject to natural justice.¹¹⁵ Maughan LJ decided that the case fell within the latter category because «there was a true contest as between the owners of the property and the local authority», «as between whom the Minister has to come to a determination after consideration». ¹¹⁶

The linkage between an act being deemed quasi-judicial and a dispute or ‘lis’ being joined between the parties was emphasized in other cases, and where the dispute had not yet been joined the applicant was less successful. Thus in *Frost*, Swift J made it clear that he felt that the ministerial powers under the slum clearance legislation should be regarded as purely administrative, with the consequence that natural justice would not apply. However, he acknowledged that he was bound by *Errington*, but distinguished the case on the ground that in *Frost* there had not yet been anything akin to a joinder of a dispute between two parties presided over by the minister, and therefore natural justice did not apply.¹¹⁷

7.5. Change: Limitation of Application – Rights and Privileges

There are some legal issues that transcend legal borders. They are evident in judicial reasoning in different legal regimes. This is as true for erroneous legal reasoning as it is for that which exhibits greater verisimilitude. The advent of the 20th century welfare state posed challenges for the applicability of natural justice. This was more especially so because the welfare state involved an increase in what Charles Reich memorably depicted as the ‘New Property’. In a series of articles, he charted how individuals

¹¹² *Errington v Minister of Health*, 1 KB, 1935, p. 249.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 259, 264, 270.

¹¹⁴ *Maclean v The Workers’ Union*, cit.

¹¹⁵ *Errington v Minister of Health*, cit., pp. 270-271.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 271.

¹¹⁷ *Frost v Minister of Health*, 1 KB, 1935, pp. 286, 290-292. See also, *Offer v Minister of Health*, 1 KB, 1936, pp. 40, 48.

in the US were increasingly reliant on government largesse broadly conceived, in the form of social welfare, licences, government contracts, grants and the like.¹¹⁸

The very title of the articles was informed by the argument that such interests should be regarded as ‘property’, thereby satisfying the requirement of ‘life, liberty or property’ so as to trigger constitutional due process pursuant to the 5th and 14th Amendment. This argument was predicated on the fact that US courts at that time had delimited the reach of constitutional due process to cases where the claimant had a substantive right to the subject matter, whatsoever that might be. The existence of substantive rights was viewed as a necessary condition precedent to procedural rights. The Supreme Court finally scotched this fallacious causality,¹¹⁹ albeit a few years after the same intellectual infirmity had been laid to rest in the UK.¹²⁰ The salient point for present purposes was that UK law was afflicted by the same infirmity.

In *Parker*,¹²¹ the issue was as to whether the applicant was a fit person to continue to hold a cab-driver’s licence. His licence was revoked, after a hearing had been held, but he contended that he had no opportunity to call a witness, who could have rebutted the police’s allegation. Lord Goddard CJ was not impressed. The applicant’s claim for natural justice was denied in part because the proceeding was regarded as disciplinary, to which due process did not attach.¹²² It was also denied because the applicant had no substantive right to the licence, which was conceptualized as a mere permission that could be withdrawn at will. It was, said Lord Goddard CJ, impossible to maintain that the applicant was entitled to any hearing at all.¹²³

«Indeed, leaving out of account such very exceptional things as irrevocable licences granted under seal and possibly licences coupled with an interest, the very fact that a licence is granted to a person would seem to imply that the person granting the licence can also revoke it. The licence is nothing but a permission, and if one gives a man permission to do something it is natural that the person who gives the permission will be able to withdraw the permission. As a rule, where a licence is granted, the licensor does not have to state why he withdraws his permission. Unless he has given a licence for a definite period, thereby giving some contractual right, he can withdraw it».

The same reasoning is evident in *Nakkuda Ali*, where the Controller of Textiles in Ceylon removed the applicant’s licence, having concluded that he was, in the words of the relevant legislation, unfit to be allowed to continue as a dealer. Lord Radcliffe, giving judgment for the Privy Council, denied that natural justice was applicable, in part because there was no ground for concluding that the Controller was acting judicially or

¹¹⁸ C.A. Reich, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 5, 1964, p. 733; Id., *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, in *Yale Law Journal*, 7, 1965, p. 1245; Id., *Beyond the New Property: An Ecological View of Due Process*, 56 *Brooklyn Law Review*, 1990-1991, p. 731.

¹¹⁹ U.S. Supreme Court, *Goldberg v Kelly*, 397 US, 1970, p. 254.

¹²⁰ *Ridge v Baldwin*, AC, 1964, p. 40.

¹²¹ *R. v Metropolitan Police Commissioner, ex p Parker*, 1 WLR, 1953, pp. 1150, 1153.

¹²² *Ibidem*, p. 1155.

¹²³ *Ibidem*, p. 1154.

quasi-judicially when enforcing the legislation. Lord Radcliffe also placed considerable emphasis on the fact that cancellation of a licence was characterised as withdrawal of a privilege, not the determination of a right.¹²⁴

«In truth, when he cancels a licence he is not determining a question: he is taking executive action to withdraw a privilege because he believes, and has reasonable grounds to believe, that the holder is unfit to retain it. But, that apart, no procedure is laid down by the regulation for securing that the licence holder is to have notice of the Controller's intention to revoke the licence, or that there must be any inquiry, public or private, before the Controller acts. The licence holder has no right to appeal to the Controller or from the Controller. In brief, the power conferred on the Controller by reg. 62 stands by itself on the bare words of the regulation and, if the mere requirement that the Controller must have reasonable grounds of belief is insufficient to oblige him to act judicially, there is nothing else in the context or conditions of his jurisdiction that suggests that he must regulate his action by analogy to judicial rules».

This does not reflect prior law. The general position was that revocation of licences were subject to natural justice. This is exemplified by the *Archbishop of Canterbury* case, where the court held that natural justice was applicable when a curate's licence was withdrawn, and the court also ensured that the hearing was fit for purpose.¹²⁵ In *Rogers*, the court held that an employer who retained the licence of his employee could not be a judge in his own cause as to whether the employee had committed a wrong, nor could he render the licence useless by penning such a conclusion on the licence.¹²⁶ In *Fuller*, a conviction for selling brandy without a licence was quashed because of a litany of errors relating to the notice of the hearing, the sufficiency of the hearing and the evidentiary foundation for the conviction.¹²⁷ The same conclusion is evident in the context of revocation of transport licences, where notice and hearing had to precede the revocation.¹²⁸

The principles underlying the case law were reinforced by legislation. It was standard legislative practice, in fields as diverse as transport, liquor, gaming, theatres, explosives and mining, for the grant and modification of licences to be subject to rules concerning notice, hearings and the like.¹²⁹ The hearing served the public interest, in ensuring that the applicant was a fit and proper person to hold the relevant licence; it also served the interest of the individual, by ensuring that if the applicant was denied a licence, or if the licence was to be revoked for non-compliance with conditions on which it had been granted, the individual would be able to contest the reasons for such a conclusion.

¹²⁴ *Nakkuda Ali v Jayaratne*, AC, 1951, pp. 66, 77-78.

¹²⁵ *R. v Archbishop of Canterbury*, cit.

¹²⁶ *Rogers v Macnamara*, 14 C.B., 1853, p. 27.

¹²⁷ *R. v Russell*, Sess. Cas., 1733, p. 66.

¹²⁸ G.T. Whitfield Hayes, *Mews' Digest of English Case Law: Supplement Containing the Cases Reported in the Years 1936 to 1945*, II ed., 1949, pp. 2211-2213.

¹²⁹ See, e.g., Excise Licences Act 1825; Explosives Act 1875; Licensing (Consolidation) Act 1910.

7.6. Change: Limitation of Application – Hearing Rights and Remedies

We shall consider the law relating to certiorari as it developed historically in a later chapter.¹³⁰ It is nonetheless apposite here for the following reason. It was held in *Haynes-Smith* that for certiorari to be available there would have to be not just a determination affecting the rights of individuals, but also a superadded duty to act judicially.¹³¹ This view has now been overturned.¹³² However, while it held sway it was sometimes interpreted to mean not just that there had been a breach of natural justice with no remedy available. The courts went further and said that natural justice itself was not applicable.

In *Nakkuda Ali*,¹³³ the reasoning concerning rights and privileges was reinforced by explicit reference to *Haynes-Smith* and the requirement of the superadded duty to act judicially, Lord Radcliffe stating that «it is that characteristic that the Controller lacks in acting under reg. 62», which was the governing legislation in that case. The linkage between applicability of natural justice and certiorari was also apparent in *Parker*. Lord Goddard CJ reasoned that the Commissioner could not be regarded as a judge or quasi-judge who was subject to natural justice, because he did not make anything akin to an order, with the consequence that ‘there is nothing to be brought up to be quashed in this court’.¹³⁴

8. Hearing and Bias: 20th Century Post-Ridge

8.1. Reconnecting with the Historic Jurisprudence: *Ridge v Baldwin*

*Ridge v Baldwin*¹³⁵ is justly regarded as a seminal decision on natural justice in the 20th century, and more generally in the revival of administrative law. It is then all the more important to recognize that the reasoning was informed by case law from earlier centuries, and the values in their Lordships’ judgments echo those from the formative jurisprudence.

Ridge, who was the Chief Constable of a police force, was charged twice with serious criminal offences, and acquitted twice, on the latter occasion no evidence being proffered by the prosecution. The trial judge, nonetheless, twice impugned his integrity and bemoaned the lack of leadership. Ridge then sought reinstatement in office, in order primarily to secure his pension. The reinstatement was refused by the police watch committee, who alleged that he had been guilty of neglect of duty, albeit without offer-

¹³⁰ See below, Ch 15.

¹³¹ *R. v Legislative Committee of the Church Assembly*, ex p. *Haynes-Smith*, 1 KB, 1928, pp. 411, 415 (mis)interpreting *R. v Electricity Commissioners*, ex p. *London Electricity Joint Committees Co (1920) Ltd*, 1 KB, 1924, pp. 171, 205.

¹³² *Ridge v Baldwin*, AC, 1964, pp. 40, 72-76.

¹³³ *Nakkuda Ali v Jayaratne*, cit., p. 78.

¹³⁴ *R. v Metropolitan Police Commissioner*, ex p. *Parker*, cit., p. 1155; *R. v St. Lawrence's Hospital Statutory Visitors*, ex p. *Pritchard*, 1 WLR, 1953, p. 1158.

¹³⁵ House of Lords, *Ridge v Baldwin*, cit.

ing further particulars of the offence. He was found guilty by the watch committee, and sought to have the decision struck down as being *ultra vires*.

The House of Lords found in his favour, in large part because of breach of natural justice. Lord Reid gave the leading judgment. He noted at the outset the longevity of the *audi alteram partem* principle, and noted also that in modern times some had expressed the view that natural justice was «so vague as to be practically meaningless», to which he responded that such ideas were «tainted by the perennial fallacy that because something cannot be cut and dried or nicely weighed or measured therefore it does not exist».¹³⁶ Lord Reid drew on the historic case law concerning natural justice, dismissal from office, deprivation of property rights and interests akin thereto, and clubs and associations.¹³⁷ His Lordship noted that this case law had never been doubted, but gave three reasons why the law had become confused in the 40 years prior to the ruling.

The first was that natural justice could have only a limited application in the context of the wider duties or discretion imposed upon a minister, but the courts had applied these limits to areas where the constraints were unnecessary.¹³⁸ The second reason was that the principle had received only limited application during the war, but this should not affect the ambit of natural justice now. The third was the confusion between rights and remedies in the requirement of a superadded duty to act judicially for certiorari, and the way that this had stilted the development of natural justice. Lord Reid expressly disapproved the ruling in *Haynes-Smith*, and that in *Nakkuda Ali*, insofar as it supported that reasoning.¹³⁹ It was, said Lord Reid, impossible to accept that there had to be something superadded in addition to the impact on rights/interests, before natural justice could be applicable. This did not withstand scrutiny in the light of the historic case law on natural justice. For Lord Reid, the judicial element in natural justice should be inferred from the nature of the duty/power and its effect on the individual.¹⁴⁰

His Lordship concluded that the watch committee could not dismiss the Chief Constable until they informed him of the charges and gave an opportunity to respond.¹⁴¹ Lord Morris of Borth-y-Gest also based his judgment on the 19th-century jurisprudence.¹⁴² For Lord Hodson¹⁴³ the absence of a legal action between the parties was not decisive, nor was the characterisation of the act as judicial, administrative or executive.¹⁴⁴

Their Lordships therefore revived the principles of natural justice. They rediscovered the older jurisprudence, which had applied the principle to a broad spectrum of interests and a wide variety of decision-makers. They disapproved 20th-century impeded-

¹³⁶ Ibidem, pp. 64-65.

¹³⁷ Ibidem, pp. 66-71.

¹³⁸ Ibidem, pp. 71-72.

¹³⁹ Ibidem, p. 75.

¹⁴⁰ Ibidem, pp. 75-76, 77-78.

¹⁴¹ Ibidem, p. 79.

¹⁴² Ibidem, pp. 120-121.

¹⁴³ Ibidem, pp. 127-132.

¹⁴⁴ Lord Devlin based his judgment primarily upon the police regulations, *ibidem*, pp. 137-141; Lord Evershed dissented, pp. 82-100.

iments: the requirements of a formal action between parties, and a superadded duty to act judicially were said to be false constraints.

8.2. *Developing the Historic Jurisprudence: Post-Ridge v Baldwin*

This is not the place for detailed exegesis on the modern law of natural justice post-*Ridge*. The object is rather to focus on the elements of continuity and change in current law when viewed from an historical perspective. These have already been considered with respect to 20th century case law prior to *Ridge*, with the case law revealing both continuity and change in the manner adumbrated above. The period post-*Ridge* is principally characterized by continuity with the past, and further refinement of precepts and values in the older case law. This is apparent if we focus on issues relating to the applicability and content of natural justice.

In terms of applicability, *Ridge* cleared the ground by removing impediments in some earlier 20th century case law. However, there was little positive guidance as to when natural justice should apply. The closest to any general formulation was that the applicability of natural justice was dependent on the nature of the power and its effect upon the individual. It was, therefore, unsurprising that in the years following *Ridge* the courts were faced with many cases concerned not just with the content of natural justice, but with the criterion for its applicability. They largely eschewed distinctions between the judicial and the administrative insofar as the application of natural justice is concerned, although norms of a legislative nature are still generally regarded as not covered by common law due process. The distinction between rights and privileges has also been side-lined, as far as the applicability of natural justice is concerned. The criteria that have been developed are fairly broad and flexible, such that the applicant must show some right, interest or legitimate expectation to render natural justice applicable.¹⁴⁵ This is reflected in the increased use of the term ‘fairness’, which was felt by some judges to be more apt than natural justice where the case was further removed from the judicial end of the spectrum. The focus on rights and interests resonates with the considerations that shaped the applicability of *audi alteram partem* from the 17th century onwards. So too does the idea that the applicability of natural justice/fairness would be determined by the nature of the power/duty and its impact on the individual. The concept of legitimate expectation is, by way of contrast, novel. So too were the problems posed by application, and indeed content, of natural justice in the context of legislation designed to combat terrorism.¹⁴⁶

In terms of the content of natural justice, the courts post-*Ridge* have refined techniques evident in the foundational case law for determining the content of natural justice, where the courts repeatedly emphasized the need to tailor the particular process rights accorded to the nature of the decision being made. This same approach informs the modern jurisprudence. The courts take account of a wide variety of factors within the balancing

¹⁴⁵ P. Craig, *Administrative Law*, cit., pp. 12-012-12-015.

¹⁴⁶ *Ibidem*, Ch 13.

test. These include the nature of the individual's interest; the type of decision challenged; whether it was final or preliminary; the type of subject-matter; how far it was necessary to supplement statutory procedures; and the cost of imposing further procedural requirements. In more general terms, the result is arrived at after balancing three types of factors: the individual's interest; the benefits to be derived from added procedural safeguards; and the costs to the administration, both direct and indirect, of complying with these procedural safeguards.¹⁴⁷ The courts have further developed these principles in an important way through recognition of the concept of systemic/structural unfairness.¹⁴⁸

The same combination of continuity with the past and further refinement is evident in relation to the other limb of natural justice, the rule against bias. The courts continued to apply the principles developed in the formative case law, explicated above. They also continued to grapple with the precise test for bias that should be applied in cases where the interest was non-pecuniary, and with the difficult issue as to how far the test for bias could be applied in institutional settings where the decision-maker could not be expected to have the impartiality characteristic of a person deciding a case in a judicial setting.¹⁴⁹

8.3. *Novel Influences: EU Law and the ECHR*

The application and content of natural justice have also been affected by novel external influences, which self-evidently did not exist in earlier centuries. UK membership of the EU rendered general principles of EU law applicable within the UK legal order. This included the rights of the defence, which were applicable whenever the UK, including any agency or local authority, acted within the scope of EU law.

UK membership of the ECHR also had implications for the application and content of process rights, more especially after the Human Rights Act 1998 rendered Convention rights directly enforceable in UK courts. Article 6 ECHR specified the need for hearing rights for cases involving civil rights and obligations, the meaning of which was not entirely clear from the Strasbourg jurisprudence.¹⁵⁰ Article 6 also required that the hearing should be before a tribunal that was independent, as well as unbiased, and this too generated complex case law in Strasbourg and domestic courts.¹⁵¹

8.4. *Novel Problems: AI and Algorithmic Decision-making*

The judges who fashioned the central precepts of natural justice demonstrated pretty good understanding of the decision-making mechanisms to which they were applied. There were nonetheless limits to their prescience, and indeed to that of their modern

¹⁴⁷ Ibidem, pp. 12-020-12-025.

¹⁴⁸ Ibidem, pp. 12-026.

¹⁴⁹ Ibidem, pp. 14-002-14-008.

¹⁵⁰ Ibidem, pp. 12-016-12-018.

¹⁵¹ Ibidem, pp. 14-012-14-018.

counterparts. The judges in the 1970s would have had no greater foresight of the challenges posed by new technology in terms of automated decision-making than would their brethren in the 1670s. For all the changes that have occurred over 400 years, the constant has been that decisions have been made by individuals operating singly, or within the context of public bodies. Developments in the last few years have undermined that assumption. The reality is that in many instances it is not possible to trace a decision back to a discrete individual. The operative decision may be made by an algorithm, or some other form of automated decision-making. This poses a plethora of problems for all areas of law, including administrative law. It creates challenges for due process, and what it means for a person to be heard when the operative decision is made largely or exclusively by an algorithm. The doctrinal response to these challenges will occupy courts in the coming years.¹⁵²

9. Conclusion

There are in law, as in life, certain issues that are enduring, others that are ephemeral. The former includes, *inter alia*, issues where the normative values are relatively constant, notwithstanding that there may be room for doctrinal contestation as to how they are best met. It is exemplified by the terrain covered by natural justice. The instrumental and non-instrumental values that underpin modern discourse shaped the foundational case law concerning the applicability of natural justice and its development thereafter. The enduring importance of certain issues, and the normative values that underpin them, is evident once again in the recognition that the precepts of due process should also be applicable to certain private settings, more especially those that entailed aggregations of power that could impact on individuals. The heterogeneity in the forms of decision-making has always been an endemic feature of the administrative state, and this was reflected in variation as to the content of natural justice in the formative jurisprudence, in much the same way as in the modern case law. The courts from the 17th century onwards were fully cognizant of the normative values that underpinned natural justice. They responded by creating the doctrine that we continue to use. It constituted a central part of administrative law that emerged 400 years ago.

¹⁵² Ibidem, Ch 10.

La comparazione del diritto amministrativo quale processo di apprendimento corale. Alcuni sviluppi nel diritto amministrativo degli USA visti da una prospettiva tedesca *

Eberhard Schmidt-Aßmann

Sommario: 1. La comparazione – una costante nel lavoro scientifico di Marco D’Alberti. – 2. Tre caratteristiche del diritto amministrativo americano. – 2.1. Il diritto amministrativo americano come diritto “politico”. – 2.2. Il diritto amministrativo americano come diritto “democraticamente aperto”. – 2.3. Diritto di un’amministrazione “diffusa con struttura pluralistica”. – 3. Il diritto amministrativo americano quale “progetto alternativo” e la critica all’*“Administrative State”* negli Stati Uniti. – 3.1. Le *“Broad delegations”* sono veramente irrinunciabili per un diritto amministrativo moderno? – 3.2. È necessario rafforzare il controllo giudiziale e abbandonare la *“Chevron deference”*? – 4. Conclusione.

1. La comparazione – una costante nel lavoro scientifico di Marco D’Alberti

L’interesse per i sistemi giuridici stranieri e per il diritto comparato ha da subito contraddistinto l’attività scientifica di Marco D’Alberti: tra i suoi primi lavori si colloca quello sul diritto britannico dei contratti pubblici¹. A questo è seguito nel 1992 il magistrale studio *“Diritto amministrativo comparato”*, nel quale sono state tracciate in modo incisivo ed efficace le linee fondamentali dei sistemi giuridici amministrativi di Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Italia². La quantità di contributi apparsi da allora in manuali, riviste specializzate e pubblicazioni commemorative è impressionante per l’elevato grado di sensibilità con cui l’autore riesce a rendere giustizia alle specifiche caratteristiche dei sistemi giuridici presi in esame. La comparazione nel diritto ammini-

* L’autore desidera ringraziare la prof.ssa Maria Chiara Romano e il prof. Luca De Lucia per la traduzione in italiano del contributo.

¹ M. D’Alberti, *I “public contracts” nell’esperienza britannica*, Napoli, Jovene, 1984.

² M. D’Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, il Mulino, 1992; ulteriormente sviluppato e ampliato nella nuova edizione del 2019.

strativo, così come sviluppata da D'Alberti, è determinata da tre caratteristiche: enfatica i contesti, è legata alla pratica ed è intesa come un processo di apprendimento.

(1) Il diritto comparato non può accontentarsi di mettere in relazione tra loro norme o singole pronunce giudiziarie. Deve piuttosto tenere conto delle condizioni storiche, economiche e sociali in cui sono stati emanati i relativi atti giuridici³. D'Alberti attribuisce particolare importanza alla dimensione storica e in questo contesto ricorda l'affermazione “*comparison involves history*”⁴. L'esigenza di contestualizzazione è particolarmente rilevante per il diritto amministrativo comparato, che riguarda l'amministrazione e quindi un'istituzione che deve essere intesa come un complesso di elementi socio-economici, politici e culturali molto diversi tra loro⁵. Si deve parlare a questo proposito di una “contestualizzazione potenziata”⁶.

(2) Il diritto amministrativo comparato è da tempo un progetto scientifico e lo è ancora oggi⁷. Questo progetto si è progressivamente arricchito anche di risvolti pratici. Il lavoro di Marco D'Alberti lo dimostra in modo particolarmente evidente. In esso si combinano l'interesse per la comparazione e per i compiti del diritto amministrativo dell'economia⁸. I meccanismi di regolazione, ad esempio la posizione delle autorità indipendenti in diversi paesi, sono comparati tra loro anche per fornire al legislatore informazioni pratiche e suggerimenti per una configurazione ottimale di tali organismi⁹.

(3) Il diritto amministrativo comparato si dimostra un campo di riflessione e di apprendimento condiviso. Questo è già chiaramente indicato nella prefazione della prima edizione del *Diritto amministrativo comparato*. Nella traduzione inglese del libro si dice sinteticamente «*The author chose not to restrict this study to Europe, in the belief that the United States has some fundamental lessons for the old world*»¹⁰. Più avanti si fa riferimento al *Administrative Procedure Act* del 1946, alla forma organizzativa delle autorità indipendenti e all'idea di “governo aperto”, con le quali gli Stati Uniti hanno

³ Circa la “comparazione giuridica contestuale”, cfr. U. Kischel, *Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 152 ss.

⁴ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 17.

⁵ G. Napolitano, *The Transformation of Comparative Administrative Law*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, 4, p. 997, spec. p. 1020 ss.; F. Velasco Caballero, *Metodología Comparativa para el Derecho Administrativo*, in *Revista española de Derecho*, 200, 2019, p. 51 ss. Superando il tradizionale ambito dell'esecutivo e includendo l'amministrazione tra le strutture di governance, F. Bignami, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 4, 2011, p. 859, spec. p. 872 ss.

⁶ Sul punto E. Schmidt-Aßmann, *Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 78, 2018, p. 808, spec. p. 824 ss.

⁷ Si vedano i riferimenti esplicativi e illustrativi circa le normative di altri ordinamenti giuridici contenuti in M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2019.

⁸ M. D'Alberti, *Administrative law and public regulation of markets in a global age*, in S. Rose-Ackerman, P. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 63 ss.

⁹ M. D'Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010.

¹⁰ M. D'Alberti, *Comparative Administrative Law* (translation by C. Marciasini of *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992), 1995, p. 1.

rappresentato un modello per alcuni paesi europei. Tuttavia, si sottolinea anche che il diritto amministrativo americano (nonostante le sue tradizioni di *common law*) ha accolto i suggerimenti dei sistemi giuridici continentali di Francia e Germania¹¹.

La reciprocità qui rilevata mostra due aspetti:

– Gli ordinamenti giuridici si osservano l'un l'altro; assorbono dall'altro sistema giuridico impulsi ("incentivi alla riflessione"), che rielaborano in modo del tutto autonomo a seconda del proprio contesto¹². L'idea che modelli preconfezionati siano semplicemente adottati come "*legal transplants*" è molto lontana dal diritto amministrativo. Qui, nessun prodotto viene "esportato" o "importato". L'orgoglio e l'arroganza nel possedere il "migliore" sistema giuridico sono fuori luogo; ostacolano l'innata attitudine all'apprendimento da cui dipende ogni sistema giuridico.

– Le fasi in cui un ordinamento giuridico è particolarmente interessante per gli altri si alternano. Esse variano anche a seconda dei singoli settori del diritto amministrativo generale e speciale. Proprio il rapporto tra gli ordinamenti giuridici continentali e quello americano, di cui Marco D'Alberti parla ripetutamente nei suoi contributi, chiarisce questo punto in modo particolarmente chiaro: dopo il 1945 agli Stati Uniti è spesso toccato il ruolo di offrire idee ad altri paesi. A titolo esemplificativo possono essere richiamati il diritto ambientale e quello della regolazione. Lo stesso vale per il diritto all'informazione amministrativa ("*freedom of information*"). Neanche la procedura dell'"*informal rulemaking*" appare priva di fascino per altri ordinamenti amministrativi¹³.

Oggi, tuttavia, ci si deve chiedere nuovamente, in una prospettiva opposta, fino a che punto idee dei sistemi giuridici dell'Europa continentale possano avere una funzione di impulso per il diritto amministrativo americano. Ciò vale innanzitutto per il diritto dell'Unione europea che si è sviluppato a partire dai diritti degli Stati membri attraverso la comparazione e, soprattutto per quanto riguarda le strategie normative, attraverso il confronto con il diritto americano. In quanto sistema giuridico innovativo, il diritto dell'UE è particolarmente invitante per l'idea di apprendimento condiviso ed è utilizzato come tale anche nella letteratura americana¹⁴. Ma anche gli ordinamenti giuridici dei singoli paesi europei devono essere considerati come fonte di ispirazione. In quest'ottica, di seguito si descrivono in primo luogo le peculiarità del diritto amministrativo statunitense (II). Sono poi affrontati alcuni problemi attuali di questo ordina-

¹¹ Sull'influsso francese, cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 2019, p. 121 ss. Sulle idee tedesche che sono state trasmesse al diritto amministrativo americano principalmente da Frank Goodnow e Ernst Freund, due dei suoi padri fondatori che avevano studiato in Germania, ivi, p. 127 ss.

¹² Cfr. in modo molto chiaro i contributi contenuti in A. von Bogdandy, S. Cassese, P.M. Huber (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

¹³ Cfr. sul punto S. Rose-Ackerman, St. Egidy, J. Fowkes, *Due Process of Lawmaking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 271 ss.

¹⁴ Si veda, ad esempio, F. Bignami, D. Zaring (eds.), *Comparative Law and Regulation. Understanding the Global Regulatory Process*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016 e soprattutto i contributi di W. Wagner, *Participation in the U.S. Administrative Process*, p. 109 ss. e S. Smismans, *Regulatory Procedure and Participation in the European Union*, p. 129 ss.

mento e l'interrogativo circa la capacità del diritto comparato di contribuire, e in quale misura, alla relativa soluzione (III).

2. Tre caratteristiche del diritto amministrativo americano

Tre attributi caratterizzano il diritto amministrativo americano rispetto ai sistemi giuridici europei-continentali. Le parole chiave sono: 1) diritto "politico", 2) diritto "democraticamente aperto" e 3) diritto di un'amministrazione "diffusa con struttura pluralistica"¹⁵.

2.1. Il diritto amministrativo americano come diritto "politico"

Il diritto amministrativo americano è considerato (ad esempio rispetto al diritto amministrativo tedesco) un diritto decisamente "politico"¹⁶. Il suo interesse principale è infatti l'amministrazione come attore in campo politico. Al centro si trova l'amministrazione federale ("*federal government*") e i suoi ampi compiti di regolazione, nell'ambito dei quali si combattono i conflitti politici. Il prototipo è l'amministrazione dotata di poteri d'indirizzo politico. La sua forma d'azione più importante è la normazione, il "*rulemaking*". Si tratta di attività con le quali l'amministrazione riempie una cornice legislativa non del tutto determinata secondo le proprie preferenze, assumendosene la responsabilità politica. Il diritto amministrativo ha il compito di garantire la responsabilità dei funzionari pubblici nei confronti del popolo e dei rappresentanti eletti. "*Accountability*" è un concetto chiave usato ripetutamente.

Naturalmente negli USA, oltre all'amministrazione dotata di poteri di indirizzo politico con i suoi compiti complessi, ci sono anche processi semplici in cui l'amministrazione esegue le leggi secondo un programma relativamente facile da gestire. Questo include, ad esempio, il diritto dell'edilizia, il diritto stradale, il diritto scolastico e il diritto di polizia. Molti di questi processi si svolgono a livello dei singoli Stati e dei comuni. Questa amministrazione locale è innegabilmente di grande importanza per la vita quotidiana dei cittadini, ma non gioca alcun ruolo nel discorso accademico e nei piani di studio delle principali *Law Schools*. Negli Stati Uniti questa limitazione è valutata in modo piuttosto critico; dopo tutto, nella pratica professionale, la maggior parte degli avvocati non ha a che fare con l'amministrazione federale, ma con l'amministrazione dei singoli Stati e dei comuni¹⁷.

D'altro canto, l'attenzione per le grandi aree tematiche politicamente interessanti assicura al diritto amministrativo americano una notevole risonanza nella comparazio-

¹⁵ Su quanto segue, si vedano tra gli altri P.L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, Durham, Carolina Academic Press, 2016, p. 3 ss.; E. Schmidt-Aßmann, *Das Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, Baden-Baden, Nomos, 2021, p. 20 ss.

¹⁶ F. Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1969.

¹⁷ Cfr. B. Schwartz, *Administrative Law*, New York, Little, Brown and Company, 1991, § 1.15.

ne giuridica – ad esempio, per quanto riguarda il diritto amministrativo dell’Unione Europea o il *Global Administrative Law*. Gli studiosi più giovani, in particolare, sono spesso affascinati dalle grandi dimensioni e dall’apertura mentale con cui il diritto amministrativo americano tematizza i conflitti politici. Gli studiosi più anziani, invece, sottolineano che anche procedure amministrative semplici e poco appariscenti e singoli casi, che riguardano i diritti individuali dei cittadini, sono importanti per la cultura amministrativa di un paese e devono avere un loro spazio nella teoria del diritto amministrativo.

2.2. Il diritto amministrativo americano come diritto “democraticamente aperto”

Quando le colonie americane si distaccarono dalla madrepatria inglese nel 1776, dovettero fondare *ex novo* l’intero ordinamento dello Stato. Lo hanno fatto in modo democratico con la Costituzione del 1787 («*we the people*»). Tutti i poteri dello Stato sono affidati dal popolo ai funzionari e devono essere esercitati secondo le procedure stabilite dalla Costituzione.

Al centro del concetto di diritto amministrativo c’è l’articolo I, sezione 1 della Costituzione degli Stati Uniti: «*All legislative power shall be vested in a Congress*». Spetta al Congresso controllare il potere esecutivo con leggi, cioè con normative generali. Esso usa questo potere in molti modi. Il numero di leggi con contenuto amministrativo e la portata dei dettagli regolamentati superano di gran lunga ciò che in Germania viene definito criticamente, ad esempio, come una “marea di leggi”. In ogni caso, nel diritto amministrativo, gli Stati Uniti – contrariamente a quanto ci si aspetterebbe da un paese con una tradizione di *common law* – hanno da tempo cessato di essere uno Stato giudiziario e ora sono uno Stato legislativo¹⁸.

Tuttavia, il vincolo dell’amministrazione alla legge e il principio di legalità sono modellati in modo meno rigoroso di quanto non avvenga nei sistemi giuridici continentali (con tutte le loro differenze). Questa “apertura” è il risultato di un’argomentazione metodologica (a) e di un’argomentazione politica (b).

a) argomento metodologico: “*Legal Realism*”

Dal punto di vista metodologico, alle norme giuridiche astratte viene attribuito solo un limitato effetto di indirizzo. Negli Stati Uniti infatti non viene accolta l’idea che, se la legge viene applicata correttamente, ogni processo attuativo può portare a un unico risultato (la “teoria dell’unica decisione corretta” che domina il diritto amministrativo tedesco tradizionale). Gli studiosi americani del diritto si considerano infatti “*legal realists*”¹⁹. Non viene fatta una distinzione rigorosa tra argomenti giuridici ed extra-

¹⁸ Su questo sviluppo, cfr. M. D’Alberty, *Diritto amministrativo comparato*, 2019, cit., p. 121 ss.; E. Schmidt-Aßmann, *Das Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten*, cit., p. 92 ss.

¹⁹ U. Kischel, *Comparative Law*, cit., p. 344 ss.

giuridici (ad es. economici, politologici, sociologici). I risultati dell'applicazione della legge dipendono – secondo la concezione propria del realismo giuridico – in larga misura dalla persona del decisore e dalle circostanze nell'ambito delle quali viene presa una decisione.

Di conseguenza, grande rilevanza viene attribuita alla procedura amministrativa²⁰. Da un lato, le procedure dovrebbero tutelare i diritti dell'individuo in conformità con la clausola del “*Due Process*” di cui agli emendamenti V e XIV della Costituzione. D'altro canto, le procedure dovrebbero consentire a tutti di entrare in una comunicazione aperta con l'amministrazione e di contribuire con le proprie opinioni al processo decisionale. Questa idea è espressa in modo particolarmente chiaro nella procedura di “*notice and comment*”, che le autorità devono seguire quando emanano norme giuridiche (“*rules*”)²¹ e che ha ricevuto molta attenzione nella comparazione giuridica. La legge come espressione di democrazia *representativa* non guida in modo compiuto il ramo esecutivo. In questo modo, esso dovrebbe essere integrato da elementi di democrazia *partecipativa*. In questo contesto rientra anche la politica del “*freedom of information*”, che si è affermata negli USA molto prima che nella maggior parte dei paesi europei²². I capitoli relativi al diritto dell'informazione sono parte integrante dei manuali americani di diritto amministrativo.

b) argomento politico

L'apertura della legge non è quindi solo metodologica. Spesso è anche auspicata politicamente. Le leggi di diritto amministrativo negli USA (come già detto) sono estremamente dettagliate. Ma in questioni importanti rimangono comunque indeterminate, lasciando all'esecutivo il compito di emanare le necessarie norme di attuazione. L'ampio potere normativo (“*broad delegation*”) viene visto come un mezzo necessario per consentire all'amministrazione di agire in modo flessibile²³.

Questo risultato è sorprendente perché, secondo il testo della Costituzione, tutto il potere legislativo (“*all legislative power*”) è affidato al Congresso. Ci si aspetterebbe quindi una teoria della delega molto restrittiva. Ma questa aspettativa non viene soddisfatta. In ogni caso, per 85 anni la Corte suprema non ha dichiarato alcuna legge incostituzionale per violazione della “*nondelegation doctrine*”.

²⁰ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, 2019, cit., p. 137 ss.

²¹ Administrative Procedure Act (APA) del 1946, §553(b)-(d) su cui S. Breyer, R.B. Stewart, *Administrative Law and Policy*, VII ed., New York, Aspen, 2011, p. 551 ss.; P.L. Strauss, T.D. Rakoff, C.R. Farina, G.E. Metzger, *Gellhorn and Byse's Administrative Law*, XI ed., Cambridge (MA), Foundation Press, 2011, 119 ss.; R.J. Pierce, S.A. Shapiro, P.R. Verkuil, *Administrative Law and Process*, VI ed., Cambridge (MA), Foundation Press, 2014, § 6.4.6.

²² Freedom of Information Act (FOIA) del 1967; P.L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, cit., p. 383 ss.: “*Open Government*”.

²³ G.E. Metzger, *1930s Redux: The Administrative State under Siege*, in *Harvard Law Review*, 1, 2017, p. 87 ss.

2.3. Diritto di un'amministrazione "diffusa con struttura pluralistica"

La terza caratteristica del diritto amministrativo americano si riferisce all'organizzazione amministrativa, la quale, in una prospettiva comparata, spicca per la sua eterogeneità²⁴. La si può definire (in senso positivo) come pluralistica, ma anche (in senso negativo) come diffusa e fuorviante. Tale constatazione ha ragioni legate alla storia costituzionale e al diritto costituzionale:

– Ragioni storico-costituzionali. Sin dall'inizio, le decisioni concernenti la struttura dell'amministrazione sono state adottate dal Congresso in maniera democratica. In tale contesto, il Congresso non si è attenuto, e non si attiene, alle tipologie fisse del diritto dell'organizzazione, ma crea ogni autorità *ex novo* in ragione delle esigenze di volta in volta attuali. Per far fronte a un nuovo compito amministrativo di consueto si ricorre all'istituzione di una nuova autorità. La legge istitutiva stabilisce lo *status* e la struttura interna dell'autorità, fissa le sue competenze, indica gli strumenti e le procedure a sua disposizione e si esprime di frequente anche sulla tutela dei diritti. Questi "*organic statutes*" offrono soluzioni su misura per il rispettivo compito amministrativo (adeguate allo specifico compito amministrativo), ma rendono più difficile l'orientamento.

– Ragioni di diritto costituzionale. L'articolo II della Costituzione americana trasferisce in effetti il potere esecutivo a un presidente (sez. 1). Tuttavia, tale norma prevede accanto ad esso altri organi ("*departments*", "*ministers*", "*officers*"), senza specificare se, e come, questi ultimi siano subordinati al presidente dal punto di vista gerarchico-burocratico. È vero che al presidente sono concesse singole possibilità di indirizzo, anzitutto, l'importante diritto di nominare e revocare i funzionari a livello dirigenziale ("*appointment and removal power*", art. II, sez. 2). Tuttavia, negli Stati Uniti, l'idea di concepire l'amministrazione nel suo insieme come un'unità diretta attraverso un ampio potere di indirizzo riconosciuto al suo vertice, come avviene in Germania ("unità dell'amministrazione"), benché proprio oggi ripetutamente sollecitata ("*unitary executive*"), sinora non si è concretizzata. Il presidente funge da supervisore ("*overseer*") e non da organo decisionale ("*decider*")²⁵. I sistemi governativi parlamentari sono, sotto questo profilo, più unitari e centralistici rispetto a un sistema presidenziale come quello americano.

Questa concezione pluralistica risponde alla visione americana di una ripartizione del potere basata su "*checks and balances*", non soltanto tra i poteri classici, ma anche all'interno dell'esecutivo. Il Congresso si serve di questa idea per arginare la supremazia del presidente, affidando determinati compiti non all'esecutivo presidenziale all'interno dei "*departments*", ma a un'"*agency*" cui accorda, in misura diversa, la possibilità di adottare proprie decisioni politiche.

²⁴ P. Cane, *Controlling Administrative Power. An Historical Comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 93; P.L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, cit., p. 171 ss.; M. Ruffert, *Law of the Administrative Organization of the EU. A Comparative Approach*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, p. 105 ss.

²⁵ P.L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, cit., p. 125, che rimanda all'art. II, sez. 3, della Costituzione americana: «he shall take care that the laws be faithfully executed».

Pertanto, l'amministrazione americana rappresenta un *pluriversum* di autorità cui è riconosciuto un diverso grado di indipendenza. Le "*independent regulatory commission*", spesso citate (come la *Federal Trade Commission*), ne sono solo un esempio particolarmente significativo²⁶. Accanto ad esse vi sono numerose altre autorità che, per determinate decisioni e in una determinata misura, non possono essere sottoposte all'indirizzo del presidente. In quale maniera ciò accada, è stabilito nel rispettivo "*organic statute*".

Le grandi "*agencies*" dell'amministrazione federale sono attori politici autonomi. Esse fanno fronte ai compiti loro affidati in maniera consapevole e consolidano proprie posizioni di potere attivando associazioni, gruppi di interessi, mass-media o comitati interni al Congresso per i loro obiettivi politici. Tipica del diritto amministrativo americano è una *dinamica multipolare* tra il Congresso, il presidente e le "agenzie", sconosciuta nei sistemi di governo parlamentari. Non è certo se, all'interno di questa dinamica, le "agenzie" siano sufficientemente controllate. I critici vi ravvisano un quarto potere all'interno dello Stato sottratto, in ampia misura, a ogni forma di controllo ("*headless fourth branch*")²⁷. In ogni caso, la vitale dinamica politica valorizza il significato della normativa in materia di organizzazione amministrativa.

3. Il diritto amministrativo americano quale "progetto alternativo" e la critica all'"*Administrative State*" negli Stati Uniti

Fondato su basi democratiche, aperto, flessibile, pluralistico, partecipativo, comunicativo, epiteti – questi – accattivanti. Attraverso di essi, il diritto amministrativo americano si discosta dalle tradizionali nozioni del diritto amministrativo continentale europeo. Esso si presenta così come un vero e proprio "progetto alternativo" soprattutto per il diritto amministrativo tedesco che si basa – in maniera particolarmente accentuata – su forme giuridiche stabili e sulla dogmatica giuridica²⁸.

Un'analisi in chiave comparatistica del diritto americano può, indubbiamente, fornire stimoli per lo sviluppo degli ordinamenti europei. Questo è già stato illustrato in precedenza (nella sezione I). Il *paradigma della comunicazione*, sviluppato con forte anticipo dal diritto amministrativo americano, può rappresentare un modello anche per gli altri paesi; infatti, in nessun paese l'amministrazione oggi può limitarsi ad adottare le proprie decisioni in conformità alle indicazioni legislative. Essa deve piuttosto comunicare tempestivamente i propri progetti e i propri piani e promuoverne la realizzazione.

²⁶ Esempi: Federal Trade Commission (FTC), Securities and Exchange Commission (SEC), Federal Communications Commission (FCC), National Labor Relations Board (NLRB). Su questo sviluppo cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 123 ss.; M. Ruffert, *Law of Administrative Organization*, cit., p. 120 ss.

²⁷ Si veda solo G. Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative State*, in *Harvard Law Review*, 107, 1994, p. 1231 ss.

²⁸ Sulla nozione e sull'idea di "progetto alternativo" si veda O. Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 1. Sulla tradizione dogmatica del diritto amministrativo tedesco, v. E. Schmidt-Aßmann, *La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma* ("*La Nuova Scienza del Diritto Amministrativo*"), in *Diritto amministrativo*, 2015, 2/3, p. 255 ss.

D'altro canto, non si può trascurare il fatto che il diritto amministrativo americano è esposto, nel proprio paese, a notevoli critiche²⁹. I critici provengono prevalentemente da ambienti di orientamento conservatore. Nella misura in cui richiedono genericamente lo smantellamento dei compiti statali e dei programmi di integrazione sociale, tali critiche non trovano accoglimento in Germania e negli altri paesi europei che sono tenuti al rispetto del principio dello stato sociale. È inoltre sbagliato negare la legittimità del diritto amministrativo in quanto tale³⁰ o utilizzarlo solo come strumento per ostacolare l'attività dell'amministrazione.

Tuttavia, la situazione muta quando si passa alla critica delle precedenti dottrine dell'“*Administrative State*”, delle “*broad delegations*” e della “*Chevron deference*”. Sotto tale profilo, la critica interna americana presenta punti di contatto con la visione tedesca sulla *funzione di indirizzo e di controllo del diritto*. Tale aspetto deve essere affrontato con riferimento a due interrogativi:

- la *funzione di indirizzo* svolta dal Parlamento porta a chiedersi: le “*broad delegations*” sono veramente irrinunciabili per un diritto amministrativo moderno?
- La *funzione di controllo* dei giudici porta a chiedersi: è necessario intervenire sulla pregressa giurisprudenza relativa alla limitazione giudiziaria (“*deference*”)?

3.1. Le “*Broad delegations*” sono veramente irrinunciabili per un diritto amministrativo moderno?

Sulla questione della delegazione il diritto amministrativo americano non segue la massima puramente formale delle “autorizzazioni in bianco”. Quando il Congresso affida all'esecutivo il potere di adottare norme generali vincolanti (“*legislative rule*”), la legge di autorizzazione deve comunque indicare la direzione da seguire. Si esige che nella legge sia riconoscibile un “*intelligible principle*”³¹. Tuttavia, nell'applicare questo criterio la Corte Suprema è stata finora molto cauta.

Ciò potrebbe cambiare. Nella sentenza “*Gundy v. United States*” del giugno 2019 l'orientamento pregresso è stato confermato per un soffio (con 5:4)³². Il giudice dissenziente Gorsuch osservava come il test dell’“*intelligible principle*” sia progressiva-

²⁹ Per una rappresentazione delle critiche attuali allo “*Administrative State*” e una contro-critica impegnata, si veda G. Metzger, *1930s Redux: The Administrative State under Siege*, in *Harvard Law Review*, 1, 2017, p. 1 ss. Sul dibattito negli USA, E. Schmidt-Aßmann, *Das Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten*, cit., p. 38 ss. e p. 343 ss.

³⁰ In questo senso tuttavia P. Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?*, Chicago, The University Chicago Press, 2014. All'opposto, J. Mashaw, *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, con il persuasivo sottotitolo: «*How Administrative Law Supports Democratic Government*».

³¹ U.S. Supreme Court, *Mistretta v. United States*, 488 U.S., 1989, pp. 361, 373.

³² U.S. Supreme Court, *Rehaif v. United States*, 588 U.S., 2019. La sentenza è stata sostenuta dalle giudici, considerate liberali o progressiste, Kagan, Ginsburg, Sotomayor e dal giudice Breyer. Il giudice Alito, pur essendosi allineato, ha aggiunto che attende un caso più idoneo per articolare una critica al pregresso orientamento.

mente divenuto una formula vuota. Esso non consente di raggiungere l'obiettivo della Costituzione di affidare le decisioni essenziali al Congresso e non all'esecutivo quando si tratti di garantire le libertà dei cittadini.

– I sostenitori delle “*broad delegations*”, come finora intese, affermano che il legislatore non sarebbe in grado di fissare a priori regole più precise in presenza di questioni economiche o tecniche complesse. Tuttavia, la prassi legislativa smentisce tale argomento. Esistono numerosi esempi di leggi eccezionalmente precise. Il carattere indeterminato delle autorizzazioni normative non è un destino ineluttabile ma rappresenta spesso soltanto una strategia dovuta al fatto che, in Parlamento, non è stato possibile raggiungere un accordo; le questioni sociali ancora aperte sono così rimesse, irrisolte, all'esecutivo. Strategie siffatte non riescono tuttavia ad essere giustificate sul piano del diritto costituzionale.

– Indubbiamente vi è anche un secondo argomento con cui i sostenitori intendono giustificare la pregressa, cauta, giurisprudenza: essi rimandano al procedimento che le autorità sono tenute a rispettare quando esercitano i poteri delegati. In particolare, in base a detta argomentazione, il procedimento “*notice and comment*” previsto dal § 553 APA offrirebbe al pubblico ampie possibilità di partecipazione e compenserebbe, in tal modo, i deficit di legittimazione democratico-parlamentare. Tuttavia, il procedimento presenta, dal canto suo, dei punti di debolezza. Pur offrendo, *de iure*, a ciascuno la possibilità di partecipare, è evidente che prese di posizione articolate e influenti presuppongono un livello di professionalità di cui dispongono unicamente gruppi di interessi ben organizzati. I procedimenti amministrativi possono rafforzare la legittimità delle decisioni amministrative ma non riescono a sostituirla in mancanza di indicazioni sostanziali del Parlamento per la risoluzione di un conflitto politico.

Un inasprimento della giurisprudenza in materia di delega potrebbe richiamare il Congresso più chiaramente ai suoi obblighi quale legislatore. È evidente che la realizzazione di un siffatto cambio di rotta è, in questo momento, difficile negli Stati Uniti a causa delle attuali divisioni politico-partitiche. Proprio per questo motivo, bisogna fare attenzione alle raccomandazioni che derivano dalla comparazione giuridica³³. Molto dipenderebbe dal grado di inasprimento. Il giudice Gorsuch non pretende un divieto generale di delega, ma propone di limitare l'attività normativa dell'amministrazione alla disciplina dei dettagli. Chi reputa un tale intervento ancora troppo incisivo e irrealistico potrebbe orientarsi alla posizione assunta dalla Costituzione tedesca e dal diritto dell'Unione europea che riserva al Parlamento quantomeno le disposizioni “essenziali”³⁴. Peter Lindseth sottolinea che la corrispondente disposizione tedesca deve la sua

³³ Lo stato della discussione è ben rappresentato da U. Kischel, *Delegation of Legislative Power to Agencies: A comparative Analysis of United States and German Law*, in *Administrative Law Review*, 2, 1994, p. 213 e da P. Lindseth, *The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s*, in *The Yale Law Journal*, 7, 2004, p. 1385 ss.

³⁴ A norma dell'articolo 80, paragrafo 1, secondo periodo, della Costituzione tedesca, l'autorizzazione legale deve stabilire “il contenuto, lo scopo e la misura”. L'articolo 290, paragrafo 1, TFUE prevede una delega unicamente [all'adozione di atti] “che integrano o modificano determinati elementi non essenziali”. “Gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata” della delega di potere sono “esplicitamente” delimitati.

esistenza a un intervento dell'amministrazione militare americana, che ha influito sulla stesura della Costituzione nel 1949³⁵. Un orientamento verso gli standard europei non affatto radicali potrebbe quindi basarsi anche su un'argomentazione storica. Già in tal modo la “*nondelegation doctrine*” di cui all'articolo I, sezione 1, della Costituzione americana acquisirebbe contorni più chiari senza sopraffare il Congresso.

3.2. È necessario rafforzare il controllo giudiziale e abbandonare la “Chevron deference”?

Un secondo punto critico è rappresentato dalla limitazione del controllo giudiziario sulle decisioni amministrative, che deriva dalla tanto citata sentenza “Chevron” del 1984³⁶. In questa sentenza, la Corte Suprema riconosce alle autorità un notevole margine di manovra nell'interpretazione delle disposizioni di legge da esse applicate. Secondo questa griglia, i giudici devono verificare³⁷:

– primo passo: il Congresso ha attribuito al concetto legislativo un significato univoco (“*unambiguous*”)? In caso positivo, le corti, così come le autorità amministrative, devono basarsi esattamente su questo significato³⁸;

– secondo passo: se la legge stessa tuttavia non è chiara, spetta all'autorità amministrativa e, non alle corti, definirne più precisamente il contenuto. Ciò viene giustificato in ragione della particolare competenza e responsabilità politica dell'autorità. In tali casi, i giudici devono solo verificare se le argomentazioni con cui l'autorità è giunta alla sua conclusione sono ragionevoli (“*reasonable*”). Per il resto essi devono rispettare l'interpretazione data dall'amministrazione. Queste possibilità sono ulteriormente ampliate dal fatto che la Corte Suprema consente alle “agencies” anche di *modificare la loro interpretazione*. Le autorità devono essere in grado di reagire in modo flessibile alle nuove situazioni: alle nuove conoscenze tecniche e alle nuove sfide politiche. Dietro “Chevron” c'è l'idea di un'amministrazione dotata di un notevole potere, che può agire liberamente senza dover temere controlli giudiziari troppo severi³⁹.

Tuttavia, negli Stati Uniti le critiche sono state ricorrenti: esse ci furono all'inizio, ma, di recente, si è registrato un loro considerevole aumento. Le principali obiezioni provengono dagli ambienti di orientamento conservatore; tuttavia, anche all'interno di essi le posizioni non sono del tutto chiare. Da un'indagine fondata su di una serie di interviste, è emerso che la maggior parte dei giudici dei tribunali di istanza superiore sia

³⁵ P. Lindseth, *The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s*, cit., pp. 1385-1393.

³⁶ U.S. Supreme Court, *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S., 1984, p. 837.

³⁷ S. Breyer, R.B. Stewart, *Administrative Law and Policy*, cit., p. 282 ss.; R.J. Pierce, S.A. Shapiro, P.R. Verkuil, *Administrative Law and Process*, cit., p. 317 ss.; P.L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, cit., p. 493 ss.

³⁸ U.S. Supreme Court, 67 U.S. 837, 842-845 (1984): «unambiguously expressed intent of Congress».

³⁹ Sullo sviluppo di questo concetto, cfr. M. D'Alberty, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 127 ss.

pur applicando la sentenza *Chevron*, non ne danno un giudizio positivo⁴⁰.

La futura evoluzione è, allo stato, aperta. In conformità alla dottrina dello “*stare decisis*” del diritto processuale americano, la sentenza *Chevron* gode, quale precedente, di una forte protezione che la mette al riparo da un completo superamento (“*overruling*”). È più verosimile che la Corte Suprema USA obblighi in futuro i giudici a occuparsi, nella fase 1 della dottrina (“*step one*”), con maggiore attenzione del testo della disposizione di legge pertinente e a verificare se essa sia veramente “*ambiguous*”. In tal modo, la libertà interpretativa riconosciuta all’amministrazione dal livello 2 (“*step two*”) risulterebbe evidentemente ridotta.

Così facendo, i giudici eserciterebbero in maniera più netta il loro compito “*to say what the law is*”⁴¹. La loro competenza interpretativa non deriva dalla presunzione che essi siano, dal punto di vista metodologico, meglio attrezzati rispetto al potere esecutivo ad interpretare i testi giuridici, ma deriva dalla loro posizione quale istanza *decisionale neutrale*. È vero che nemmeno i giudici sono soggetti pienamente apolitici. Tuttavia, se confrontata con le ambizioni politiche delle autorità tecniche competenti e con le pressioni che queste ultime subiscono da parte dei gruppi di interesse professionalmente organizzati, l’autorità giudiziaria, quale organo decisionale, risulta essere quella più distanziata e con il più alto livello di neutralità. Questa conclusione appartiene al patrimonio costituzionale comune. Smussando la giurisprudenza *Chevron* e rafforzando il potere di interpretazione dei giudici, gli USA si orienterebbero verso posizioni ampiamente consolidate in Italia, in Germania e in altri paesi europei⁴². Una progressiva intensificazione del controllo giudiziario può essere osservata anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea⁴³. In ogni caso l’interpretazione rappresenta “*an exclusively judicial function*”⁴⁴. Le “*agencies*” continuano comunque a godere di un sufficiente margine di discrezionalità per poter agire in maniera autonoma; infatti, in base al diritto americano (§ 706 APA), l’accertamento dei fatti è comunque assoggettato ad un controllo limitato.

4. Conclusione

Quale “progetto alternativo” (Oliver Lepsius) rispetto ai diritti amministrativi continentali, il diritto amministrativo americano rappresenta un campo straordinariamente interessante per la ricerca comparatistica. I suoi principi democratici, sviluppati con

⁴⁰ V. A.R. Gluck, R.A. Posner, *Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of forty-two Judges on the Federal Courts of Appeals*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, p. 1348.

⁴¹ L’espressione “*to say what the law is*”, spesso citata, è tratta dalla famosa decisione U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S., 1803, p. 137, 138.

⁴² Cfr. E. Schmidt-Aßmann, L. De Lucia, M.C. Romano, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3, 2016, p. 711-769; pubblicato anche in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 237-277.

⁴³ Cfr. Corte di Giustizia, C-530/17 P, *Azarov/Consiglio*, ECLI:EU:C:2018:1031 para 20 ss.

⁴⁴ Per gli altri sistemi giuridici anglosassoni si veda P. Cane, *Controlling Administrative Power*, cit., p. 218.

forte anticipo, il ponderato riconoscimento della dimensione politica del diritto amministrativo e gli elementi ivi contenuti sotto il profilo della comunicazione spingono l'osservatore a riflettere sullo stato del proprio diritto. Inoltre, alcuni suoi elementi possono fornire impulsi per lo sviluppo del diritto amministrativo in Europa e talvolta lo hanno già fatto.

Ovviamente, non sussiste alcun motivo per venerare il diritto amministrativo degli Stati Uniti. Già le critiche cui l'“*Administrative State*” è esposto negli USA dovrebbero sconsigliare un'eccessiva ammirazione per il diritto amministrativo americano. Non vi è neppure ragione di preferire la scienza americana del diritto amministrativo rispetto a quella continentale⁴⁵. Il *lavoro dogmatico* (con tutte le differenze di dettaglio), usuale in Europa, rafforza il ruolo del diritto e assicura la sua razionalità, aspetti questi, entrambi, irrinunciabili nel diritto amministrativo⁴⁶.

Non dovremmo qui neppure lasciarci indispettire da taluni studiosi di diritto privato che lodano l'asserita fantastica flessibilità del diritto statunitense. Il diritto amministrativo si occupa di un soggetto particolare, l'amministrazione. Pertanto, non si discute qui solo della flessibilità *nel* diritto ma anche dei vincoli *mediante* il diritto. Il ruolo marginale assunto dal diritto, come mostrano le dottrine della “*broad delegation*” e della “*Chevron deference*”, ha un impatto negativo sulla legittimazione dell'amministrazione. Da questo punto di vista, forse gli USA potrebbero apprendere dall'Europa. Si tratterebbe di un caso esemplare di comparazione del diritto amministrativo quale *processo di apprendimento corale*. «*This observation suggests lessons for both the European and the US side*»⁴⁷.

⁴⁵ Una presentazione equilibrata dei vantaggi e degli svantaggi del pensiero giuridico americano e continentale si trova in Mathias Reimann in due articoli fondamentali tra loro connessi: *The American Advantage in Global Lawyering*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1, 2014, p. 1 ss. e *European Advantages in Global Lawyering*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 4, 2018, p. 885 ss.

⁴⁶ Sul “costruttivismo dogmatico”, quale peculiarità del pensiero giuridico amministrativo europeo, e sulle sue prospettive future, cfr. A. von Bogdandy, *Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum – Perspektiven einer Disziplin*, in A. von Bogdandy, S. Cassese, P.M. Huber, Heidelberg (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Oxford, Oxford University Press, 2011, §57, numero a margine, p. 52 ss.; E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 3 ss.; si vedano anche le valutazioni critiche formulate nel *Simposio: a proposito di “Verwaltungsrechtliche Dogmatik” di E. Schmidt-Aßmann*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2015, p. 1 ss., con contributi di L. De Lucia, D. de Pretis, F. Merusi e S. Cassese.

⁴⁷ Questa è la posizione di M. Reimann, *European Advantages in Global Lawyering*, cit., p. 920.

State formation and the emergence of public Law: an evolutionary and institutional perspective

Peter L. Lindseth

Summary: 1. Introduction. – 2. Conceptual and Theoretical Foundations. – 3. State Formation, Institutional Change, and the Emergence of Public Law. – 3.1. Mobilization of Surplus Resources – Human and Fiscal. – 3.2. Legitimate Political Obligation and the Power-Legitimacy Nexus. – 3.3. Political and Legal Management: Constitutional Principals and Administrative Agents. – 4. Conclusion.

1. Introduction

When I first met Marco D’Alberti in the mid-1990s, I was a young teaching fellow at Columbia Law School and he was a distinguished visiting professor offering a seminar in comparative administrative law. His outstanding talents as a scholar and teacher were of course obvious. But what struck me most about Marco in our time together at Columbia was his evident generosity of spirit and fundamental goodness. His ready smile, his willingness to offer advice, his patience and consistent good nature in the face of endless questions from a much less knowledgeable younger colleague – these all provided the foundation for what would become a decades-long friendship. Over time, it has been my great good fortune to work with Marco on multiple projects that have contributed to the revival of comparative administrative law as a distinct field study. For that friendship and collaboration, I will be forever grateful. Thus, I am deeply pleased to mark that gratitude with this contribution to a most well-deserved *Liber amicorum*.

In honor of Marco, my aim here is to offer a set of reflections on state formation and the emergence of public law, viewed from an evolutionary and institutional perspective.¹ The ultimate focus here is on the emergence of a cultural-evolutionary phenomenon – a pervasive conception of ‘right’ (what we now call public law) – that was

¹ This contribution is drawn from P.L. Lindseth, *Evolutionary Public Law: Constituting and Administering Human Ultra-Sociality*, in P. Cane, E.C. Ip, H.C.H. Hofmann, P.L. Lindseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. I thank Marco for suggesting a condensed version as my contribution here.

bound up with, and in turn fed into, the transitions that marked the emergence of increasingly complex societies and polities ('states') over the course of human history. My focus will be on three interrelated evolutionary developments in particular:

- The first is what we might call the emergence of a political 'metabolism', the key aspect of which has been the *mobilization of surplus human and fiscal resources* ('blood' and 'treasure') for the benefit of the collectivity as a whole. This political metabolism built on, and presupposed the existence of, an antecedent economic metabolism – the conversion of resources and human effort into wealth about which more below.
- The second transition, intimately related to the first, is the emergence – at least among some critical portion of the population – of a social-psychological sense of *legitimate political obligation* that operates beyond coercion and punishment. Without this cultural phenomenon of legitimacy, the collective capacity for mobilization of resources on an increasingly large-scale would not be possible. This second transition, when combined with the first, gives rise to what we can together call *legitimate compulsory mobilization*.
- The third development is the emergence of scalable forms of *political and legal management* (i.e., 'administration') within the emergent polity. The cornerstone of this form of management can be described abstractly as the relationship between a constitutional 'principal' – the person/institution to which political obligation and legitimacy is ultimately owed – and the administrative 'agents' who are empowered to carry out tasks on behalf of the principal, subject to the latter's monitoring and, in extremis, control. This principal-agent apparatus is essential to the emergent state's capacity to exercise its core political-metabolic function – legitimate compulsory mobilization – on an ever-increasing scale.

2. Conceptual and Theoretical Foundations

By no means will it be possible for me to address all the dimensions of these various developments in the space available here.² For that reason, by way of further introduction, allow me to define certain conceptual and theoretical parameters, in order to make the limits (and limitations!) of the subsequent exploration more comprehensible.

In this contribution, the term *public law* refers to the law governing the structures, operations, and powers of a government in a territorial polity – what today we typically call the constitutional and administrative law of a state. My aim here is to suggest that the emergence of such a public law should not be understood as a peculiarly modern phenomenon. Rather, long before these legal domains received their modern labels, they were de facto already essential to the rise of the very earliest states as a governing form, a process stretching at least back to the mid-Holocene epoch (~6-7kya).³ Standing in

² Again, for more details, see P.L. Lindseth, *Evolutionary Public Law: Constituting and Administering Human Ultra-Sociality*, in P. Cane, H C.H. Hofmann, E.C. Ip, P.L. Lindseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, cit.

³ For a useful introduction and succinct overview of the literature on early state formation, see generally

contrast to public law is of course *private law* which here refers to the law governing (or at least pertaining to) the manifold relationships – familial, contractual, delictual, proprietary, corporate, etc. – that have historically existed among or between the natural or legal persons that comprised the emergent polity or fell under its jurisdiction.

Much of the foundational economic metabolism of a polity – the conversion of resources and human effort into wealth – may often, formally speaking at least, have fallen within the private domain, at least according to modern legal categorizations. Nevertheless, this economic process of metabolizing resources/effort has always provided the necessary predicate for the subsequent *public mobilization* of blood and treasure on behalf of the collectivity as a whole. The unavoidable need for both forms of metabolism in a polity helps to explain why the interplay between public and private, whether *de jure* or *de facto*, has been an enduring feature of organized social, economic and political life with deep historical roots.⁴

This contribution views public and private law specifically as *institutions* which are formed, change, and (perhaps) disappear over time. The perspective draws from my earlier work on the dynamics of institutional foundation and change,⁵ which in turn sought to extend upon, but also update, the institutional theory of Maurice Hauriou.⁶ When using the term ‘institution’, I follow Hauriou in distinguishing between two types – *institution-persons* and *institution-things* – both of which are important for our purposes.

Institution-persons refer to social bodies like states, corporations, guilds, associations, etc., that have come to have legal personality of their own. In this category states hold a unique place, however, in that only states possess the autonomous capacity for legitimate compulsory mobilization in their own right (other social bodies, like corporations or guilds, also require mobilization of resources from their members but ultimately depend on the state to enforce that capacity, often through mechanisms of private law, such as contract). Consequently, for most social bodies short of the state, their character is dependent on what Hauriou called *institution-things*, or the juridical rules existing within society, such as property and contract, which borrow the power of sanction from the state as the ultimate social body in the collectivity. Working together these two types of institutions provide, as Hauriou put it, ‘the juridical basis of society and the state’.⁷

W. Scheidel, *Studying the State*, in W. Scheidel, P.F. Bang (eds.), *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean*, Oxford, Oxford University Press, 2013. The traditional list of locations where states first emerged includes «southern Mesopotamia, Egypt, the Indus valley, northern China, Mesoamerica, and the Andes», A.T. Smith, *The political landscape: constellations of authority in early complex polities*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 82.

⁴ C. Ando, J. Rüpke (eds.), *Public and Private in Ancient Mediterranean Law and Religion*, Berlin, De Gruyter, 2015.

⁵ P.L. Lindseth, *Between the “Real” and the “Right”: Explorations Along the Institutional-Constitutional Frontier*, in M. Adams, E.H. Ballin, A. Meuwese (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2017.

⁶ M. Hauriou, *La théorie de l’institution et de la fondation*, in *Cahiers de la nouvelle journée*, 4, 1925 pp. 2–45.

⁷ A. Broderick (ed.), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*,

The ‘special phenomenon’ of an institution is, according to Hauriou, «the transformation of an organization of fact into an organization of law, of the real into the right».⁸ At the most abstract level, the process of institutionalization, as Hauriou understood it, involved three elements: «(1) the idea of the work or enterprise to be realized in a social group; (2) the organized power put at service of this idea for its realization; (3) the manifestations of communion that occur within the social group with respect to the idea and its realization».⁹ I would restate the elements of institutionalization in slightly different terms,¹⁰ viewing them instead as sets of variables whose coordinates, if you will, can be described along three inter-related dimensions:

- the *functional*, in which actors seek to respond to objective demands (‘needs’) presented by their natural or social environment, subject to functional constraints on available resources, whether environmental or cultural/technological;
- the *political*, in which actors, while responding to these functional needs/constraints, struggle over the allocation of scarce institutional advantages within their collectivity or beyond, either as to the existing institutional advantages they seek to preserve or the new ones they seek to realize;
- and finally, the *cultural*, or the realm in which actors mobilize competing notions of legitimacy (conceptions of ‘right’), often religiously or legally expressed, either to justify or to resist changes in institutional and legal categories/structures in their response to functional needs/constraints.

The complexity of the interplay between these various dimensions is a principal reason why we observe a large degree of variation in institutional forms in human evolution – what Elinor Ostrom, the leading institutional theorist of the past half-century, has called the great «diversity of regularized social behavior that we observe at multiple scales».¹¹ Institutional variation emerges, within my framework, when shifting environmental demands or constraints in the functional dimension trigger, depending on the array of interests, either support or resistance in the political dimension. Moreover, this functional/political interaction is necessarily subject to varying and potentially contradictory interpretations mobilized in the cultural dimension. The line of causation will always be multidirectional, and there is no guarantee that similar functional demands – or, for that matter, similar arrays of political interests or similar conceptions of legitimacy that may emerge – will, in themselves, inevitably or inexorably lead to similar kinds of institutional transformations. Variation is inevitably the result.

Cambridge, Harvard University Press, 1970, reprinting and translating M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, cit.

⁸ M. Hauriou, *An Interpretation of the Principles of the Public Law*, in *Harvard Law Review*, 6, 1918, p. 815.

⁹ A. Broderick (ed.), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, cit., pp. 100-101.

¹⁰ The reasoning behind this revised approach is set out in greater detail in P.L. Lindseth, *Between the “Real” and the “Right”: Explorations Along the Institutional-Constitutional Frontier*, in M. Adams, E.H. Ballin, A. Meuwese (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 60-93.

¹¹ E. Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 6.

It should be further recognized that, even if certain institutions may be adaptive (and successful) in a particular environment or at a particular point in time, they may become maladaptive in a different environment or historical time period.¹² Thus, when speaking of institutional foundation and change, we should avoid normatively loaded terminology like ‘progress’ from one stage to the next. As Hauriou stressed, institutions are «born, live, and die»¹³ through acts of foundation, administration, and/or dissolution whose dynamics are inherently complex.¹⁴ As such, these processes defy such normative judgments, which may appear true at particular historical conjunctures but which, over time, may lose the evolutionary advantages that supported those judgments in the first place.

3. State Formation, Institutional Change, and the Emergence of Public Law

The literature on state formation is of course vast, and a detailed exploration of that literature’s many intricacies, nuances and debates is beyond the scope of this contribution.¹⁵ Nonetheless, several threshold observations would be helpful to position the subsections that follow within the context of that literature as well as the theoretical framing outline in Section 2 above.

The analytical challenge for scholars has always been to demarcate the emergence of ‘states’ from other social or political groupings, in particular those based kinship (eg bands and tribes). Beyond the obvious fact that states operate on a scale of human co-operation well beyond the kinship group, there are many formulations extant as to what precisely distinguishes a state as particular governance form. For our purposes, the classic definition offered by Robert Carneiro can serve as both an analytical guide and a foil for the discussion that follows. According to Carneiro,¹⁶ a state is «an autono-

¹² For example, the political polycentrism of Europe in the aftermath of the collapse of the Roman empire may well have served as an eventual predicate for Europe’s later ‘Great Divergence’ from China and the rest of the world in terms of economic performance and overall power (see W. Scheidel, *Escape from Rome: The failure of Empire and the Road to Prosperity*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2019). However, whether Europe’s continuing polycentrism today – something that European integration post-1945 has sought to transcend, if only incrementally – can continue to provide these macroeconomic and geopolitical advantages, is very much an open question; see P.L. Lindseth, *Judicial Review in Administrative Governance: A Theoretical Framework for Comparative Analysis*, in J.C.A. Poorter, E.H. Ballin, S. Lavrijssen (eds.), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Berlin, Springer, 2019, pp. 175-194.

¹³ A. Broderick (ed.), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, cit., p. 100.

¹⁴ E. Ostrom, *Prize Lecture “Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems”* [WWW Document], The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2009, 2009, available at <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2009/ostrom/lecture/>, accessed August 18, 2019.

¹⁵ For such an exploration, see generally W. Scheidel, *Studying the State*, in W. Scheidel, P.F. Bang (eds.), *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean*, cit., from which the introductory paragraphs in this Section 3 broadly draw.

¹⁶ R.L. Carneiro, *A Theory of the Origin of the State: Traditional theories of state origins are consid-*

mous political unit, encompassing many communities within its territory and having a centralized government with the power to draft men for war or work, levy and collect taxes, and decree and enforce laws».

As a guide, this definition points us toward what are indeed the irreducible elements of stateness: the capacity to mobilize human and fiscal resources as well as to make and enforce laws in support of that capacity (see Section 3.1 below). But as a foil, as we shall see, this definition can be criticized for glossing over what renders the state ultimately ‘autonomous’ in fulfilling this function. The autonomy of the state derives not from its coercive power – the element that Carneiro’s own work emphasizes – but rather from its legitimacy, *i.e.*, the state’s capacity to command *without necessarily resorting to force* (see Section 3.2 below). The elusive quality of legitimacy flows from the fact that, within the relevant population (or at least some critical portion of it), the state is uniquely experienced as the object of political obligation sufficient to give it the power to exercise a compulsory fiscal and human mobilization for collective ends.

What then renders a state ‘centralized’ – again to use Carneiro’s terminology as both guide and foil – is not the existence of a bureaucracy or officialdom as such, although that too can be important. Rather, it is the existence of a ‘principal’ at the center – person or institution – to which the population believes it owes that legitimate political obligation (see Section 3.3 below). This more ‘constitutional’ form of centralization – what Tocqueville called the «centralization of government’ as opposed to the ‘decentralization of administration»¹⁷ – points to the fact that the object of legitimate political obligation cannot be everywhere at once. A principal must work through agents, be they patrimonial lords, federated units like cities or regions, or actual office holders in a more centralized state bureaucracy.

What makes the political and legal management of a state (*i.e.*, administration) possible is the fact that the population experiences the principal’s designated agents, however constituted, as enjoying a derivative legitimacy that is seen as flowing from the principal. Legal mechanisms of empowerment, oversight, dispute resolution, and rights – in effect, the public law of administration writ large – have proven essential to supporting that derivative legitimacy. And armed with that derivative legitimacy, the political power of the state can then be diffused throughout the complex network of state action down to its very capillaries, *i.e.*, face-to-face interactions between individual state agents and members of the political community.¹⁸

Before proceeding to the subsections below, one final introductory point is appropriate, this one linking the discussion that follows with the framework theory of institutional foundation and change set out in Section 2 above. As Scheidel¹⁹ summarizes,

ered and rejected in favor of a new ecological hypothesis, in *Science*, 3947, 1970, available at <https://doi.org/10.1126/science.169.3947.733>, pp. 733-738.

¹⁷ A. de Tocqueville, *Democracy in America*, London, Longmans, 1889, reprinted by Washington, DC, Regnery Publishing, 2002, pp. 64-67.

¹⁸ Cf. M.J. Braddick, *State Formation in Early Modern England, C.1550-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 16-18.

¹⁹ W. Scheidel, *Studying the State*, in W. Scheidel, P.F. Bang (eds.), *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean*, Oxford, Oxford University Press 2013, p. 11.

theories on the origins of the state fall into two broad camps, «managerial, functionalist, or integrative theories on the one hand and conflict or stress theories on the other»:

According to the former, state structures develop in order to manage risk and technological complexity, for instance trade or irrigation. They envision a kind of ‘social contract’ in which the state provides benefits through managing complexity, by coordinating and organizing large numbers of people. In conflict theories, the state arises out of competition within a given group (i.e., between strata or ‘classes’) and between groups. In this view, the state depends on and maintains and reinforces inequality.

Robert Carneiro’s theory of state origins – again, our guide and foil in this introductory discussion – falls into the second camp, emphasizing the role of conflict in state formation, and out of conflict, the ultimate need for coercion. In Carneiro’s view, «only a coercive theory can account for the rise of the state. Force ... is the mechanism»²⁰ – something that becomes inevitable as a consequence of the growth of populations and their spatial encroachment on one another. This encroachment then inevitably leads to conflict over/stress on resources, which can only be resolved through force. Or so the theory goes. The broader literature on state formation, however, is in fact mixed on the role of such encroachments and stresses; indeed, examples exist of early states that arose without such factors being present.²¹ This in turn raises questions about the universal validity of conflict theories and pointing to the necessity of more functionalist, managerial theories in some cases.

One way to reconcile the two camps, however, is to recognize that they «merely highlight different aspects of interdependent processes».²² The institutional theory set forth in Section 2 above is in fact meant to provide a means of such reconciliation, accounting for the many complex ways in which the interplay between the functional, political, and cultural dimensions can lead to variation. Managerial theories, for example, emphasize responses to demands/constraints posed by the broader environment – that is, the *functional* dimension – whereas the coercive theories emphasize the importance of what Hauriou called «organized power» – that is, the *political* dimension. Such power, however, cannot alone explain cooperation on the scale that early states required, first to emerge, then to spread as the dominant form of human cooperation at large scale. Within the *cultural* dimension, there also had to be what Hauriou called «manifestations of communion ... within the social group», or what the evolutionary biologist Peter

²⁰ R.L. Carneiro, *A Theory of the Origin of the State: Traditional theories of state origins are considered and rejected in favor of a new ecological hypothesis*, cit., p. 734.

²¹ W. Scheidel, *Studying the State*, in W. Scheidel, P.F. Bang (eds.), *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean*, cit., p. 12, cites the examples of «northern China and among the Maya and Yoruba», drawing from B.G. Trigger, *Understanding Early Civilizations: a comparative study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 398; H.S. Lewis, *Warfare and the origin of the state: Another formulation*, in H.J.M. Claessen, P. Skalník (eds.), *The Study of the State*, The Hague, Mouton & Co., 1981, p. 211.

²² W. Scheidel, *Studying the State*, in W. Scheidel, P.F. Bang (eds.), *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean*, cit., p. 12.

Turchin – drawing on the writings of the fourteenth-century Arab thinker and politician, Ibn Khaldun – calls *asabiya*, or deep cultural sense of group solidarity.²³

3.1. Mobilization of Surplus Resources – Human and Fiscal

When we speak of the mobilization of surplus human and fiscal resources, we are no longer referring to the sort of cooperation needed to support the *subsistence* of either kinship-based bands of hunter-gatherers in the late Pleistocene or small tribal farming villages in the early Holocene. Rather, we are now referring to a kind of cooperation beyond subsistence that yielded *surpluses* – both in ‘blood’ and ‘treasure’ – that could then be mobilized for the benefit of a larger-scale polity – what we know call a state.

The increasing effectiveness of this surplus resource generation and mobilization over the first half of the Holocene (beginning 11kya) would give rise, first to chiefdoms, and then to early states in the conventional typology. The necessary predicates to this emergence, however, were the development of forms of sedentary living and increased population density that came with the advent of agriculture, particularly in grains, as part of what is now typically called the Neolithic revolution. The visibility of grain cultivation, along with its relative predictability and storability, rendered it more easily subject to taxation or outright appropriation, two elements essential to the rise of the early state. Increased population density also led to greater surplus labor, whose services could be then mobilized (often through compulsion) on behalf emergent elites.²⁴

Although the process of early state formation was extraordinarily rapid in evolutionary terms – just a few thousand years – it was obviously slow in historical terms, as measured by consciously lived lives. This is a point that James Scott stresses heavily in his widely-read recent study, *Against the Grain: A Deep History of the Earliest States*.²⁵ Scott argues that the slow historical pace of state emergence was a consequence of quite understandable social and political resistance to the state’s overall terribleness. State formation entailed, as Scott stresses, not just the domestication of plants and animals but of humans too, which together were forced into what he terms «late Neolithic multispecies resettlement camps».²⁶ The overwhelming costs of state formation in Scott’s telling – whether measured in declining nutrition from less varied diets, heightened disease from close quarters with animals and other humans, burgeoning unfree and/or slave labour in both war and peace, high tax burdens – makes one

²³ P. Turchin, *Historical Dynamics: Why States Rise and Fall*, Princeton, Princeton University Press, 2003, available at <https://doi.org/10.2307/j.ctt1wf4d45>.

²⁴ In this sense, key indicia of the rise of the early state were to be found in increasingly institutionalized fiscal and labor extraction, A. Monson, W. Scheidel (eds.), *Fiscal Regimes and the Political Economy of Premodern States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; W. Scheidel, *Building for the State: A World-Historical Perspective*, in D. Allen, P. Christesen, P. Millett (eds.), *How to Do Things with History: New Approaches to Ancient Greece*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

²⁵ J.C. Scott, *Against the Grain: A Deep History of the Earliest States*, New Haven, Yale University Press, 2017.

²⁶ J.C. Scott, *Against the Grain: A Deep History of the Earliest States*, cit., p. 18.

wonder how states could have ever become the dominant form of political authority that we know today.

Bracketing for the moment the question of legitimacy in the cultural dimension (which I take up in Section 3.2 below), the evident cost of state formation does raise the question of what the perceived benefits were, and by/for whom. Coercion and social stratification (and hence deep inequality and differential distribution of benefits) are one obvious explanation, as ‘conflict theories’ of state formation have long stressed. But is that the whole story? Was force «the mechanism», as Carneiro²⁷ and other conflict theorists suggest?

Certainly, the unequal distribution of benefits arguably ensured that there would be a critical mass of social actors seeking to defend, violently if need be, the institutional advantages that they derived from the emergent state. And this coercive enforcement would obviously be important to the durability of the state form. But one could also argue that, functionally, the slow pace of state formation may well have helped mitigate (though hardly eliminate) the need for intensive coercion in the face of psychological resistance. What we can now identify as a range of seriously adverse causal effects (eg heightened malnutrition, infectious disease, war) were, due to the slow pace of change, just as likely to be experienced in the cultural dimension as part of the natural challenges of existence (attributable to the ‘cosmic polity’?)²⁸ rather than the result of social and political organization here on earth.

Moreover, even for those members of the collectivity on the short end of the distributional spectrum, the early state may well have been perceived as lower risk, or at least less uncertain and volatile, as compared to the risks and uncertainties of life beyond the state’s frontiers.²⁹ Indeed, as one reviewer of *Against the Grain* remarked, rather than «state subjects fleeing in droves to join the less downtrodden barbarians and having to be held back by force», the historical evidence more often suggests that it was the so-called barbarians who regularly «infiltrated, conquered and settled in existing states».³⁰ This suggests an arrow of attraction that was, over time, in the state’s favor.

This may also point to why, even as *particular states* no doubt proved fragile and prone to collapse, the core of the *state form* (large-scale mobilization of surplus resources – human and fiscal – in favor of the group) proved enduring as a functional matter. Among the most important demands on states were competitive pressures posed by other human groups. These pressures rendered states, like all such groupings,

²⁷ R.L. Carneiro, *A Theory of the Origin of the State: Traditional theories of state origins are considered and rejected in favor of a new ecological hypothesis*, cit., p. 734.

²⁸ Cf. M. Sahlins, *The Original Political Society*, in M. Sahlins, D. Graeber (eds.), *On Kings*, Chicago, HAU Books, 2017, p. 57, speaking of the sources of the «cosmic polity» as «the original political society»: ‘Finitude is the universal human predicament: people do not control the essential conditions of their existence’.

²⁹ J.R. Burger, T.S. Fristoe, *Hunter-gatherer populations inform modern ecology*, Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA, 6, 2018, available at <https://doi.org/10.1073/pnas.1721726115>, p. 1137; M. Tallavaara, J.T., Eronen, M. Luoto (eds.), *Productivity, biodiversity, and patho-gens influence the global hunter-gatherer population density*, Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA, 6, 2018, p. 1232, available at <https://doi.org/10.1073/pnas.1715638115>.

³⁰ W. Scheidel, *From plains to chains: how the state was born*, in *Financial Times*, 2017, available at <https://www.ft.com/content/aa39bc10-a836-11e7-ab66-21cc87a2edde>, accessed August 24, 2019).

subject to a process akin to natural selection, what has been called variously «cultural group selection»³¹ or «multilevel selection».³² According to this view, a state's capacity to foster internal cooperation raises its fitness and success in the competition with other groupings.³³ Competitive success in turn leads others to try to copy, or indeed improve upon, a particular state's model (what social scientists today call 'diffusion' and comparative lawyers call 'transplants'). The process is undoubtedly complex, involving factors operating in the functional, political, and cultural dimensions simultaneously. But the functional incentive to adapt – and more importantly to foster internal cooperation for external success – is persistent.

This persistent incentive helps to explain some of the observed variation in how premodern states went about mobilizing surplus resources for collective ends. In a cross-cultural survey of thirty such societies, for example, Richard Blanton and Lane Fargher use a collective-action approach to explore the linkage between forms of governance and state revenue sources.³⁴ They found autocratic rulers generally relied on external sources (eg taxes on trade, booty from conquest); rulers whose authority derived from more collective decision-making, by contrast, were able to rely more on internal sources (direct taxes on the population). Among the latter group, Blanton and Fargher also found evidence of greater legal constraints on ruling principals and administrative agents (in effect, public law), as well as the provision of more public goods and greater tax compliance. Examining this and other studies using a collective-action approach, Gary Feinman, a specialist in Mesoamerican state formation, concluded that early polity building in fact often 'involved coalition, consensus, coalescence, and cooperation',³⁵ with variation between collective and autocratic forms of governance operating along a spectrum.

An implication of this collective-action literature obviously relates to differential levels of political buy-in as to particular forms of governance, or more specifically as to the relationship between the sort of taxation a ruler seeks to impose (external vs internal) and the perceived legitimacy of the governance form (autocratic vs collective). This interplay is an expression of what I have previously termed the «power-legitimacy nexus», or the decisive impact that the differential nature and extent of legitimacy has

³¹ P. Richerson, R. Baldini, A.V. Bell, K. Demps, K. Frost, V. Hillis, S. Mathew, E.K. Newton, N. Naar, L. Newson, C. Ross, P.E. Smaldino, T.M. Waring, M. Zefferman, *Cultural group selection plays an essential role in explaining human cooperation: A sketch of the evidence*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 39, 2016, available at <https://doi.org/10.1017/S0140525X1400106X>, pp. 1-68.

³² P. Turchin, *Warfare and the Evolution of Social Complexity: A Multilevel-Selection Approach*, in *Structure and Dynamics*, 4, 2010.

³³ As P. Turchin, *Warfare and the Evolution of Social Complexity: A Multilevel-Selection Approach*, cit., pp. 1-2, summarizes: «Simply put, individuals within a group must cooperate with each other in order to inflict lethal force on other groups. Conflict between groups is only possible from the basis of within-group cooperation».

³⁴ R. Blanton, L. Fargher, *Collective Action in the Formation of Pre-Modern States*, New York, Springer Science & Business Media, 2008; Id., *Collective action in the evolution of pre-modern states*, in *Social Evolution & History*, 2, 2009, pp. 133-66.

³⁵ G. Feinman, *The Governance and Leadership of Prehispanic Mesoamerican Polities: New Perspectives and Comparative Implications*, in *Cliodynamics*, 2, 2018, available at <https://doi.org/10.21237/C7cli09239449>, p. 10.

on the powers that governing institutions can then successfully exercise.³⁶ We turn to that next question now.

3.2. *Legitimate Political Obligation and the Power-Legitimacy Nexus*

If we understand a legal or political institution to be the product of a «transformation of an organization of fact into an organization of law, of the real into the right»,³⁷ then we must also recognize the ultimate centrality of legitimacy in the emergence and durability of the institution. Legitimacy is quintessentially a conception of ‘right’ that can be mobilized in law or politics to justify specific actions or even a system of rule as a whole. The power-legitimacy nexus, however, points us toward the obvious fact that not all forms of legitimacy are capable of justifying the same range of political or legal obligations. Some more limited forms of legitimacy may be sufficient to support institutions of economic metabolism on a smaller scale (say, norms of contract). But a political metabolism on a greater scale – ie the establishment of institutions that demand compulsory mobilization of ‘blood’ and ‘treasure’ from a larger population for the benefit of a state – will require different and more robust form of legitimacy altogether.

This more robust form of legitimacy can be called ‘constitutional’, albeit not in the formal (and anachronistic) sense of a foundational act of positive law. Rather, we use the term here in the more substantive sense of strong socio-historical, socio-cultural, and socio-political underpinnings capable of ‘constituting’ a genuine political metabolism on behalf of the collectivity. Hauriou effectively alluded to this higher category of legitimacy when he spoke of ‘constitutional superlegality’; that is, «a sort of constitutional legitimacy that occupies a place above even the written constitution».³⁸ The emergence of this sort of genuinely *constitutional* legitimacy for a particular community – that is, the creation of a body or bodies capable of mobilizing fiscal and human resources on behalf of the community as a whole – requires a special kind of transformation of ‘real’ and ‘right’, something akin to a phase transition from liquid to solid, to borrow language of the natural sciences.

Among the elements contributing to this transformation is the existence of a sufficiently cohesive population capable of subjecting itself to political authority that is ‘constituted’ in this way – a huge challenge as early societies shifted away from mere

³⁶ P.L. Lindseth, *The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance*, in F. Bignami (ed.), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2020; Id., *Between the “Real” and the “Right”: Explorations Along the Institutional-Constitutional Frontier*, in M. Adams, E.H. Ballin, A. Meuwese (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, cit., pp. 60-93; Id., *The Perils of ‘As If’ European Constitutionalism*, in *European Law Journal*, 5, 2016, pp. 696-718.

³⁷ M. Hauriou, *An Interpretation of the Principles of the Public Law*, cit., p. 815.

³⁸ N. Foulquier, *Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)*, in *Jus Politicum*, 2, 2009, pp. 1-31; quoting M. Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, 1 ed., Paris, Sirey. 1923, p. 296, my translation.

kinship-based groupings. Today we often associate such an ‘imagined community’³⁹ with a ‘nation’, ‘people’ or *demos* in a liberal-democratic sense. But one of the main aspects of the collective-action approach of Blanton and Fargher⁴⁰ is to highlight the extent to which such collective-identity dynamics operated to support the legitimacy of governance in premodern and non-Western societies as well. Indeed, it has long been recognized that early societies developed membership markers at ever-larger scales, well beyond the limits of specific kinship groups, arguably to reinforce this necessary sense of cohesion. These markers could include, for example, such things as dialect, clothing, ornamentation, and religion, each of which could help humans «determine whether someone personally unknown to them was a member of their cooperating group or, vice versa, an alien and an enemy».⁴¹

This reference to ‘alien or enemy’, however, raises the question of the role of war, conquest and coercion in forging, in the first instance, these political communities at ever-larger scale. Again, for conflict theorists like Carneiro,⁴² it is only «[f]orce, and not enlightened self-interest», that can adequately explain the process of «political evolution ... from autonomous villages to the state». There is indeed considerable evidence that intra- and inter-group conflict played an important role in advancing human cooperation within the framework of states over several millennia.⁴³ However, a simple binary of ‘force’ vs ‘enlightened self-interest’ arguably leaves unexamined a rather substantial intermediate terrain of nuance in the socio-historical, socio-cultural, and socio-political realm.

In a recent set of reflections entitled *On Kings*, for example, the cultural anthropologists David Graeber and Marshall Sahlins argued: «Conquest is overrated as the source of “state formation”», observing that, «[f]or all the transgressive violence of the founder’, kingdoms are ‘often peacefully established».⁴⁴ This statement resonates with a similar position advanced earlier by Hauriou, who developed an extended critique of the idea that «[f]orce becomes law by success. Constituted law is an attack that has succeeded».⁴⁵ Hauriou recognized that, superficially at least, history would seem to support such a claim: «brutal conquest has long been responsible for the forcible union of peoples, and insurrection has given rise to legitimate government». The challenge, Hauriou argued, was understanding «the difficult problem of legitimacy arising from prescription». As he elaborated:

³⁹ B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, New York, Knopf Doubleday Publishing Group, 1983.

⁴⁰ R. Blanton, L. Fargher, *Collective Action in the Formation of Pre-Modern States*, cit.; Id., *Collective action in the evolution of pre-modern states*, cit.

⁴¹ P. Turchin, *Warfare and the Evolution of Social Complexity: A Multilevel-Selection Approach*, cit., p. 7.

⁴² R.L. Carneiro, *A Theory of the Origin of the State: Traditional theories of state origins are considered and rejected in favor of a new ecological hypothesis*, cit., p. 734.

⁴³ P. Turchin, *Ultrasociety: How 10,000 Years of War Made Humans the Greatest Cooperators on Earth*, LCC, Beresta Books, 2016; Id., *Warfare and the Evolution of Social Complexity: A Multilevel-Selection Approach*, cit.

⁴⁴ D. Graeber, M. Sahlins, *On Kings*, Chicago, HAU, 2017, p. 5.

⁴⁵ M. Hauriou, *An Interpretation of the Principles of the Public Law*, cit., p. 816.

«[if] an organization is created simply by force, ... it then desires to live in peace. But to obtain a peaceful existence the new organization must obtain a pardon for its origin, must modify itself, must put itself in harmony with the conscience of jurisprudence. Peaceful existence is possible only when the demands of the law are satisfied. Until that is achieved the usurper must maintain an armed peace, and an armed peace is not a peaceful existence. So any organization derived from force becomes neither institutionalized nor legitimate save when law has beatified it. Nor does law beatify by reason of force alone». ⁴⁶

One might fairly ask at this point: What is this ‘law’ that ‘institutionalizes’, ‘legitimizes’, ‘beatifies’, and/or legalizes by ‘peaceful existence’? Despite his Catholicism, Hauriou insisted that he was not speaking of natural law, at least not of a sort that is identifiable *a priori*. Hauriou’s institutionalizing and legitimizing law was, in his view, revealed socially and culturally in the continuing process of historical development manifested in the balance of forces that society realizes in itself over time. This explains why – beyond the functional and political dimensions – Hauriou added a third, cultural dimension to the process of institutionalization: «manifestations of communion that occur within the social group». It is through these ‘manifestations of communion’ – often legally or religiously expressed – that a social group takes a kind of ownership of an organization of fact (whether created by political force or in response to functional demand) and turns it into one of law. And it is through this process of internalization that a political legitimacy emerges, one that truly allows the ‘real’ to be viewed as ‘right’ for that particular community. ⁴⁷

Interestingly, Graeber and Sahlins, in the societies they analyze in *On Kings*, see a similar dynamic at play in royal installation rites. ⁴⁸ The new king’s «wild or violent nature is not so much eliminated» by these rites «as it is sublimated and in principle used for the general benefit: internally as the sanction of justice and order, and externally in the defense of the realm against natural and human enemies». But even as «the king is domesticated» through these rites, «the people are [also] civilized. The kingship is a civilizing mission». This ritualized transformation of both king and people, I would suggest, points to the complex dynamic between force and legitimation that has been essential to the process of state formation as a whole. Through this special process of transformation – again, this phase transition – mere institutions gain a legitimacy not only to engage in regulatory actions of various kinds in the private domain but also to exercise the core prerogatives of public power on a societal scale: the legitimate compulsory mobilization of resources, both human (policing, defense, i.e., coercion both internal and external) as well as fiscal (most importantly taxation).

⁴⁶ M. Hauriou, *An Interpretation of the Principles of the Public Law*, cit., p. 816.

⁴⁷ Cf. B. Du Laing, *Bio-Legal History, Dual Inheritance Theory and Naturalistic Comparative Law: On Content and Context Biases in Legal Evolution. Symposium on Evolutionary Approaches to (Comparative) Law: Integrating Theoretical Perspectives*, in *Review of Law & Economics*, 2011, p. 698, («comparative legal theory has also been rightly preoccupied with the question of what makes people – so to speak – “believe” in *their* laws, rather than in the laws of other peoples») (emphasis in original).

⁴⁸ D. Graeber, M. Sahlins, *On Kings*, Chicago, HAU, 2017, p. 6.

What emerges out of this special process of transformation is, in effect, a ‘constitutional’ principal capable of empowering and legitimizing an apparatus of ‘administrative’ agents without which the state could not function. We turn to that final emergent property in the process of state formation now.

3.3. *Political and Legal Management: Constitutional Principals and Administrative Agents*

In a governing system of any reasonable size (thus, by definition, including early states), a constitutional principal at the center – person or institution – cannot, as mentioned previously, be everywhere at once. Such a principal must operate through administrative agents in order to implement its policies, most importantly as to tax collection and other forms of resource mobilization. This means that, from the standpoint of legitimacy, the most important relationship in a governing system, as Max Weber well understood, is always between the leader and the staff (*i.e.*, principal and agent).⁴⁹

Of course, the term ‘staff’ here should be broadly understood to encompass the great variety structures through which a ruling system might be administered (including, for example, patrimonial lords, officers of federated cities or regions, or more centralized state bureaucracies, just to name a few possibilities). The idea of a ‘leader’, too, should also be flexibly understood to encompass both persons or institutions of varying types, as long as they are the object of legitimate political obligation. But the key point to recognize is this: The existence of legitimacy as between a constitutional principal and its administrative agent(s) is essential to the operation of the governing system at ever increasing scales. Without that legitimacy, the system collapses.

History is replete with examples but, for our purposes, one famous one will suffice: the fall of the Roman empire in the west and its eventual replacement by a feudal social and political order. In a magisterial article ‘The Other Transition: From the Ancient World to Feudalism’, the medieval historian Chris Wickham provides us with a compelling historiographical theory to understand this process. As Wickham explains, in the late Roman empire the state had long been ‘the basis of wealth and power’.⁵⁰ The problem, however, was that «the central [tax] collectors were few. The empire was large; the state could not collect most taxes except through civic officials».⁵¹ In providing this essential service to the state, these officials often became fabulously wealthy, and they then channeled their new-found wealth into land. Over time, «[t]heir private interests as landowners were ... in contradiction with their interests as rulers and clients of the state ... [A]lthough the financial resources of the state were still a powerful focus of loyalty ...

⁴⁹ See M. Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, Hutchinson, Free Press, 1947, p. 327: «the mode of legitimation of the relation between chief and his staff vary widely according to the type of basis of the relation of authority between them, and as will be shown, this variation is highly significant the structure of imperative co-ordination».

⁵⁰ C. Wickham, *The Other Transition: From the Ancient World to Feudalism*, in *Past & Present*, 1, 1984, p. 14.

⁵¹ C. Wickham, *The Other Transition: From the Ancient World to Feudalism*, cit., p. 15.

the direct commitment to private ownership of property tended to be a firmer force ... The rich began systematically to evade taxation». ⁵²

By the early 400s CE, according to Wickham, the Germanic invasions had created a crisis of «ideological *hegemony*» (emphasis in original), suggesting to these elites that «the duration of the Roman empire might be finite» and the «possibility of alternative polities [was] more than a mirage». ⁵³ Increasing tax evasion by these erstwhile state clients (now primarily landowners) also fed into the crisis: Declining tax revenues weakened the army still further and rendered the empire more vulnerable to attack. These state clients were thus increasingly presented with a choice: stick with Rome and its patronage (of increasingly less value) or opt for the possibility of a successor state in which their rents in land might receive more protection. By the 460s, the crisis of hegemony had become an outright «crisis in the legitimacy of the empire», marked by «actual political disloyalty by some major political figures ... By the 470s, each region of the west had its own barbarian rulers; the unitary western state had ceased to exist». ⁵⁴

Writ large, Wickham's historiographical theory of the collapse of the western Roman empire is ultimately a classic story of an agency-cost problem. By that, we are referring to the propensity of agents to pursue their own interests rather than those of their putative principal, as well as the costs to the principal in constructing mechanisms of oversight and control to ensure that agents do not in fact go astray. At the heart of that challenge is the problem of asymmetric information – the fact that agents at the periphery will inevitably know more about their own activities than will the principal at the center. Much of what today we recognize today as administrative law can be understood, functionally, as mechanisms by which principals manage asymmetric information risk and the agency-cost problem. ⁵⁵

In the case of the late Roman empire in the west, the state's previously loyal agents (civic officials) ended up pursuing their own interests as landowners rather than those of their seeming constitutional principal, the imperial state. This history highlights something that Max Weber again well understood: that the agency-cost problem and asymmetric information risk are much greater when a state relies on patrimonial as opposed to bureaucratic forms of administration. ⁵⁶ Where administration is patrimonial, the agents own the means of administration and are thus much more difficult to monitor and control; in cases of bureaucratic administration, those means are owned by the state itself, easing – though hardly eliminating – that crucial task of oversight.

The administrative systems of early states usually «retained strong patrimonial ele-

⁵² Ibidem, cit., p. 15.

⁵³ Ibidem, cit., p. 18.

⁵⁴ Ibidem, cit., p. 19.

⁵⁵ P.L. Lindseth, *Judicial Review in Administrative Governance: A Theoretical Framework for Comparative Analysis*, in J.C.A. Poorter, E.H. Ballin, S. Lavrijssen (eds.), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, cit.

⁵⁶ M. Weber, *Economy and society: an outline of interpretive sociology*, Berkeley, University of California Press, 1978, pp. 1028-1030; Id., *Politics as a Vocation*, in H.H. Gerth, C.W. Mills (eds.), *Max Weber: Essays in Sociology*, New York, Oxford University Press, 1946, p. 81.

ments». ⁵⁷ With the subsequent waxing and waning of the feudal system in Europe over nearly a thousand years, such patrimonial elements would come to predominate and then, in the transition to the early-modern period, slowly come under strain. As Wickham has elsewhere written, among the overarching structural developments of the medieval millennium (between the breakup of the western Roman empire and the Reformation) was «the shift in the balance of resources of political systems from taxation to landowning and back again», a process intimately bound up with «the retreat and reinvention of public power». ⁵⁸ By the later middle ages (after 1350 CE), «the development of more complex forms of taxation by some rulers ... allowed for the expansion of a new strata of paid officials, who were more often trained, in universities and other schools, institutions by now themselves made possible because a more complex economy could sustain them». ⁵⁹

The effort to construct an administrative apparatus free of patrimonial elements would continue to characterize the development of the state in the western world throughout the early-modern and modern period, often prompted by concerns over international competition. ⁶⁰ As Tocqueville famously observed in *The Old Regime and the French Revolution*, the monarchy in seventeenth – and eighteenth-century France was riddled with «a vast diversity of laws and authorities, a bewildering confusion of powers» spread among «administrative bodies and officials vested with rights acquired by purchase, which could not be withdrawn from them». ⁶¹ Faced with the challenges of war, religious and political division, economic decline, and social unrest, the Old Regime monarchy attempted to create a parallel administrative hierarchy that was unencumbered by corporatist or venal privileges and thus which owed its loyalties primarily to the king. The driving force behind this attempted process of bureaucratic centralization was, as Tocqueville argued, «the instinctive desire of every government to gather all the reins of power into its own hands». ⁶²

That effort no doubt differed considerably, both in historical context and detail, from what one might observe in early state formation. Nonetheless, it was arguably little different *in kind* across these two periods. In the later French case, of course, it would take the Revolution of 1789 and the ensuing upheaval of the subsequent quarter-century to set France definitively on a path of replacing patrimonial with bureaucratic administration. ⁶³ But the political and legal essence of that struggle was the reinven-

⁵⁷ W. Scheidel, *Studying the State*, in W. Scheidel, P.F. Bang (eds.), *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean*, cit., p. 14.

⁵⁸ C. Wickham, *Medieval Europe*, New Heaven, Yale University Press, 2016, p. 2.

⁵⁹ *Ibidem*, cit., p. 255.

⁶⁰ See eg. J. Brewer, *The Sinews of Power: War, Money, and the English State, 1688-1783*, I American ed., New York, Knopf, 1989; M.M. Edling, *A Revolution in Favor of Government: Origins of the U.S. Constitution and the Making of the American State*, Ipswich, Ebsco Publishing, 2003; C. Storrs (ed.), *The Fiscal-military State in Eighteenth-century Europe: Essays in Honour of P.G.M. Dickson*, Farnham, Ashgate Publishing, 2009.

⁶¹ A. de Tocqueville, *The Old Regime and the French Revolution*, Garden City, N.Y., Doubleday, 1856 [1955], p. 33.

⁶² A. de Tocqueville, *The Old Regime and the French Revolution*, cit., p. 58.

⁶³ See generally I. Woloch, *The New Regime: Transformations of the French Civic Order, 1789-1820s*, New York, Norton, 1995.

tion of the ‘constitutional’ principal – the attempted replacement of the king with an elected assembly as representative of the ‘nation’ – and then the further development of mechanisms to ensure the legality and legitimacy of the state’s increasingly more centralized network of administrative agents.

In that struggle, post-revolutionary France also purported to create a new kind of law to support its new governing apparatus, now officially dubbed ‘administrative law’, which would have wide influence throughout the western world and eventually beyond.⁶⁴ Together with its ‘constitutional’ counterpart over the same period, this seemingly new kind of law would provide the essential foundations for the domain of public law as we formally understand that term today. But the ultimate function of both branches of public law – first to constitute legitimate governing authority, and then to administer it – clearly have much deeper roots. Indeed, even if *avant la lettre*, both domains of public law had long been inextricably intertwined in the process of state formation over many thousands of years.

4. Conclusion

The aim of this contribution has been to refocus our attention on certain fundamentals in the comparative study of the emergence of public law, both constitutional and administrative. By exploring, first, the emergence of legitimate compulsory mobilization and then the development of mechanisms of administrative coordination between principals and agents, this chapter argues for a significant measure of evolutionary continuity between modern developments and those of early state formation. This contribution has also sought to apply an analytical framework – functional, political, and cultural – that can adequately come to terms with both the broader continuities and contextual differences in these developments across time and place. To borrow the language of Elinor Ostrom, this framework seeks to describe «a general set of variables that can be used to analyze all types of institutional arrangements» and «a metatheoretical language that can be used to compare theories».⁶⁵

In stressing the complex interplay between the functional, political and cultural dimensions in processes of institutional and legal change, I view myself as continuing an intellectual enterprise I began three decades ago, as a student of Marco D’Alberti. I very much remain his student today. These reflections are offered here as a sign of deep gratitude for all he has taught me – indeed all of us – over the course of his long and exemplary career.

⁶⁴ See generally B. Sordi, *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence of Administrative Law in Europe*, in S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

⁶⁵ E. Ostrom, *Background on the Institutional Analysis and Development Framework*, in *Policy Studies Journal*, 1, 2011, available at <https://doi.org/10.1111/j.1541-0072.2010.00394.x>, p. 8.

American Administrative Law in an Age of Presidential Unilateralism

Jerry L. Mashaw

Summary: 1. Introduction. – 2. The Accretion of Presidential Power. – 3. Presidentialism and the Rule of Law. – 4. Presidential Unilateralism and American Democracy.

1. Introduction

During his first few weeks in office the most prominent television image of President Joe Biden was of Biden sitting at a desk signing a huge stack of very official looking documents. On his first day in office, for example, President Biden issued an executive order rejoining the Paris climate agreement, ordered all agencies of the federal government to conduct equity assessments concerning any policies adopted, reversed former president Trump's policy barring entry into the United States for refugees and residents of seven predominantly Muslim countries, instituted a nationwide mask mandate covering all federal properties and interstate travel, issued an executive order revising immigration enforcement policies, and removed a number of regulatory restrictions that the Trump administration had placed on federal agencies. In addition, Biden reaffirmed the Obama administration enforcement policy shielding from deportation undocumented immigrants who arrived in the US as children, issued an executive order banning discrimination on the basis of gender identity or sexual orientation in all federal programs and activities, significantly revamped the program of regulatory review at the Office of Management and Budget, issued a proclamation terminating the construction funding for president Trump's border wall, and issued an order requiring all government appointees to sign a strengthened ethics pledge. There was more, and this was just the first day.

This blizzard of unilateral executive actions that characterized the new president's first days in office might suggest that the United States now elects monarchs who exercise royal prerogatives rather than presidents who head the executive branch of the government, but do not make law. That conclusion would be misleading. But there has been a remarkable trend toward executive unilateralism beginning at least in the Reagan administration. During these last four decades presidents have increasingly sought to gain direct control over the far-flung administrative state and to bypass both

line agencies and Congress in order to make good on presidential campaign promises. The increasing polarization of American politics and the prominence of divided government, that is, the executive and legislative branches being controlled by opposing parties, has motivated even presidents who promised bipartisanship, like presidents Obama and newly elected President Biden, to take pen in hand to issue executive orders, proclamations, memoranda and the like. These actions are designed both to establish policy directly and to gain control over executive policymaking by line agencies.

Presidential unilateralism has had major effects on American administrative law and the image of administrative government that now dominates the American legal imagination. We have moved from an age in which administration was thought to be the straightforward implementation of congressional legislation, or the working out of complex policies by relatively independent administrative experts, to an image of administration as the carrying out of presidential policy preferences. To be sure these movements toward presidential control of administration, or the substitution of presidential unilateral action for either congressional legislation or agency policymaking, have not been without controversy. Indeed, much of the litigation concerning either presidential or agency policy in the last several decades has implicated, if not raised directly, the constitutional propriety of presidential control of administrative policymaking.

A brief look at the U.S. Constitution reveals why presidential lawmaking should be considered constitutionally problematic. Executive power is vested in the president, but the content of executive power is not defined. Yet, it is clear from other provisions of the Constitution that the executive power vested in the president was not meant to be anything like the royal prerogative exercised by British kings and queens. With respect to the law the president's authority is stated as a duty, that is, to see that the law is faithfully executed. And the only authority over executive officers spelled out in the Constitution is to appoint the heads of departments, who must be confirmed by the Senate, and to request reports from those officers in writing. Indeed, as one scholar has described the American constitutional drafting process, the drafters of the American Constitution took a careful look at royal prerogative as exercised historically in England and allocated most prerogative powers to Congress, not the President.¹

Hence, for example, Congress creates offices and officers. The latter, other than heads of departments, are appointed by the president, department heads, or the courts of law, as directed by Congress in the legislation establishing the relevant office. The structure, powers, duties, procedures, and resources of administrative offices are all creatures of congressional legislation. Even the president's commander-in-chief authority is constrained by the provisions giving Congress the power to raise armies and navies, make rules for the regulation of the military, declare war, and provide funding for the military establishment. The rise of what is sometimes called "the Imperial presidency"² has been a function of constitutional practice, not necessarily the working out of the initial constitutional design.

¹ M. McConnell, *The President Who Would Not Be King*, Princeton, PUP, 2020.

² A. M. Schlesinger, Jr., *The Imperial Presidency*, New York, Houghton Mifflin, 1973.

2. The Accretion of Presidential Power

Although James Madison and other drafters of the American Constitution imagined the separation of executive, legislative and judicial powers as a check on each – with ambition countering ambition³ – much of the accretion of presidential power is due to congressional legislation. A major background condition for the rise of presidential power has been the creation of an extensive administrative state apparatus with broad delegations of executive authority to make policy subsidiary to congressional legislation. And, while the Constitution requires presidential appointment only for heads of departments, Congress has allocated appointment authority over virtually all policy-making officials to the president. These appointments sometimes require Senate approval, but most do not. Presidents can thus staff much of this vast administrative state with like-minded policymakers appointed without senatorial constraint.

Congress, of course, holds the purse strings and can limit administrative activity by withholding funds and by specifying their use in great detail. Yet, vast sums are allocated in general appropriations whose use is left to agency discretion. Moreover, agency budgeting has been centralized in the Executive Office of the President (EOP) in the Office of Management and Budget (OMB). And generous lump-sum appropriations for the (EOP) have allowed presidents to create a substantial bureaucracy in the White House to direct and oversee the activities of line agencies. Presidents have also been given unilateral authority in hundreds of statutes permitting them to declare emergencies and to act to meet emergency situations with very little statutory guidance.⁴ Moreover, while much administrative power is delegated to particular agencies or officials, in areas such as immigration much of the policymaking power is delegated to the president directly.⁵

Presidents have not been bashful about wielding the powers allocated to them. Beginning in the Reagan administration, for example, every president has made the Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) in OMB into an overseer of all major administrative rulemaking by line agencies. This systemic approach can be extremely powerful. President Reagan's executive order, which has been modified and extended by all subsequent presidents, requires that any major federal rulemaking satisfy a cost-benefit test, save in those rare situations where an agency's authority precludes the use of cost-benefit criteria. The methodology of cost-benefit analysis to be used by line agencies is specified in OMB guidelines. What can or cannot be counted as a cost or benefit, how those costs and benefits are to be calculated, the discount rate to be applied to future costs and benefits, and a host of other criteria can easily determine whether a proposed regulation has benefits that exceed its costs. President Trump went even further to require by executive order that agencies repeal two rules for every new rule adopted and that the net costs of all new rules be zero. The result was that virtually

³ P. Shane, *Madison's Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, Chicago, Chicago University Press, 2009.

⁴ These statutes are collected at <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-emergency-powers-and-their-use>.

⁵ A. Cox, C. Rodriguez, *The President and Immigration Law*, Oxford, OUP, 2020.

no new rules could be adopted save those that reduced regulatory requirements and therefore regulatory costs.

Presidents have always been understood to have particularly strong authority in the field of international relations. To read the Constitution is to imagine that international commitments should take the form of treaties, which require Senate approval by a two-thirds vote. But treaties have fallen out of fashion in favor of executive agreements which can be crafted by presidential administrations unilaterally. To be sure, for such agreements to be effective they must be capable of implementation using existing presidential powers provided either by the Constitution or by congressional legislation. But, given the existing broad powers available to presidential administrations in the 21st century, the possibilities for presidential policymaking free from congressional restraint are very substantial.⁶ Extremely important policies having both international and domestic implications can be effectuated through executive agreements, witness the Paris climate change agreements and the Iran nuclear deal.

Finally, presidents can exercise unilateral policymaking power through their inherent authority to manage the federal bureaucracy and regulate federal procurement policy. Presidents from Harry Truman forward, for example, have made substantial inroads against all manner of discriminatory practices by conditioning firms' ability to contract with the federal government or to receive federal grants on non-discrimination constraints. Similarly, a substantial portion of federal social policy is structured in the form of federal grants to states and localities subject to various legislatively specified conditions. But, virtually all such legislation permits the grant-making authority to waive or modify grant conditions to take account of local circumstances or to experiment with alternative means of effectuating the broad goals of the grant legislation. Hence, an administration that is unsympathetic to some of the limitations or conditions in a particular grant program can enter into agreements with states and localities that substantially modify the results that the relevant program achieves.

Constraining Presidential Authority

The exercise of all these presidential powers is, of course, not without various forms of limitation. Where policymaking authority is allocated to officials other than the President that power is theirs, not the President's.⁷ And, the powers that these officials wield is circumscribed by their authorizing statutes. Hence, a vast number of presidential executive orders that are routinely reported as having set policy for the US government in fact merely direct the relevant officials to exercise their discretion to carry out the president's direction only to the extent permitted by law. Moreover, these directions are effective only to the extent that the president's other powers, powers of appointment, removal and supervision, effectively motivate the actions of lower-level officials. And to the extent that carrying out presidential directives requires imaginative

⁶ C. Bradley, J. Goldsmith, *Presidential Control Over International Law*, in *Harvard Law Review*, 5, 2018, p. 1202.

⁷ P. Strauss, *Overseer, or the Decider – The President in Administrative Law*, in *George Washington Law Review*, 4, 2007, p. 696.

reinterpretation of pre-existing statutory authority there is the danger that the new policies will be invalidated on judicial review, as the Trump administration found out on a remarkably large number of occasions.⁸

Presidential unilateralism is also fragile.⁹ What one president does through the exercise of unilateral authority can obviously be undone by a subsequent administration using that same authority. In some sense president Trump's major policy commitments sometimes seemed simply to be undoing whatever President Obama had accomplished. And, as the description in the first paragraph of this essay demonstrates, undoing Trump policies has been very high on President Biden's early agenda.

Yet, notwithstanding these limitations presidential unilateralism is now a potent force in American government. Presidential appointees generally endeavor to do the president's bidding. Congressional push back through legislation is constrained by the threat of presidential vetoes. Much presidential unilateral action is not subject to judicial review. And, judicial invalidation of agency policies following presidential directives must contend with significant limitations on the authority of federal courts to review administrative policymaking. Doctrines of standing, ripeness and non-reviewability prevent review of most presidential directives themselves. And, to the extent that these directives are intended to limit administrative action, those same doctrines are likely to prevent litigants from forcing administrators to act. Hence, for example, much of President Trump's anti-regulatory agenda was insulated from legal attack.

To illustrate this last point, the Trump executive orders requiring that two rules be repealed for every rule adopted, and giving agencies, in effect, a regulatory budget set at zero, were not themselves subject to judicial review. Those executive orders did not change the rights, duties or privileges of anyone. Hence, no one had standing to challenge their legality. And, when line agencies failed to adopt any new rules that would impose regulatory costs on regulated parties, that inaction was virtually always non-reviewable. Federal courts view agency decisions concerning the setting of regulatory agendas as committed to the discretion of the agency having regulatory authority.¹⁰ Only rarely do congressional statutes force agencies to take action concerning particular matters within a limited time frame or based on the occurrence of particular, action-forcing events.

Supreme Court Doctrine

As the immediately preceding discussion suggests judicial doctrine tends to be more favorably structured to protect presidential unilateralism when it takes the form of inac-

⁸ By one count the Trump Administration was successful in only 38 out of 199 lawsuits challenging administrative actions, <https://nam12.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fpolicyintegrity.org%2Ftrump-court-roundup&data=04%7C01%7Cjerry.mashaw%40yale.edu%7Cc0e510ec051f4660f1fa08d8f37e84c4%7Cdd8cbebb21394df8b4114e3e87abeb5c%7C0%7C0%7C637527072004557855%7CUnknwn%7CTWFPbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzZiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVC I6Mn0%3D%7C1000&data=btX5GXyZmUaszYfYCFRwvyyCpr8CFJfr%2FJdvP1Zd5d0%3D&reserved=0>.

⁹ J. Mashaw, D. Berke, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, in *Yale Journal On Regulation*, 2, 2018, p. 549.

¹⁰ S. Shapiro, *Rulemaking Inaction and the Failure of Administrative Law*, in *Duke Law Journal*, 8, 2019, p. 1805.

tion. Presidents pursuing a deregulatory agenda have a freer hand than those seeking to implement new regulatory initiatives. Thus the Trump Administration's failure to take virtually any action seeking to ameliorate climate change was virtually impervious to legal challenge. President Biden's promises to make climate change action a major thrust of his administration will face much more formidable legal obstacles. For one, serious attempts to combat climate change would require new legislation. But, more pertinent to our current discussion, the use of existing authority by administrative agencies in the Biden administration to pursue a climate change ameliorating agenda will mostly require the adoption of new regulatory requirements that must go through the usual processes of agency rulemaking and judicial review.

To be sure, deregulatory policies can sometimes pursue liberal rather than conservative goals. President Biden's reinstatement of the Obama Administration's enforcement priorities concerning aliens brought to the United States as children is essentially deregulatory. Enforcement action that could result in their deportation will not be taken. Proposed changes in Justice Department guidelines limiting prosecution for low-level offenses will have a similar effect. And, under existing doctrine, agency prosecutorial discretion is almost always non-reviewable.¹¹

Contemporary Supreme Court doctrine promotes various forms of presidential unilateralism and presidential control of the administrative state along other dimensions as well. Presidential administrations can change existing administrative policies, not only because congressional delegations of authority are often stated in broad terms, but also because Supreme Court doctrine cautions against the substitution of judicial interpretation of legislative grants of administrative authority for the interpretation of the agency with primary authority for the implementation of the statute.¹² And, recent Supreme Court doctrine has become extremely skeptical of congressional attempts to make administrative policymakers relatively independent of presidential control. Although the jurisprudence is in flux, limiting presidents' authority to remove administrators by giving them fixed terms and making their removal subject to specific criteria has become constitutionally suspect. A substantial number of the members of the Supreme Court seem inclined to believe that some combination of the vesting clause in Article II of the Constitution, combined with the presidential duty to see that the laws are faithfully executed, demands that all administrative authority exercised in the name of the United States is essentially presidential authority and, therefore, subject to presidential control. This so-called "unitary executive" theory obviously reinforces presidential unilateralism.¹³

3. Presidentialism and the Rule of Law

Unilateral presidential action and modern presidents' powerful political control of the federal bureaucracy challenge conventional understandings of the rule of law in the

¹¹ U.S. Supreme Court, *Heckler v. Chaney*, 470 U.S., 1985, p. 871.

¹² U.S. Supreme Court, *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S., 1984, p. 837.

¹³ J. Mashaw, *Of Angels, Pins and For-Cause Removal: A Requiem for the Passive Virtues*, in *Chicago Law Review Online*, 2021, available at <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/08/27/seila-mashaw/>.

American administrative state. Long ago Max Weber explained the legitimacy of bureaucratic decision-making as the promise to exercise power on the basis of knowledge. And American administrative law has pursued that idea through a set of procedures and practices that I have called “reasoned administration”.¹⁴ In basic outline that process imagines administrative decision making to proceed in four stylized steps: the first is an interpretation of the statutorily specified goals or purposes of the program that has been put in the administrator’s charge. Second, the relevant agency must determine the current state of the world and the degree to which the situation on the ground meets or fails to meet the goals Congress has specified. If action to implement the relevant statute is warranted given those findings, then the administrator must craft policies that will implement the statutory purposes. Finally, an agency promulgating policies having the effect of law must explain why those policies are in fact justified by their probable effects and are within the authority delegated to the agency by statute.

This is obviously a highly stylized description of administrative decision making, but one that reflects in many ways the basic process of agency legislative rulemaking and the expectations of reviewing courts concerning how agencies must proceed. This “rational actor” model is reinforced by procedural requirements that require agencies to permit outside review and comment on their proposals and to explain in their final policy statements how those submissions have been analyzed and incorporated or rejected in the rule as promulgated. Moreover, American administrative agencies have increasingly been required to analyze the potential effects of their policies on goals and public purposes lying outside of the agency’s basic mission. Agencies are required, for example, to analyze the effects of their actions on the environment, on small entities both public and private, and as previously mentioned, to determine whether the new policy will have public benefits that outweigh its costs.

Presidential executive orders, proclamations or declarations need not have any of the interpretive, fact-finding, deliberative or explanatory characteristics that characterize standard administrative rulemaking. There is a standardized process for developing executive orders, established by an executive order, that entails a proposal by a line agency, review by OMB and by the Justice Department and submission to the White House for presidential approval. This process sometimes produces extended legal analysis of the propriety of the proposal and inter-agency consultations prompted by OMB review. But, none of this is required by law and directives emanating from the White House often avoid this process. Consultation about a presidential directive may involve only the president’s close advisers, provide such explanation as the administration believes politically expedient, and specify the action’s legal basis only in boilerplate language, such as, «by the authority vested in me by the Constitution and laws of the United States». And, of course, although the president has the constitutional duty to see that the laws are faithfully executed, unilateral presidential action is often the carrying out of presidential policies which may or may not have much to do with the goals or purposes specified in congressional legislation. All those orders signed by President

¹⁴ J. Mashaw, *Reasoned Administration: How Administrative Law Supports American Democracy*, Cambridge, CUP, 2018.

Biden on his first day in office were directed at making good on many of candidate Biden's campaign promises.

The model of standard form administrative decision making described above is obviously in considerable tension with an image of administration that sees administrative action as largely the carrying out of policy directives emanating from the White House. And, that tension has been on display in recent Supreme Court cases. While courts are understandably reluctant to probe whether decisions that are otherwise appropriately reasoned are in fact based on different and illicit or irrelevant political motives, the Supreme Court seems increasingly hospitable to claims that agency action taken to align with presidential preferences may be investigated to determine whether the reasons are a mere pretext for political motivations not relevant to an agency's statutory mandate. In *Trump v. Hawaii*,¹⁵ for example, the Supreme Court was willing, over strenuous objection, to entertain the question of whether the Trump administration's ban on travel from six predominantly Muslim countries was predicated on an illicit religious animus, a propensity that President Trump had exhibited throughout his campaign for president. The travel ban, in its third and much more restricted form, was approved, but on the basis of a carefully explained multi-agency study of the national security implications of allowing travel from nations with substantial numbers of potential terrorist organizations and inadequate systems for vetting travelers to the United States.

Department of Commerce v. New York carried this hospitality toward claims of pre-textual justification one step further when it invalidated the Department of Commerce's attempt to add a citizenship question to the 2020 census. The complaining parties were allowed to demonstrate that the purported justification for adding the citizenship question simply had no basis in fact. As Chief Justice John Roberts wrote, in a sentence that surely understates the clarity with which the facts demonstrated that the government's rationale was false, «we are presented in other words, with an explanation for agency action that is incongruent with what the record reveals about the agency's priorities and decision-making process».

Finally, in *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*,¹⁶ the Supreme Court invalidated the government's attempt to rescind the Obama administration's Deferred Action For Childhood Arrivals ((DACA) program. The Court, again via an opinion by the Chief Justice, relied almost exclusively on the failure of the Department to provide adequate reasons for its rescission. Not only was the rescission predicated on an inadequate legal conclusion, the agency had failed to consider a number of other matters that the court viewed as essential to reasoned decision-making, even though those matters were nowhere specified as criteria for taking the action complained of.

The transparency of the Trump administration's attempts to take actions that aligned with the President's view of immigrants and immigration policy surely contributed to the Supreme Court's willingness to enter the troubled waters of uncovering pre-textual political reasons and its willingness to take a very hard look at the agency's

¹⁵ U.S. Supreme Court, 138 S. Ct., 2018, p. 2392.

¹⁶ U.S. Supreme Court, 140 S. Ct., 2020, p. 1891.

rationale for rescinding the DACA program. But these are exceptional cases. If presidential or agency action is facially valid and adopted through regular processes the underlying motives for a particular policy choice will not be investigated by reviewing courts.

Thus, Presidents not only often set the agenda for agency action, the administration's policy preferences guide outcomes as well. Agency decisions are often, perhaps usually, taken in an uncertain world of contested facts and vague statutory directions, and agencies must necessarily make difficult predictions about how their decisions will shape the world to which those decisions apply. These circumstances leave substantial room for the exercise of politically motivated discretion. Agency reasons need not convince a reviewing court that the agency has made the best choice available, only that it has not made an unreasonable one. Courts are thus left to struggle with the question of when responsiveness to an administration's political preferences has overridden an agency's necessary commitment to deliberative processes and reasoned decision-making. The Trump administration's remarkably poor record for sustaining its policies on judicial review is a testament not to rigorous judicial control of administrative decision making to preserve the rule of law, but to repeated blunders by political appointees eager to carry out the president's wishes and often ideologically opposed to the programs that they were charged with administering.

4. Presidential Unilateralism and American Democracy

If Democratic government means one person one vote with each voters vote having the same weight and governmental policy determined by the preferences of a majority of voters, American constitutional democracy is a very complex and compromised system. The House of Representatives is elected by popular vote from congressional districts having relatively equal populations. But the Constitution specifies no method for drawing congressional districts which are, in most states, determined by the state legislature and routinely designed to favor the political party that has a majority in that state's assembly. By contrast, each state gets two senators no matter what its population. A Montana voter's senatorial vote carries 50 times the weight of the vote of a California resident. And, because presidents are elected through the electoral college system that gives each state the number of votes equaling its total congressional representation, presidents can be, and close selections often are, elected without obtaining a majority of the popular vote. The notion that America's laws are made by democratically accountable representatives, senators and presidents is a very complicated idea.

That the idea is complicated does not make it objectionable or undemocratic, although certain features such as partisan construction of congressional districts cry out for reform. That officials elected by differing constituencies must work together to produce effective legislation is part and parcel of the famous American system of checks and balances – a system that is thought to be crucial to the avoidance of improvident policy choice and majority oppression of minorities however constituted. These complications built into American representative democracy also render problematic the common complaint that legal rules should not be made by administrators who are electorally unaccountable and therefore undemocratic.

Indeed, rulemaking by administrators, whose powers are specified by legislation and whose appointment, at least to offices having policymaking authority, is delegated to an elected president and often subject to ratification by an elected Senate may in some dimensions be more democratic than the legislation that the administrative agency is charged with implementing. After all, agency rulemaking is a transparent process in which proposals must be laid before the public, comments received from any interested party and the final rule justified by reasons that include engaging the material comments and suggestions made by any of the parties to the rulemaking proceeding. From the standpoint of deliberative democracy this is a more democratic process than the political process leading to much congressional lawmaking.

This is not the place to pursue further arguments for the democratic pedigree of administrative lawmaking, arguments that I have detailed elsewhere.¹⁷ For present purposes the important point is to notice the way in which presidential unilateralism and strong presidential control of administrative policymaking can interfere with the open, participatory and reasoned processes of administrative lawmaking that are required by the federal Administrative Procedure Act and other relevant statutes. And, to the extent that presidential control skews administrative policymaking toward presidential rather than congressional preferences, presidentialism challenges democracy understood as lawmaking by duly elected assemblies as well as democracy understood as lawmaking after due deliberation.

Unfortunately recent Supreme Court doctrine concerning the removal of administrative officers seems to be premised on a rather naïve notion of electoral or plebiscitary democracy. That jurisprudence calls into question the power of Congress to structure administrative agencies in ways that provide some insulation from presidential control and thus reinforces allegiance to both congressional purposes and the deliberative processes of standardized administrative rulemaking. To read that jurisprudence for all it is worth, a majority of the Supreme Court seems now to embrace the idea that the Constitution is meant to give the president relatively unfettered control over all administration. And given the undeniable fact that most lawmaking in the United States is now administrative lawmaking, this is a notion that has obvious dangers for an American democracy that is preeminently an administrative state.

¹⁷ J. Mashaw, *Reasoned Administration: How Administrative Law Supports American Democracy*, cit.

Power Transitions in a Troubled Democracy

Peter L. Strauss and Gillian E. Metzger

Summary: 1. Introduction. – 2. Pre-election anticipation of a possible shift of administration. – 2.1. President Trump. – 2.1.1. Appointing Judges. – 2.1.2. Embedding political operatives. – 2.1.3. “Midnight Regulations”. – 2.2. Candidate Biden. – 3. The transition period. – 3.1. Statutes, Norms, and Recent Transition Experience. – 3.2. Actions during the Trump-Biden transition. – 4. Creating the new government: appointments. – 4.1. Filling out the Government. – 4.2. The personnel fallout of the Trump years. – 5. Undoing/Changing the Prior Administration’s Acts. – 6. Conclusion.

1. Introduction

To honor Professor D’Alberty, this essay addresses the recent American experience of transition between Presidents Trump and Biden, in the context of political power transitions in the United States more generally. Unlike the power transitions with which readers in parliamentary democracies may be familiar, the terms of office resulting from American elections are fixed and, as between members of Congress and the President, asynchronous. The American President serves a fixed four-year term that can be renewed only once, so that presidential transitions are both predictable and never more than eight years apart.¹ The 435 members of the House of Representatives serve renewable two-year terms, and the 100 members of the Senate serve renewable six-year terms; even if a President comes into office at the same time as both chambers of Congress are controlled by his political party (which in itself need not happen), that can change within two years, at the next congressional election. Presidential/congressional struggles, then, are an inherent element of American politics. The nuclear age, the pressing policy challenges of the last decades, and the frequency with which American elections have resulted in divided government all underlie increasing presidential claims of constitutional authority independently to control governmental outcomes. At the same time, increasing populism and ethnic tensions have heightened political divisions that in themselves have put the country’s fundamental political structures under

¹ A number of Presidents (due to death or resignation) have not served out their full terms, but there is not a full transition per se; instead, the Vice President steps in to finish out the four-year period.

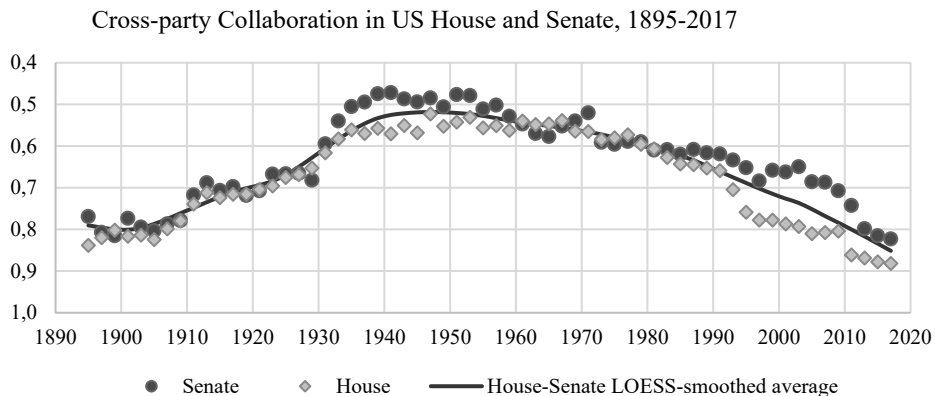
considerable stress.² The success of American democracy has often been dependent on members of Congress being willing to act in a bipartisan manner and cross party lines. The increasing party discipline that has characterized recent years³ has major implications for that success.

The Trump-Biden transition was marked by extraordinary behaviors and events that provoked President Trump's second impeachment. But even the transition's mundane elements, our focus here, may seem distressingly familiar to Professor D'Alberti and to his Italian colleagues, who have coordinated this so well-deserved tribute. The recent national American elections removed from power an independently wealthy, conservative national leader whose actions in office and resistance to leaving it were deeply troubling, yet who still enjoys significant levels of committed public support – thereby revealing deep societal chasms and distrust. Trump may well remain an important political influence for years to come. We imagine that remembrances of Silvio Berlusconi have echoed in Italian minds as America's events have unfolded. To be sure, Berlusconi's final departure from the Italian premiership resulted not from an election but, as can occur in parliamentary democracies, from the Italian parliament's loss of confidence in him. Nonetheless, we hope that an essay discussing the transition between Presidents Trump and Biden, and the resulting difficulties for American government going forward, will interest this audience.

America's national political transitions vary considerably from the parliamentary model. Succession can happen quickly in an advanced parliamentary democracy once an election's results are known. In Britain, a new government usually takes office the following day. In Canada, France, India and Japan, it happens within a few weeks. Should a premier resign outside the prescribed election interval, as Berlusconi did in 2013, succession to that office may be virtually instantaneous. Although a lapse of time

² P.L. Strauss, *How the Administrative State Got to This Challenging Place*, in *Daedalus*, 3, 2021, p. 3; G.E. Metzger, *1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, in *Harvard Law Review*, 1, 2017, p. 1.

³ R.D. Putnam, *The Upswing: How America Came Together a Century Ago and How We Can Do It Again*, New York, Simon & Schuster, 2020: graphs cross-party collaboration in Congress, 1895-2017 in the following Figure.



can result when national elections produce a new parliament, if a coalition must be formed to identify the prime minister, the political layer atop ministries is typically narrow. The permanent civil service populates high as well as low elements of government; the layer of a new administration's political leadership directing its activities is generally quite thin. Thus, the bulk of important government officials continue in office through a regime change; pending successful coalition formation, caretaker governments – understanding that important policy changes should await the new cabinet – will operate under the oversight of the new parliament that has immediately been seated. Once the prime minister has been determined, the new cabinet will immediately take office with her as a whole – an event that can occur with little public celebration.

Any new political leadership will depend on the training and discipline of the permanent civil service to implement its policies, just as its predecessors did. Parliamentary transition is further eased because new leaders may take office already well-informed about the work of their ministries. If, as is often the case, the incoming ministers have been parliamentarians with a particular interest in the matters for which they are now responsible as ministers – perhaps even as shadow ministers for the opposition – they may already know a good deal about and have relationships with the civil service staffs they will be inheriting. And the continuity of staff and tradition of service across different governments also benefits newcomers, easing the learning curve they face upon taking office. They do not need the transition teams that new Presidents use to educate themselves about the government they are about to lead.

By statute, America's national elections occur on the first Tuesday in November, and the winner of a presidential election is generally known within a few days. These elections also determine the composition of the two elements of Congress, the Senate and the House of Representatives. Neither the President nor a new member of Congress, however, takes office immediately. Although the election may have considerably changed Congress' political complexion, the pre-election Congress remains in office for two more months, until January third of the coming year. And although the voters may have elected a Democrat to replace a Republican President, the Republican President and his political appointees in the executive branch – including all departmental and important agency heads – can remain in office at least seventeen days after the new Congress convenes.⁴ A central constitutional norm is that there is only one President at a time, reflected in Article II's vesting of the executive power in «a» President and the Twentieth Amendment's provision that «[t]he terms of the President and the Vice President shall end at noon on the 20th day of January».⁵ Only then are most of the former President's political appointees expected to resign. Thus, the norm of one President at a time, and the nearly two and a half months between the election and inauguration, give the outgoing President a window in which to further policies that the voters may just have rejected. Even outgoing Presidents who have been committed to a smooth transfer of power have proved unwilling to forgo last-minute actions that advance their own

⁴ U.S. Constitution, amendment XX. The relatively small number of important officials appointed to positions with a fixed term may continue in office until their terms expire.

⁵ U.S. Const. art II, §1, cl.1; amendment XX, §1, cl. 1.

policies and potentially tie the incoming administration's hands.⁶ President Trump's hostility to his successor, refusal to accept defeat, resistance to transition coordination, and commanding views of presidential authority were reflected in a stunning collection of actions. «There is something profoundly troubling», Sanford Levinson of the University of Texas wrote in anticipation of the election of 1996, «in allowing repudiated presidents to continue to exercise the prerogatives of what is usually called 'the most powerful political office in the world'».⁷

Power transition in the United States is further complicated by the thickness of the political layer within governmental departments and agencies; by the absence of any practical need for presidential candidates to commit themselves before election to the more important appointments they will make if elected; by the way the Constitution's explicit separation of service in Congress and the Executive branch impacts the likelihood that new appointees will be familiar with the operation of the body to which they are appointed;⁸ and by the necessity that the President's choices for the most important political positions in his administration be confirmed (approved for their office after a public hearing before the relevant committee) by the Senate then sitting. All of this can considerably slow the process of political change. Changing course has the speed and difficulty of navigating a large, heavy vessel, not a simple motorboat.

The Trump-Biden transition, between a first-term President seeking reelection and his opponent, is only one of the frames within which transitions can occur. The sitting President may feel confident about continuing in office and thus, at least to the point

⁶ See J. Puzzanghera, *A tale of two transitions amid crisis: Bush smoothed the path for Obama, while Trump creates chaos for Biden*, in *Boston Globe*, Dec. 22, 2020; R. Weill, *Constitutional Transitions: The Role of Lame Ducks and Caretakers*, in *Utah Law Review*, 3, 2011, pp. 1087-1088.

⁷ S. Levinson, *Presidential Elections and Constitutional Stupidities*, in *Symposium, Constitutional Commentary*, 12, 1995, p. 183.

⁸ «No Senator or Representative shall, during the time for which he was elected, be appointed to any civil office under the authority of the United States, which shall have been created, or the emoluments whereof shall have been increased during such time: and no person holding any office under the United States, shall be a member of either House during his continuance in office» (U.S. Constitution, art. I, §6, cl. 2). Unlike the typical parliamentary situation, then, Senators and Representatives (and also judges) must resign their legislative (or judicial) seats if they are appointed to executive offices. This creates a political disincentive for the President considering such a nomination, as he usually will then be weakening the representation of his party in Congress pending the designation of a replacement by a process (appointment by a state's governor, or special election) that he cannot control. History offers a warning here. During the period 1913-2020, American Presidents had persuaded 42 incumbent elected Members of Congress to resign and serve in cabinet positions. Nearly 30 percent of their replacements were politicians from «the other party by the next regular election – either in midterm or presidential years». J. Smith, J. Spiegler, A. Floyd, *Here's the Problem Biden Faces If He Picks Current Lawmakers for His Cabinet*, in *The Washington Post*, Dec. 2, 2020 available at <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/12/02/heres-problem-biden-faces-if-he-picks-current-lawmakers-his-cabinet/>, visited May 14, 2022. For President Biden, this risk has been greatly heightened by the narrowness of his party's control in both chambers of Congress and by the likely impact of the most recent census, which is expected to result in redistricting of the House of Representatives tending to favor the election of Republican House Members. He has thus far chosen no Senators; the three Members of the House of Representatives he has chosen for important positions all represented election districts that have been solidly Democratic for years: Cedric Richmond (Director of the White House Office of Public Engagement), Marcia Fudge (Secretary of Housing and Urban Development), and Deb Haaland (Secretary of the Interior).

when defeat becomes the likely or actual outcome, experience less need to attempt to secure achievements in place. Presidents approaching the end of their second term know that a transition must occur – perhaps to a loyal supporter, to a party rival, or to the other party’s candidate. The greater the anticipated change, the more evident will be the need to prepare. The ways in which the Trump-Biden transition has illustrated the problems of transitions are discussed in the chronologically organized sections following. That discussion here is largely descriptive, highlighting many of the dynamics and challenges that have marked our most recent presidential transition.

The discussion also connects to broader debates and normative concerns about the contemporary American presidency. As Michael Herz and Kate Shaw have argued, a study of transitions reinforces the centrality of norms and conventions in constructing the presidency.⁹ Although law constrains the transition period and the actions of both the outgoing and incoming Presidents in a variety of ways, both have substantial powers at their disposal. Often it is norms that determine whether a transition is successful, how much the outgoing president tries to embed policy and personnel, and how forceful the incoming President is in fighting back and pushing her agenda. Not surprisingly, then, transitions are evolving phenomena, the contours of which change with evolving norms and the particular Presidents involved.¹⁰

Transitions are also testaments to the contemporary centrality of presidential administration, underscoring the strengths and weaknesses of this mode of governance.¹¹ In particular, transitions showcase both the range of tools by which Presidents can advance their policy agendas, and the temporary and transitory nature of much such presidential action. In the context of immigration policy, for example, acting in an era of polarized politics and a gridlocked Congress, Presidents Obama and Trump each acted to achieve policy ends administratively where legislation might ordinarily have been expected. While some scholars argue that expansive views of presidential power enhance democratic political accountability, the opportunities that the weeks between election and inauguration give a defeated President to embed policies that voters have just rejected suggest the opposite. His democratically elected successor will have to staff the political lay-

⁹ See, e.g., M. Herz, K. Shaw, *Transition Administration*, in *Minnesota Law Review*, 2, 2021, pp. 611-612, 660-662; see also D. Renan, *Presidential Norms and Article II*, in *Harvard Law Review*, 8, 2018, pp. 2187-2189, (emphasizing the role of norms in constructing the presidency generally).

¹⁰ The literature is limited; notable contributions include M. Herz, K. Shaw, *Transition Administration*, cit.; J.P. Zoffer, *Note, The Law of Presidential Transitions*, in *Yale Law Journal*, 8, 2020, p. 2500; B.D. Noll, R.L. Revesz, *Regulation in Transition*, in *Minnesota Law Review*, 1, 2019, p. 1; R. Weill, *Constitutional Transitions: The Role of Lame Ducks and Caretakers*, cit.; N. Mendelson, *Quick Off the Mark: In Favor of Empowering the President-Elect*, in *Northwestern Law Review Colloquy*, 103, 2009, p. 464; D. Fontana, *The Permanent and Presidential Transition Models of Political Party Policy Leadership*, in *Northwestern Law Review Colloquy*, 103, 2009, p. 309; J.M. Beermann, W.P. Marshall, *The Constitutional Law of Presidential Transitions*, in *North Carolina Law Review*, 4, 2006, p. 1253.

¹¹ For our prior views on presidential administration, see, e.g., P.L. Strauss, *Overseer or “The Decider”*: *The President in Administrative Law*, in *The George Washington Law Review*, 4, 2007; Id., *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Columbia Law Review*, 3, 1984, p. 573 ss.; G.E. Metzger, *The Presidential Duty to Supervise*, in *Yale Law Journal*, 124, 2015, p. 1856; see also U.S. Supreme Court, *Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau*, June 29, 2020, 140, S. Ct. 2183, par. 19-7 (arguing for the constitutionality of limits on the President’s ability to remove the CFPB Director).

ers of responsible agencies, find the embeddings, and deploy the appropriate procedures for reversing them – all considerably impeding, perhaps preventing, reversal of what the prior President may have used the transition period to put in place.¹² Especially in comparison to parliamentary systems, the variety of ways in which a prior administration's policies and personnel have been embedded slow the rate at which governmental direction can be changed. Does the net result of a prior administration's policy and personnel burrowing, together with its successor's policy and personnel reversals, produce a government that as best as possible reflect the conflicted views of the American voting public? Or, in our already highly polarized political environment, «[b]ecause the President represents the median of his or her party, not of the nation, [are] the decisions of the President normally ... more extreme than what would emerge from Congress»? ¹³

Consideration of American transitions also underscores the increasingly important role of courts and administrative law. To be sure, Presidents have long sought to embed their preferences through judicial appointments, and legal constraints on executive action are not new. But as the politicization of courts has expanded, litigation is playing a more central role in transitions; legal challenges may expand a new President's ability to set aside a predecessor's last-minute actions to embed policy, yet they may also be used to prevent policy changes. A particular question hanging over the Biden-Trump transition is the extent to which the many administrative law decisions of the Trump era will help or hamper the Biden administration.

Finally, studying transitions raises questions about transition reform.¹⁴ There is no shortage of proposed reforms, from shortening the transition period, to reducing the number both of political appointees and of requirements for Senate confirmation, to making actions an outgoing presidential administration takes during the months between election and inauguration provisional. Many of these may have merit, but we do not take a position on any here. Our goal is instead to highlight the complexities and evolving aspects of the present transition, thereby underscoring the need for nuanced assessment of reform proposals as well as the ways that Presidents are always reforming the system in practice.

2. Pre-election anticipation of a possible shift of administration

In the run-up to our November election, both the presidential incumbent, Donald Trump, and his challenger, Joseph Biden, could act in ways that could influence its

¹² E.g., S. Stillman, *The Damage: Tracking Trump's Assault on Immigration*, in *The New Yorker*, Feb. 8, 2021, p. 32, discussing the difficulties of uncovering and remedying the Trump administration's hundreds of measures implementing his preferences for the regulation of immigration and treatment of unlawful immigrants.

¹³ J. McGinnis, M.B. Rappaport, *Presidential Polarization*, in *Northwestern Public Law Research Paper*, 5, SSRN, Feb. 18, 2021, available at <https://ssrn.com/abstract=3788215>, visited May 2022.; U.S. Const. art II, §1, cl.1; amendment XX, §1, cl., 1. cit.; J. Puzzanghera, *A tale of two transitions amid crisis: Bush smoothed the path for Obama, while Trump creates chaos for Biden*, cit.

¹⁴ Since both political parties can see themselves as potential beneficiaries of measures enhancing incoming administrations' ability to effect change, and despite its recent difficulties in enacting legislation, Congress has regularly amended the laws governing transitions to add to the incumbent administration's obligations of cooperation and to improve the position of candidates and of the President-elect.

outcome. Tactics to influence the election itself, such as declaring policy preferences or promoting or impeding voter registration, are evident possibilities. This essay, however, addresses actions that could ease or make difficult the transition from one presidency to another, beginning with President Trump before turning to candidate, now President, Biden.

2.1. *President Trump*

To judge by the evidence offered in his second impeachment hearing, Donald Trump began anticipating a possible shift of administration as early as late spring, when he began broadcasting his view that the only way he could lose the election would be if it were rigged. Behavior by outgoing Presidents to embed their own political preferences in ways successors would find it hard to disrupt is hardly new in American history. The Supreme Court Justice whom many place in the pantheon of great Justices, Chief Justice John Marshall, was among those Federalist Party stalwarts that President John Adams placed permanently in the federal judiciary on the eve of his departure from office. Marshall served for 34 years, well into Andrew Jackson's second presidential term. Putting aside the ways in which President Trump's personal conduct of office may have transformed the American presidency, one can identify three principal means that he, like his predecessors, used to project his political preferences into the next administration and beyond: (1) appointing federal judges who, like Chief Justice Marshall, might serve for decades after his term had ended; (2) embedding political sympathizers in the executive branch in positions from which a new President would find it difficult to remove them; and (3) encouraging executive agencies to take actions that can make changing policy difficult for a successor, such as the adoption of regulations (secondary legislation) whose rescission can require elaborate procedures, impeding the transition from one set of political preferences to another. As might surprise readers accustomed to parliamentary democracies, then, the many weeks between election and inauguration, after defeat has become certain, can be used to heighten this effect, undemocratically projecting the defeated candidate's influence well into the future.

2.1.1. *Appointing Judges*

The United States does not have the special training, selection and advancement processes many nations use to people their judiciary. Rather, presidential nominations to the federal judiciary have been politicized from the beginning of the Republic, and judicial confirmation has now become the priority business of the Senate when it is controlled by the President's party. Since federal judges serve for life once appointed, these appointments permit Presidents to project their personal preferences long into the future. They have an incentive to fill judicial vacancies as rapidly as possible, and the opposing party has a counterincentive to slow the process or block nominations if it can.

Historically, there have been moderating influences that somewhat mediate the politicality of the appointments process. Like all appointments requiring the Senate's approval, the confirmation process entails public committee hearings with the candidate,

followed by debate on the Senate floor; this often created incentives for moderation, varying with the fact and intensity of Senate control. Political incentives have also been moderated by consultation with the American Bar to obtain the legal profession's assessment of a candidate's judicial qualities. For appointments to positions below the level of the Supreme Court, Senate norms elevated the preferences of Senators of the state where the nominee would be sitting. Appointment to the federal trial courts virtually required the agreement of these home state Senators; many Senators created informal committees of local lawyers to assist them in making recommendations, highly conducive to merit-based appointments.¹⁵ Until recently, moreover, Senate rules permitted a minority of Senators to use the filibuster to block a nominee's confirmation.

These moderating practices have badly frayed. For half a century, the distinctly conservative turn in American politics has made the nominee's judicial mien a major consideration – how, for example, she believes the Constitution or statutes are most appropriately to be interpreted; or how she could be expected to rule in cases involving a woman's constitutional right to an abortion. During President Obama's administration, the Senate's constraining practices and norms suffered serious further erosion. In 2013, after Republican party tactics strongly resisted the President's nominees at every level of government, the then-Democrat Senate majority eliminated use of the filibuster for all presidential appointments (i.e., executive appointees as well as judges) save those to the Supreme Court. Obama's nominations, including judicial nominations, could then be confirmed. But when in 2014 the Republican party became the majority party in the Senate, it could and did significantly impede judicial nominations, in the hope of preserving vacancies for a Republican candidate who might win the 2016 presidential election.

The most striking example occurred when the conservative Supreme Court Justice Antonin Scalia died on February 13, 2016, eleven months before President Obama's second term would end. Obama promptly nominated Merrick Garland, an experienced judge widely admired for the skill and apoliticality of his judicial work.¹⁶ These qualities and his age (63) strongly suggested that the nomination was a moderate choice of a candidate unlikely to serve for many decades – perhaps, an effort to appeal to Republican Senators understanding the importance of full membership to the Supreme Court's work.¹⁷ The Republican Senate majority leader, Mitch McConnell, and the responsible committee chair, however, promptly decided that this nomination would not be considered. Despite the inconvenience this would occasion for the Court and the absence of any precedent for such a long delay, their argument was that filling this opening should be preserved for the President to be elected more than eight months later. This created

¹⁵ While almost every federal court of appeal serves several states, judicial seats on them tend to be associated with particular states, whose Senators then influenced the choice of a successor when a seat informally associated with their state became vacant.

¹⁶ Garland has since been confirmed as President Biden's Attorney General, with significant Republican as well as Democrat support for the nomination, after hearings suggesting no apolitical basis for opposition.

¹⁷ K. Bialik, J. Gramlich, *Younger Supreme Court appointees stay on the bench longer, but there are plenty of exceptions*, in Pew Research Centre, Feb. 8, 2017, available at <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/02/08/younger-supreme-court-appointees-stay-on-the-bench-longer-but-there-are-plenty-of-exceptions>, visited May 2022.

the longest vacancy in the Court's history; only eight Justices heard more than a year's worth of cases, resulting in five decisions in which no majority could be formed.¹⁸

During his 2016 campaign, Donald Trump had announced a list of known conservatives as the persons he would consider for the Scalia vacancy. This unusual step sent a further signal of the deep politicization of the American judicial appointments process. When his election continued the Republican control of Congress, President Trump quickly nominated Neal Gorsuch, one of the names on his announced list. When Senate Democrats signalled a filibuster, in reaction to both Gorsuch's known conservatism and the Republican treatment of Garland's nomination, the Republicans responded by eliminating the possibility of filibustering even Supreme Court nominations, thereby undoing another potentially moderating constraint on nominations. Forty-nine years old when nominated, Gorsuch seems likely to serve on the Court much longer than Merrick Garland would have.

Once President Trump took office, Senator McConnell took his foot off the brake and put it on the accelerator. In a speech to an annual meeting of the Federalist Society – a distinctively conservative organization of which he had long been a member and which substantially influenced Trump's judicial nominations – Senator McConnell described his goal as:

«to do everything we can for as long as we can to transform the federal judiciary, because everything else we do is transitory. ... The closest thing we will ever have an opportunity to do to have the longest impact on the country is confirming these great men and women and transforming the judiciary for as long into the future as we can».¹⁹

To this end, he disarmed the prior norms that had given "home state" Senators significant controls over appointments to the federal bench in their state; now, Senators from states represented by two Democrats could no longer prevent the appointment of a judge they opposed. And, in control of the Senate's calendar of business, he subordinated legislative business to judicial confirmations once they had the Judiciary Committee's endorsement after a hearing.

Senator McConnell's judicial project was perhaps never more apparent than in his treatment of the nomination of Amy Coney Barrett (then also 49) to fill the seat that had been left vacant by the death of Justice Ruth Bader Ginsburg on September 18,

¹⁸ Four cases were simply affirmed by an equally divided Court, U.S. Supreme Court, *Hawkins v. Community Bank of Raymore*, 136, S. Ct., 2016, p. 1072; Id., *Friedrichs v. California Teachers Association*, 136, S. Ct., 2016, p. 1083; Id., *Dollar General Corporation v. Mississippi Band of Choctaw Indians*, 136, S. Ct., 2016, p. 2159; Id., *United States v. Texas*, 136, S. Ct., 2016, p. 2271 – the last of these affirming a judgment invalidating the immigration authority's policy of withholding deportation for illegal immigrants who were the parents of American-born (and thus citizen) children or parents of legal permanent residents, and had resided in the United States without otherwise violating the law for many years – a policy adopted at President Obama's strong urging. In a fifth case, U.S. Supreme Court, *Franchise Tax Board of California v. Hyatt (Hyatt I)*, 136, S. Ct., 2016, p. 1277, the Court was equally divided on one question that it was able to decide when the case later returned., Id., *Franchise Tax Board of California v. Hyatt (Hyatt II)*, 139 S. Ct., 2019, p. 1485.

¹⁹ D. Montgomery, *Conquerors of the Courts*, in *The Washington Post*, Jan. 2, 2019, available at <https://www.washingtonpost.com/news/magazine/wp/2019/01/02/feature/conquerors-of-the-courts/>, visited May 2022.

2020 – six weeks, not eight months, prior to the presidential election. President Trump had nominated Barrett for a seat on the Seventh Circuit Court of Appeals three years earlier. He announced her nomination to the Court eight days after Justice Ginsburg's death; Senate hearings began October 12 and concluded October 22, less than a month after her nomination. She was confirmed by the Senate four days later, the first Justice since 1870 to be confirmed without a single vote from the Senate's minority party, and she heard her first argument on the Court November 2, the day before the presidential election that President Trump would lose. An election six weeks off was no reason not to fill a Supreme Court vacancy although four years earlier an election eight months off meant that a Supreme Court vacancy should be kept open, the only difference being the party of the President doing the nominating.

Politics, then, have a major influence on judicial appointments, and the prospect of a presidential transition deepens that influence. It would be a mistake, however, to think of these judges as themselves simply political actors. Putting on judicial robes endows appointees with freedom from the constraints of discharge-enforceable loyalty, and Presidents have often been disappointed by particular decisions of judges they have appointed. To be sure, Trump's nominees have pushed the Court in a significantly more conservative direction, and often voted to uphold positions the Trump administration espoused. Yet on more than one occasion Justices Gorsuch and Kavanaugh (who have served long enough to permit this observation) have disagreed with each other, with their other conservative colleagues, and with outcomes President Trump would have preferred. Judges whom President Trump and other Republican Presidents had appointed were among those writing opinions highly critical of some of his administration's actions, and several of his judicial nominees, including those he appointed to the Supreme Court, firmly rejected his legal efforts to challenge the 2020 presidential election.²⁰

2.1.2. Embedding political operatives

As then-professor, now court of appeals judge, David Barron persuasively observed,²¹ the steadily growing influence of American Presidents on domestic government actions in recent decades has come about not only from the creation of a larger,

²⁰ See, e.g., R.S. Helderman, E. Viebeck, 'The Last Wall': How Dozens of Judges Across the Political Spectrum Rejected Trump's Efforts to Overturn the Election, in *The Washington Post*, Dec. 12, 2020, available at https://www.washingtonpost.com/politics/judges-trump-election-lawsuits/2020/12/12/e3a57224-3a72-11eb-98c4-25dc9f4987e8_story.html, visited May 2022. When in November 2018 President Trump had complained bitterly about defeats suffered at the hands of "Obama Judges," Chief Justice Roberts (highly conservative and himself appointed by a Republican President, George Bush) delivered a sharp (and extremely unusual) public rebuke, saying that there were no "Obama judges," just federal judges upholding the rule of law. J. Bravin, *Chief Justice Roberts Rebuts Trump's Attacks on Judges, and President Tweets Back*, in *The Wall Street Journal*, Nov. 22, 2018, available at <https://www.wsj.com/articles/chief-justice-roberts-rebuts-trumps-attacks-on-judges-1542827385>, visited May 2022. In the long run, it was subsequently noted, the judiciary – the weakest branch – inevitably loses such struggles. W. Howell, K. Shepsle, S. Wolton, *Executive Absolutism: A Model*, in *Munich Personal RePEc Archive*, Jan. 16, 2020, available at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/98221/>, visited May 2022.

²¹ D. Barron, *From Takeover to Merger: Reforming Administrative Law in an Age of Agency Polarization*, in *George Washington Law Review*, 5, 2008, p. 1095.

central White House bureaucracy that is generally opaque in its functioning, but also through the thickness of the political layers atop the civil service in the agencies that Congress has made responsible for decisions. David Fontana's concrete demonstration of the civil service's politicization is instructive:

«The exact numbers vary based on what criteria are used to determine who constitutes a political appointee, but some estimates suggest that the American President makes almost 8,000 political appointments, while incoming national leaders in comparable democracies like Britain and France make just a few hundred political appointments. By any measure, this difference is staggering. In France, there are 5 million federal public servants, and just between 100 and 200 political appointments for the new President to make. In the United States, there are 1.8 million federal public servants, and the President makes almost 8,000 appointments. France has nearly three times as many federal public servants as the United States, but just about 1% or 2% of the number of presidential appointees».²²

Most high-level officials are expected to and do resign at the moment of a new President's inauguration. While some new appointments require Senate confirmation, the new administration is free to restaff the bulk of political, policy-responsible positions immediately. These include virtually all policy-making positions in the Executive Office of the President.²³ The challenges of filling both these positions and those requiring Senate confirmation, and of redressing the corrosive effect the Trump administration had throughout its four-year war with "the deep state," are treated in the separate section of this essay on Appointments. Here, we discuss situations in which an incumbent President is able to limit his successor's choice of policy-makers by embedding his own choices in positions enjoying statutory tenure protection.

These protections can take either of two forms. Some appointments are made for a fixed term of years – most often five, but as many as fourteen – and these are frequently accompanied by a limitation on removal from them to "cause," the nature of which may be specified to a greater or lesser degree. Officers so protected have no incentive to resign office upon administration change. Historically, statutes have established this limitation for the members of multi-member regulatory bodies like the Federal Trade Commission or the Federal Reserve, positions requiring political diversity in the body as a whole and Senate confirmation of appointments. But more recently Congress created a "for-cause" protected institution within the for-cause protected Securities and Exchange Commission, assigning both appointment and removal to the SEC itself, not

²² D. Fontana, *The Permanent and Presidential Transition Models of Political Party Policy Leadership*, cit., pp. 396-97.

²³ Senate confirmation is required for very few, including six leaders in the Office of Management and Budget, the EOP's principal statutory body overseeing presidential relations with domestic administrative agencies, and that has occasionally constrained presidential choices. Director of OMB, see 31 U.S. Code § 502 (a); Deputy Director of OMB, see 31 U.S. Code § 502(b); Deputy Director for Management, see 31 U.S. Code § 502 (c); Controller of the Office of Federal Financial Management, see 31 U.S. Code § 504(b); Administrator of the Office of Information and Regulatory Affairs, see 44 U.S. Code § 3503(b); and Administrator of the Office of Federal Procurement Policy, see 41 U.S. Code § 1102(b).

the President, with no requirement of Senate confirmation; and recent Congresses have also created a few for-cause protected positions requiring presidential nomination and Senate confirmation for single administrators, such as the head of the Social Security Administration (six years). Recent Supreme Court opinions disapproving these innovative uses of “for cause” have cast some doubt on the constitutionality of “for cause” limitations generally. The import of these decisions may be limited to the type of arrangements they addressed: subordinate institutions embedded like Russian dolls in a for-cause agency or single agency heads enjoying substantial regulatory authority and operating relatively free of such other quasi-political constraints as the discipline of the presidential and congressional budget process.²⁴ Yet the repeated forceful statements in the opinions about the constitutional necessity of presidential “control,” not just oversight, at least raises the possibility that their logic may threaten the “for cause” protections of Senate-confirmed members of multi-member commissions designed for bipartisanship and policy endurance across administrations. If they do, the impact of presidential transitions would be more profound.²⁵

More important constraints exist for policy-responsible positions within the civil service that enjoy protections against removal enforceable by the Merit Systems Protection Board (MSPB), an independent body of three members serving staggered six-year terms from which they too can be removed only “for cause”.²⁶ Until 1978, the ranks of the Civil Service, GS-1 through GS-15, included at their upper end (GS 13-15) numerous individuals with important policy-making and/or policy-implementing responsibilities. At the Nuclear Regulatory Commission, where author Strauss was General Counsel 1975-77, these included the heads of each of the Commission’s several bureaus, themselves responsible for developing published guidance about the Commission’s regulations, deciding whether safety issues identified by their staff warranted Commission attention, and many other important functions. As civil service employ-

²⁴ U.S. Supreme Court, *Selia Law LLC v. Consumer Financial Protection Board*, 140, S. Ct., 2020, p. 2183, invalidated a “for cause” limitation Congress had created for an agency headed by a single administrator, as *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*, 561 U.S. 477, 2010, had done in the case of a multi-member board operating under the SEC’s limited control: see P. L. Strauss, *On the Difficulties of Generalization: PCAOB in the Footsteps of Myers, Humphreys Executor, Morrison and Freytag*, in *Cardozo Law Review*, 32, 2011, p. 940. The Court found both statutory limitations to be unconstitutional limitations of presidential oversight authority.

²⁵ Compare, e.g., N. Rao, *Removal: Necessary and Sufficient for Presidential Control*, in *Alabama Law Review*, 5, 2014, pp. 1205-1210, with P.L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Columbia Law Review*, 3, 1984, p. 573; see also K. Datla, R.L. Revesz, *Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*, in *Cornell Law Review*, 4, 2013, pp. 769, 786 (cataloguing removal protections across 81 federal agencies).

²⁶ Disputes brought to the MSPB are initially heard and decided by individual administrative judges, subject to its review; the possibility that these administrative judges will themselves be found to have been unlawfully appointed under recent Supreme Court precedent, *Lucia v. Securities and Exchange Commission*, S. Ct. 2044, 2018, has further reduced the effective protection employees can obtain. E. Katz, *New Trump Administration Strategy Leaves Fired Feds Seeking Recourse in Indefinite Purgatory*, in *Government Executive*, 2020, available at <https://www.govexec.com/work-force/2020/09/new-trump-administration-strategy-leaves-fired-feds-seeking-recourse-indefinite-purgatory/168201/>, visited May 2022. The MSPB lacked a quorum for the entirety of the Trump administration, and currently has a backlog of over 3,000 cases. See E. Osnos, *Trump v. The Deep State*, in *The New Yorker*, May 21, 2018.

ees, their appointments reflected meritocratic judgments not wholly in the Commission's control, and they could not be freely removed from office or transferred to other responsibilities. With the Civil Service Reform Act of 1978,²⁷ all positions like these were transferred into a Senior Executive Service (SES) subject to considerably greater control by an agency's responsible political officials. The stated purpose of this change was to promote greater efficiency by making it easier to reward excellent performance, and discipline poor performance, than civil service controls over GS tenure had to that point permitted. Nonetheless, the SES system was rather quickly turned to political uses. Although the statute limits "political" appointments to 10% of an agency's SES positions, Presidents and their political appointees soon learned to use their disciplinary and transfer-of-responsibility authority over SES employees to "encourage" disfavored apolitical incumbents to resign.²⁸ Further, by then transferring the incumbents in their "political" SES positions into now-vacant positions defined as apolitical, they could embed employees sharing their policy preferences into career positions from which a subsequent administration might find it hard to disengage them. This has been an important element of the agency politicization process Professor Barron wrote about.²⁹

2.1.3. "Midnight Regulations"

In parliamentary systems, a new government comes into power with parliamentary control, and with ministers immediately in command of their ministries. If desired, it can produce virtually instantaneous reversal of the prior administration's accomplishments, whether they were the product of primary or secondary legislation. But here, too, the presidential system permits significant embedding. An American President may be able to institute policies or programs in ways a successor would find difficult to dislodge. One way of viewing this possibility is that it (like the effects of the transition period generally) moderates the extent to which regime change effectuates major shifts in social direction. As previously remarked, changing course has the speed and difficulty of navigating a large, heavy vessel, not a simple motorboat.

The survival of the health insurance legislation President Obama persuaded the Congress to enact soon after his presidency began, known as the Affordable Care Act, is a good example. The Republican party and conservatives had strongly opposed its enactment and made clear their purpose to eliminate it as soon as they had the power to

²⁷ Civil Service Reform Act of 1978, Public Law, 95-454, 92 Statute 1111.

²⁸ The Secretary of Interior, for example, effectively removed important SES bureaucrats by reassigning them to positions for which they were not fit. J. Eilperin, L. Rein, *Zinke Moving Dozens of Senior Interior Department Officials in Shake-Up*, in *The Washington Post*, Jun. 16, 2017, available at https://www.washingtonpost.com/politics/zinke-moving-dozens-of-senior-interior-officials-in-shake-up/2017/06/16/11801d3a-5295-11e7-b064-828ba60fbb98_story.html, visited May 2022. When he moved the headquarters of the Bureau of Land Management from Washington, D.C., to a western city closer to the public lands it administers, but with just over 1% the population of the capital's metropolitan area, seven-eighths of the Bureau's career staff resigned. J. Eilperin, *Trump Officials Moved Most Bureau of Land Management Positions Out of D.C. More Than 87 Percent Quit Instead*, in *The Washington Post*, Jan. 28, 2021, available at <https://www.washingtonpost.com/climate-environment/2021/01/28/trump-blm-reorganization/>, visited May 2022.

²⁹ D. Barron, *From Takeover to Merger: Reforming Administrative Law in an Age of Agency Polarization*, cit.

do so. Yet although President Trump's 2016 presidential campaign promised to replace the ACA with a better national medical insurance regime, and his election also brought the Republican Party control of both Houses of Congress, he was unable to achieve its repeal. Litigation seeking to overturn the Act has also failed.

The great bulk of America's federal law embodied in binding texts is secondary, not primary, legislation that Congress has authorized agencies to adopt, generally after following public procedures set by the federal Administrative Procedure Act (APA). The APA requires, *inter alia*, a reasoned explanation for such rulemaking that typically occupies many more pages of the Federal Register when it is published than the text of the rule itself.³⁰ An agency must follow these procedures, subject to what can be rather demanding judicial review, whether it is adopting, amending, or repealing a regulation. After a transition to new leadership, that agency must follow the same procedures to remove any now objectionable regulations the outgoing administration had adopted, explaining its reasons for the change of course. This process can be time-consuming and expensive within the agency, and is itself subject to judicial review. Judicial review defeated four out of five challenged rulemaking or other policymaking actions Trump administration agencies had undertaken, many of which addressed regulations that Obama administration agencies had adopted.³¹

A phenomenon called "midnight regulations", is an arguable consequence of regulations' stickiness. During the last months of their authority, outgoing administrations observably seek to adopt a substantial body of secondary legislation embodying their preferences.³² Many late-adopted regulations, of course, may be routine and relatively uncontroversial – anticipating the end of an administration can provoke a concerted effort to finish actions delayed for any reason. Others, however, are more significant, and can reflect an effort to put in place important policies a successor administration would be likely to reject. For several decades now the most important new regulations have been subject to White House oversight, and the executive order establishing this process³³ defines two categories of proposed regulation for the most exacting oversight, "major" and within that category "economically significant" rules. An analysis done by the George Washington University Regulatory Studies Center shows almost a doubling in "major" rules in the last year of the Clinton administration (52 in 1999 → 97 in 2000) and large increases also in the final years of the GW Bush (64 in 2007 → 105 in 2008) and Obama (81 in 2015 → 127 in 2016) administrations. The rate at which Pres-

³⁰ 5, U.S.Code, Sept. 6, 1966, §553.

³¹ NYU Institute for Policy Integrity, *Roundup: Trump-Era Agency Policy in the Courts*, Feb. 26, 2021 (152/189 rules failed to survive a judicial challenge), available at <https://policyintegrity.org/trump-court-roundup>, visited May 2022.

³² J.M. Beerman, *Midnight Rules: A Reform Agenda*, in *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, 2, 2013, p. 285, reports on a study of the phenomenon done for the Administrative Conference of the United States, available at <https://www.acus.gov/report/midnight-rules-final-report>, visited May 2022.

³³ Executive Order no. 12866, in place with various amendments since the Clinton administration, requires some proposed regulations – those that along some dimensions are "major" – to follow an analytic process more demanding than the APA and subject to intensive oversight by the Office of Information and Regulatory (OIRA), an important element of the OMB. See D. Fontana, *The Permanent and Presidential Transition Models of Political Party Policy Leadership*, cit.

ident Trump's agencies adopted major rules in relation to the preceding year increased further still, in both number and disproportion (87 in 2019 → 167 in 2020).³⁴

In just the last five months it was in office (that is, concluding January 20, 2021) the Trump administration published 1490 new regulations. While the majority were doubtless routine, over 220 were "major" in the executive order's terms and 130 of these were adopted *after* President Trump had lost the election – 27 in November, 47 in December and 56 more in its final three weeks in office. Twenty-five of these pre-election major rules and 49 post-election were designated "economically significant" rules – that is, these 74 rules had the importance for which the executive order requires the most intense White House engagement. And more than a few of these important, late-in-the-presidential-term actions represented efforts to embed policies the Biden administration would find objectionable.

And the outgoing administration can embed its policy preferences in many other ways, some quite hard to detect. We treat embedment more fully in the fourth section of this essay, "Undoing/changing the prior administration's acts". For the moment, the point to observe is that the Trump administration has proved successful in embedding many of its policy preferences in an administration that would prefer to take a different direction, and that much of this activity occurred after the election results were known.

2.2. Candidate Biden

Opposition candidates often speak before the election about the political courses they mean to take, identifying policies of the incumbent they find objectionable in ways they hope voters will share and promising their reversal. They also will be developing lists of persons for the myriad political positions that election success would require them to fill. They are in not yet in any position, of course, to embed their views or actors favorable to them. Nor do they typically make public the identity of those they would expect to nominate to high position, judicial or executive, if elected. Candidate Trump's publication of the list of names he would consider for Supreme Court appointment was in this respect highly unusual, an indicator of the extent to which such nominations have become politicized. So, too, was George W. Bush's announcement that, if elected, he would nominate the much respected African-American General Colin Powell to be Secretary of State. Candidate Biden made no such announcements. For candidate Biden, his choice of Kamala Harris as his running mate, a woman whose parents were of African and South Asian descent, made clear that one should expect liberal-left politics and a great deal of ethnic and gender diversity among his choices for office;³⁵ but he put forward no names.

³⁴ See Regulatory Studies Center, *Midnight Regulations*, available at <https://regulatorystudies.columbian.gwu.edu/midnight-regulations>, visited May 2022.

³⁵ In their campaign debut together, he remarked: «This morning, all across this nation, little girls woke up, especially little Black and brown girls who so often may feel overlooked and undervalued in our society – but today, maybe they're seeing themselves for the first time in a new way», available at <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/remarks-vice-president-joe-biden-introducing-kamala-harris-his-vice-presidential-running>, visited May 6, 2022.

In parliamentary democracies, not only is the number of political appointments having to be made orders of magnitude smaller,³⁶ but voters will often have a good idea who will be in the most important cabinet positions of the next Prime Minister. The politics of party control signal the future of government leadership in ways the American nomination process cannot match. If there has been a shadow government, its members are known – and have been educated over time about the important issues before the ministries for which they might become responsible. A lengthy advance period is hardly required. Where a presidential candidate faces a sprint to fill thousands of positions with new faces if successful, the parliamentary process might be better characterized as a marathon participated in by relatively few, over extended periods.³⁷ Of course, there can be circumstances in which parliaments become, in effect, caretaker governments – for example, in the interval between a loss of confidence in the present administration and the following election, or should there be difficulties creating a coalition post-election, with parliamentarians chosen but the government not yet formed. Yet in both cases parliament is sitting and responsible throughout; in any pre-election period, caretaker status carries with it an understanding that little should be done to tie the hands of the next government – whatever it will be – with the motivation of the impending campaign to enforce that. Should forming a post-election coalition prove difficult, that very uncertainty will restrain the sitting parliament from controversial legislation, and the senior civil servants then acting for the ministries will if at all possible be responsibly awaiting the resolutions of any political leadership uncertainties before acting on controversies arising in the interregnum.³⁸

Candidates do know, of course, that if elected they will have immediately to make concrete plans for their administration, both its policy objectives and the myriad personnel needed to administer it. As detailed below in “The transition period,” frequently amended legislation structures the transition and requires the current administration to provide information and support to the incoming President. Presidential candidate Biden found little support from these measures that ultimately depend on unenforceable norms of presidential cooperation with one’s rival, norms for which President Trump, had little patience, as was also true of other norms of the presidency. Rather, beginning well before the election itself and perhaps anticipating his defeat in the wake of what was, in general, his administration’s disastrous handling of the COVID-19 pandemic,³⁹ President Trump acted to plant the seed of “election fraud” and in many ways to embed both the personnel and the policies that might carry his preferences forward into the next administration, and frustrate its success.

³⁶ D. Barron, *From Takeover to Merger: Reforming Administrative Law in an Age of Agency Polarization*, cit.

³⁷ This theme is well developed in D. Fontana, *The Permanent and Presidential Transition Models of Political Party Policy Leadership*, cit.

³⁸ R. Weill, *Constitutional Transitions: The Role of Lane Ducks and Caretakers*, cit.

³⁹ The major exception was its successful commitment to the speedy development of effective vaccines – but their effectiveness and availability was established only after the election (by which time the country had experienced what were then the world’s highest infection and death rates from the disease) and after significant periods of resistance to public warnings and measures that might have limited COVID’s impact.

3. The transition period

The formal transition period starts after the election, once the winner of the election is known – generally by the following morning, although the elections of 2000 and 2020 took longer. For up to two-and-a-half months, the United States has both an outgoing and an incoming President – often of different parties, and sometimes recent electoral rivals. The transition period is a critical time for the peaceful and successful transfer of power, but many factors can create substantial bumps in the road to that goal. Its shape depends significantly on other factors, such as whether the incumbent President is a one or two term President and whether the transition represents a change in partisan control, as well as the attitude of the outgoing and incoming Presidents. Given the Twenty-Second Amendment’s limitation of a President to two terms, Presidents in their second terms know that a transition is coming and have more incentive to plan for it. A one-term President, by contrast, is likely to have given little attention to transition planning – and may not be disposed to be particularly helpful to a rival. Similarly, a transition to a new President of the same party is likely to be smoother and have more continuity (especially if the incoming President is the current Vice-President) than when the incoming President is of the opposing party.⁴⁰

3.1. Statutes, Norms, and Recent Transition Experience

The constitutional and statutory framework governing the transition period is of relatively recent vintage. The Twentieth Amendment, which moved the start date for the new presidential term to January 20th from early March, was adopted in January 1933. Only in 1963 was the first Presidential Transition Act enacted,⁴¹ animated by a desire to «promote the orderly transfer of the executive power» and reduce the incoming administration’s dependence on private money to support transition planning. It authorizes the U.S. General Services Administration (GSA) to provide office space, services, and funding to «the apparent successful candidates for the office of President and Vice President, respectively, as ascertained by the Administrator following the general elections». Subsequent amendments have added disclosure requirements, contribution limits on private support, and early security clearance processing for transition-team members and for those who will be nominated for positions in the new administration.⁴² In particular, the Pre-Election Transition Act of 2010 required GSA to start providing all principal presidential candidates limited support for their possible transition, once officially selected by their party’s convention in late summer.⁴³ The Act also obligated the current administration to supply in-

⁴⁰ M.J. Kumar, *Before the Oath: How George W. Bush and Barack Obama Managed a Transfer of Power*, Maryland, Johns Hopkins University Press, 2015, pp. 12-18, 36-37.

⁴¹ Presidential Transitions Act of 1963, Mar. 7, 1964, §3, codified at 3 U.S. Code, § 102 note (2018); J.P. Zoffer, *Note, The Law of Presidential Transitions*, cit., p. 2523-24.

⁴² J.P. Zoffer, *Note, The Law of Presidential Transitions*, cit., p. 2524.

⁴³ Pre-Election Presidential Transition Act of 2010, Oct. 15, 2010, §2(a), Public Law, no. 111-283, 124 Stat. 3045, codified at 3 U.S.C. §102 note, 2018; see also M.J. Kumar, *Before the Oath: How*

formation and support early on. A 2015 measure went further, requiring the current administration to create a White House Transitions Council and a separate Agency Directors Council to help coordinate transition and negotiate a memorandum of understanding with each candidate's transition team that contains an ethics plan, as well as governing the team's access to government employees, facilities and documents.⁴⁴ This support, of course, is to be used only for activities connected to assuming office and cannot be connected to campaign activities.⁴⁵ It permits getting a transition team ready for the hard work it will have to do should the candidate's campaign succeed, together with possible national security briefings and limited other support.

The quality of a transition, within this statutory framework, is a function of cooperation between the incumbent administration and its successors, as well as, individually, on «what the winning presidential candidate does to prepare for office and what the incumbent [P]resident chooses to do as he leaves office».⁴⁶ The three most recent presidential transitions illustrate the possibilities. The transition from George W. Bush, a two-term President, to Barack Obama, exemplified facilitating the transfer of authority in a continuing presidency.⁴⁷ The Bush administration started planning for transition at the end of 2007, encouraged pre-election preparation, expedited security clearances for transition and incoming personnel, gathered information for the incoming administration, and provided frequent access to government personnel and documents. Candidate Obama also engaged with transition early, assigning trusted staff to start planning for it in late spring and summer of 2008, once his candidacy seemed likely.⁴⁸

Despite his welcome commitment to assuring a smooth transfer of power, the nearly two and a half months between the election and inauguration gave President Bush a window in which both to advance his policy preferences and potentially to tie the incoming Obama administration's hands. The 2008 transition coincided with a major financial crisis, and public attention naturally gravitated to Obama's views on economic recovery measures. While preserving space for him to devise responses to the crisis, President Bush nonetheless made his own policy moves, ones that Obama opposed.⁴⁹ His administration issued a large number of controversial and economically-significant

George W. Bush and Barack Obama Managed a Transfer of Power, cit., pp. 37-56 (describing changes enacted over the years).

⁴⁴ J.P. Zoffer, *Note, The Law of Presidential Transitions*, cit., pp. 2517, 2525-2526; J.P. Burke, *The Contemporary Presidency, "It Went Off the Rails": Trump's Presidential Transition and the National Security System*, in *Presidential Studies Quarterly*, 4, 2018, pp. 832, 833-34.

⁴⁵ Pre-Election Transition Act 2010, § 2(a) (amending the Presidential Transition Act 1963 to add new §§ 3(h)(2)(A)-(C)).

⁴⁶ See S. Levinson, *Presidential Elections and Constitutional Stupidities*, cit.

⁴⁷ M.J. Kumar, *Before the Oath: How George W. Bush and Barack Obama Managed a Transfer of Power*, cit. p. 5; see also J. Puzzanghera, *A tale of two transitions amid crisis: Bush smoothed the path for Obama, while Trump creates chaos for Biden*, cit.

⁴⁸ M.J. Kumar, *Before the Oath: How George W. Bush and Barack Obama Managed a Transfer of Power*, cit., pp. 5-6, 44-51, 60-61, 249-51.

⁴⁹ J. Puzzanghera, *A tale of two transitions amid crisis: Bush smoothed the path for Obama, while Trump creates chaos for Biden*, cit.; R. Weill, *Constitutional Transitions: The Role of Lane Ducks and Caretakers*, cit.

“midnight rules” during the transition period,⁵⁰ expanded gas and oil leases on national lands and signed a treaty that Obama opposed – just as President Clinton, Bush’s predecessor, had signed the treaty establishing an International Criminal Court despite Bush’s objections.⁵¹

By contrast, the Obama-Trump transition in 2016 was far more problematic. Like President Bush, President Obama was a two-term President facing the certainty of transition to someone, and his administration started preparing for transition in April 2016. Following the example that President Bush had set for an interparty handoff, President Obama interacted with Trump several times, meeting with him in the Oval Office shortly after the election.⁵² He sought to pair his administration’s officials with Trump representatives, and scheduled «two war-gaming exercises to prepare Mr. Trump and his staff for a potential national security crisis», just as Bush had done for Obama.⁵³ Trump’s behavior, however, both as candidate and as President-elect, was quite unlike Obama’s. He made last-minute changes in his transition’s leadership, casting aside much of the preparatory work his initial transition team (headed by former New Jersey Governor Chris Christie) had done.⁵⁴ Deep distrust emerged between the Obama and Trump camps, with top Obama law enforcement officials concluding that Trump campaign personnel and nominees posed sufficient national security risks to require investigation.⁵⁵ And, like his predecessors, President Obama continued to advance his own regulatory and foreign policy preferences throughout the transition period, embedding policies with which the newly elected, but not yet inaugurated President Trump strongly disagreed.⁵⁶

⁵⁰ See supra, Part I.3; A.J. O’Connell, *Agency Rulemakings and Political Transitions*, in *Northwestern University Law Review*, 2, 2011, pp. 471, 472-73, 504; C.W. Copeland, “Midnight Rules” Issued Near the End of the Bush Administration: A Status Report, in Congressional Research Service, 1, 2009, p. 4077, («Dozens of controversial rules» were issued in the final months of Bush administration). Although many of Bush’s rules were controversial, it does appear that «President Bush’s administration decreased the rate of economically significant rulemaking following the 2008 election». United States Government Accountability Office (GAO), *Federal Rulemaking: OMB Should Work with Agencies to Improve Congressional Review Act Compliance during and at the End of Presidents’ Terms*, Report GAO-18-183, Mar. 2018, p. 10.

⁵¹ See R. Weill, *Constitutional Transitions: The Role of Lane Ducks and Caretakers*, cit.; F. Barringer, *U.S. to Open Public Land Near Parks for Drilling*, in *The New York Times*, Nov. 7, 2008, available at <http://www.nytimes.com/2008/11/08/us/08lease.html>, visited May 2022.

⁵² See, e.g., R. Berman, *The Most Important Takeover of Any Organization in History*, in *Atlantic*, Apr. 22, 2016, available at <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/04/improving-the-presidential-transition-2016/477528/>, («For its part, the Obama administration says it has already begun preparing for the transition, trying to match if not exceed the early timeline set by Bush»); J.H. Davis, *Trump and Obama Hold Cordial 90-Minute Meeting in Oval Office*, in *The New York Times*, Nov. 10, 2016, available at <https://www.nytimes.com/2016/11/17/us/politics/obama-white-house-transition.html>, visited May 2022.

⁵³ See J.H. Davis, *Trump’s Transition in a ‘Long History’ of Rocky Presidential Handovers*, cit.; D. Sevastopulo, B. Jopson, *Trump Meets Obama in White House as Transition of Power Begins*, in *Financial Times*, Nov. 10, 2016, available at <https://www.ft.com/content/a6c7c0b8-a765-11e6-8b69-02899e8bd9d1>, visited May 2022.

⁵⁴ D. Balz, *‘It went off the rails almost immediately’: How Trump’s Messy Transition Led to a Chaotic Presidency*, in *The Washington Post*, Apr. 4, 2017; J.P. Burke, *The Contemporary Presidency*, “It Went Off the Rails”: *Trump’s Presidential Transition and the National Security System*, cit., pp. 836-40.

⁵⁵ M. Schwartz, *The Last Handoff*, in *The New York Times*, Jan. 12, 2021.

⁵⁶ See infra Part II.2; P. Nicholas, C.E. Lee, *Transition from Barack Obama to Donald Trump Turns Tense*, in *Wall Street Journal*, Dec. 16, 2016; M.D. Shear, *Obama’s Last Days: Aiding Trump Transition, but Erecting Pol-*

Unlike Bush-Obama and Obama-Trump, the Trump-Biden transition occurred in the wake of a single-term presidency, when any incumbent might be relatively inattentive to transition planning before the election and President Trump's confidence in a favorable outcome for himself – both before and after the election occurred – doubtless contributed to his indifference to it. As has already been noted, both during his campaign and after the election President Trump made extensive use of his opportunities to embed judges, executive branch employees and policy commitments likely to impede President Biden's success. Beyond these embedding efforts, though, his personal refusal to concede the election, numerous lawsuits challenging it, and repeated false allegations of electoral fraud provoked an unruly mob's attempt, two weeks before inauguration, to block the ultimate determination of the election's outcome,⁵⁷ After thus poisoning the transition atmosphere, President Trump left the White House for his Florida mansion on the morning of inauguration, denying even the semblance of commitment to presidential continuity. And at the institutional level, things were little better. Although major networks called the election for Biden on November 7, four days after Election Day, there was a two-week delay before the GSA Administrator "ascertained" that Biden was the election winner,⁵⁸ giving him access to over \$6 million in government funding and other services, and his transition team access to agency employees and documents.⁵⁹ Once agency meetings did begin, President Trump's political appointees insisted on attending Biden transition teams' meetings with career agency staff. Indeed, in some cases agencies simply resisted such meetings; in others, they curtailed national security access the new administration would need to understand matters that would require their immediate attention.⁶⁰ Responsible career officials nonetheless were generally able to provide the Biden transition staff the access to information and agency personnel it needed.⁶¹

icy Roadblocks, in *The New York Times*, Dec. 31, 2016, available at <https://www.nytimes.com/2016/12/31/us/politics/obama-last-days-trump-transition.html>, visited May 2022. The GAO Report, cit., at 9 reported that the Obama administration published 55 final economically significant rules in the period Sept 23, 2016-Jan. 20, 2017, substantially higher than the number of such rules (ranging from 14 to 33) it published in the same period in other years. S.E. Miller, D.R. Pérez, *Measuring the Obama administration's Historic Midnight Surge*, in *Regulatory Review*, Feb. 6, 2017, available at <https://www.theregreview.org/2017/02/06/miller-perez-measuring-obama-administration-historic-midnight-surge/> (identifying 41 economically significant rules during Nov. 1, 2016-Jan. 19, 2017), visited May 2022.

⁵⁷ N. Fandos, *Trump Acquitted of Inciting Insurrection, Even as Bipartisan Majority Votes 'Guilty'*, in *The New York Times*, Feb. 13, 2021.

⁵⁸ J. Koblin, M. Grynbaum, T. Hsu, *Tension, Then Some Tears, as TV News Narrates a Moment for History*, in *The New York Times*, Nov. 7, 2020; E. Murphy, *Murphy Letter*, Nov. 23, 2020, letter from GSA Administrator Emily Murphy to Joe Biden, (stating that «because of recent developments involving legal challenges and certifications of election results» she was «transmitting this letter today to make [Presidential Transition Act] resources and services available» and insisting that she «was never directly or indirectly pressured by any Executive Branch official with regard to the substance or timing of [her] decision»).

⁵⁹ E. Murphy, *Murphy Letter*, cit., p. 2; M. Choi, G. Orr, M. McGraw, N. Cook, *Trump relents as administration begins Biden transition*, in *Politico*, Nov. 23, 2020.

⁶⁰ L. Friedman, *Trump Administration Is Planting Loyalists in Biden Transition Meetings*, in *The New York Times*, Dec. 8, 2020; A.B. Wang, J. Johnson, D. Lamothe, *Biden Accuses Trump Appointees of Obstructing Transition on National Security Issues*, in *The Washington Post*, Dec. 28, 2020.

⁶¹ See M. Herz, K. Shaw, *Transition Administration*, cit., pp. 667-68.

The Trump-Biden transition, then, demonstrates the limits of legal regulation and the critical role played by norms and the longstanding American commitment to peaceful transfer of power.⁶² Despite the frequent congressional expansions of the governing legal framework to mandate greater and earlier support, an uncooperative outgoing President and administration can stymie a smooth transition. To be sure, new amendments might respond to some elements of the Trump-Biden experience: changing the threshold for the GSA's ascertainment determination, for example, to being that a candidate is "substantially likely" to be the election victor; or increasing the role of senior career officials in transition.⁶³ Yet the process is fundamentally beholden to the incoming and outgoing Presidents' commitments to ensuring a successful transfer of power.

3.2. Actions during the Trump-Biden transition

Incoming Presidents have many pressing tasks on their plates during transition. Perhaps the most imperative is identifying political appointees for the new government. This entails selecting not only cabinet and other high officials who will require Senate confirmation before they can take office, but also White House staff and intermediate level appointees who don't require Senate confirmation, important personnel who can assume office immediately.⁶⁴ At the same time, the transition needs to field a raft of agency review teams that meet with agency staff, examine agency documents, and identify issues for the incoming administration to address. The transition also must focus on developing the President-elect's policy agenda, crafting 100 day and 200 day plans, preparing executive actions to be announced in the administration's first days in office, putting together a budget, and responding to events.⁶⁵

Although President Biden continued with transition activities throughout President Trump's determined efforts to overturn the presidential election results, naming his full cabinet by January 15, 2021⁶⁶ and preparing a substantial number of executive actions for his first weeks in office, Trump's attack on the election results had ongoing impact,

⁶² See M. Herz, K. Shaw, *Transition Administration*, cit., pp. 659-60; M.J. Kumar, *Before the Oath: How George W. Bush and Barack Obama Managed a Transfer of Power*, cit.

⁶³ L. Fite, *The GSA Delayed Biden's Transition. Future Presidents-Elect Could Sue to Speed Things Up*, in *Lawfare*, Nov. 30, 2020; M. Herz, K. Shaw, *Transition Administration*, cit., pp. 672-76, 679-81 (discussing these proposals).

⁶⁴ M.J. Kumar, *Before the Oath: How George W. Bush and Barack Obama Managed a Transfer of Power*, cit., pp. 208-214, 239-41.

⁶⁵ Partnership for Public Service, Center for Presidential Transition, *Presidential Transition Guide* 3-4, 12-14, IV ed., Apr. 2020.

⁶⁶ Biden nominated Eric Lander as director of the Office of Science and Technology Policy and made the position a Cabinet level post on January 15, 2021; he nominated candidates for the final three cabinet department heads positions on January 7, 2021; S. Kaplan, *Biden Will Elevate White House Science Office to Cabinet-Level*, in *The Washington Post*, Jan. 15, 2021, available at <https://www.washingtonpost.com/science/2021/01/15/biden-lander-ostp/>, visited May 2022. He nominated his last two Cabinet department head positions on Jan. 7, 2021; A. Thompson, T. Meyer, *The Coming Biden Confirmation Blitz*, in *Politico*, Jan. 7, 2021, available at <https://www.politico.com/newsletters/transition-playbook/2021/01/07/the-coming-biden-confirmation-blitz-792652>, visited May 2022.

contributing to Senate delays in confirming Biden's nominees.⁶⁷ As a result, despite having announced significantly more nominees by Inauguration Day than Presidents Bush, Obama, or Trump, President Biden started his administration with the fewest confirmed cabinet members. Only one member of Biden's Cabinet was confirmed on his first day in office with the next two cabinet members not confirmed until several days later, whereas other Presidents have had at least a couple in place from the start.⁶⁸ And Trump's resistance meant that Biden did not start to receive the President's Daily Brief until after the GSA's ascertainment; and after this, he alleged, Trump administration obstruction of transition access to national security information continued.⁶⁹

The Trump administration added some new twists while also undertaking more familiar last-minute transition actions. In just the last five months it was in office the Trump administration published 1490 new regulations.⁷⁰ While the majority were doubtless routine,⁷¹ over 220 were "major" in the terms of the executive order governing centralized review. Of particular note, 130 of these were adopted *after* President Trump had lost the election – 27 in November, 47 in December and 56 more in its final three weeks in office. Twenty-five of these pre-election major rules and 49 post-election ones were designated "economically significant" rules – that is, these 74 rules had the importance for which the executive order requires the most intense White House engagement. Not only did the Trump administration issue more important regulations than had any other recent administration,⁷² it added the new move of making many of these regulations immediately effective – presumably to prevent Biden administration from acting as its predecessors had often done, immediately on inauguration putting on hold rules that had not yet become effective before they assumed office.⁷³

⁶⁷ H. Stevens, *Impeachment Trial Threatens Biden's Already-Delayed Cabinet Picks Amid Mounting Challenges*, in *The Washington Post*, Jan. 18, 2021. A subsequent White House Press Release stated that President Biden has made up that ground:

The Biden-Harris administration put in place its Statutory Cabinet faster than any other administration since President Reagan. President Biden has also announced his intent to nominate 233 individuals to serve in Senate-confirmed leadership roles across the Executive Branch – more nominees than any past administration has announced by the 100-day mark. and dramatically fulfilled his promises of ethnic and gender diversity in making his appointments, available at <https://www.whitehouse.gov/?s=100+Days+In%2C+Biden-Harris+Administration+Makes+History+with+Presidential+Appointees>, visited May 6, 2022.

⁶⁸ *Pace of Nominations: How Does Biden Compare with Previous Presidents?* in *Center For Presidential Transitions*, Jan. 14, 2021 (nothing Biden had 52 nominees as of January 19, whereas Trump had 29, Obama had 42, and Bush had 20); L. Mascaro, *Senate Confirms Biden 1st Cabinet Pick as Democrats Control*, in *Associated Press News*, Jan. 21, 2021; A.J. O'Connell, *Waiting for Confirmed Leaders: President Biden's Actings*, in *Brookings*, Feb. 4, 2021.

⁶⁹ M. Herz, K. Shaw, *Transition Administration*, cit., pp. 670-71; A.B. Wang, J. Johnson, D. Lamothe, *Biden Accuses Trump Appointees of Obstructing Transition on National Security Issues*, cit.

⁷⁰ The numbers in this paragraph were all taken from the Center's Google Sheet downloadable at <https://gww.app.box.com/v/2020-2021-FR-rules-CRA-window>, visited May 2022.

⁷¹ E.g., a January 15, 2021 rule of the Federal Aviation Administration concerning special flight authorizations for supersonic aircraft, in *Federal Register*, 86, 2021, p. 3782, available at <https://regulatory.studies.columbia.gwu.edu/midnight-regulations>, visited May 2022.

⁷² See NYU Institute for Policy Integrity, *Roundup: Trump-Era Agency Policy in the Courts*, NYU Institute for Policy Integrity, cit.; Part IV below.

⁷³ J.E. Dlouhy, *Trump Rulemaking Blitz Cuts Waiting Period to Restrict Biden*, in *Bloomberg News*,

More than a few of these important, late-in-the-presidential-term actions represented efforts to embed policies the Biden administration would find objectionable. For example, on January 6, 2021 (the day of the Capitol riots) the Environmental Protection Agency (EPA) published and made immediately effective a regulation assigning less weight to scientific studies of the harms that might result from personal exposure to dangerous substances if raw data they were built on, including medical histories and other confidential data from human subjects, had not been revealed.⁷⁴ Keeping that data confidential had been a standard practice, to encourage public participation and protect patient privacy. The new rule would substantially complicate EPA's evaluation of risks that it was responsible to regulate, thus restricting their regulation.

The Trump administration took many other deregulatory administrative actions likely to be at odds with the incoming administration's views. In just one week, for example, the administration enacted a remarkable number of environmental rollbacks, including single-shot adjudicatory decisions as well as rules:

«[T]he Interior Department overturned an Obama-era measure that increased royalties that oil, gas and coal companies pay the federal government; cut 3.4 million acres in critical habitat for the northern spotted owl, which faces extinction; expedited approvals to lease more than 550,000 acres of the Arctic National Wildlife Refuge for energy development; and approved a four-lane highway through Utah's Red Cliffs National Conservation Area, which had been permanently protected as a wildlife reserve 25 years ago».⁷⁵

In the month and a half after losing the election, President Trump made around three dozen appointments to federal boards and commissions,⁷⁶ and his administration embedded a large number of political appointees in career positions protected by civil

Jan. 13, 2021; see also R.A. Klain, *Memorandum from Ronald A. Klain, Chief of Staff, to the Heads of Executive Departments and Agencies, in Regulatory Freeze Pending Review*, Jan. 20, 2021 (directing agency heads to «consider postponing the ... effective dates for 60 days» of «rules that have been published in the Federal Register, or rules that have been issued in any manner, but have not taken effect»).

⁷⁴ Environmental Protection Agency (EPA), *Strengthening Transparency in Pivotal Science Underlying Significant Regulatory Actions and Influential Scientific Information*, in *Federal Register*, 86, Jan. 6, 2021, pp. 469-501. The Environmental Defense Fund, an NGO often litigating such issues, promptly challenged the «immediate effectiveness» of the rule, an element that if operative would have imposed on President Biden's EPA the significant costs of repealing it; the EDF also raised significant doubts about the validity of the rule generally. This challenge to the regulation's immediate effectiveness succeeded barely a week after President Biden's inauguration, U.S. District Court of Montana, *Environmental Defense Fund v. U.S. Environmental Protection Agency*, 515 F.Supp.3d, 2021, p. 1135, 1147-1151. Citing the doubts that had been raised about its validity, the new administration's EPA promptly moved the court to vacate the underlying rule, effectively ending its legal force; the plaintiffs did not oppose the motion, and the court quickly granted it. U.S. District Court of Montana, judg. Feb. 1, 2021, *Environmental Defense Fund v. U.S. Environmental Protection Agency*, 4:21-cv-00003-BMM, 2021 U.S. Dist. LEXIS 24202.

⁷⁵ J. Elperin, D. Grandoni, *In Trump's Last Days, A Spree of Environmental Rollbacks*, in *The Washington Post*, Jan. 15, 2021, available at <https://www.washingtonpost.com/climate-environment/2021/01/15/trump-environmental-rollbacks/>, visited May 2022.

⁷⁶ J. Fabian, *Trump Fills Government Boards with Loyalists as Term Nears End*, in *Bloomberg News*, Dec. 18, 2020.

service rules.⁷⁷ It sought to use contracts with states and localities to lock in controversial policies, an unusual move – as an example, when the Department of Homeland Security used contracts to commit itself to providing 180 days written notice before reducing or relaxing immigration enforcement.⁷⁸ Similarly, in an effort to prevent the repeal of its controversial actions permitting the imposition of work requirements as a condition of receiving Medicaid benefits, the Center for Medicare and Medicaid Services (CMS) signed agreements with several jurisdictions requiring it to provide nine months' notice before their termination.⁷⁹ Although the Biden administration has treated these contractual restraints as ineffective, the contracts provide a basis on which jurisdictions can – and have – sued for their enforcement.⁸⁰ We turn now, then, to the new administration's efforts once in office to counter these moves.

4. Creating the new government: appointments

The thickness of the political layer at the top of the national government⁸¹ keeps the task of peopling the new administration central alive well past the President's inauguration. Creating a responsive, functioning government requires a new President to nominate any officials requiring Senate confirmation quickly, naming acting officials who can be trusted to advance the new administration's agenda while waiting for nominees to be confirmed. It requires, as well, seeing to the rapid appointment of those subordinate officials ("inferior officers") Congress has provided may be politically appointed without Senate involvement. While many government employees – the economists of the Office of Management and Budget and government attorneys, for example – are apolitical appointees who expect to continue in their positions when administrations change, thousands in higher ranking positions are appointed politically and expected to resign upon the inauguration of a President of the opposing party. As the scholarship of Anne Joseph O'Connell has dramatically shown,⁸² their replacement takes a great deal

⁷⁷ A.M. Ollstein, M. Cassella, *The 'Deep State' of Loyalists Trump Is Leaving Behind for Biden*, in *Politico*, Jan. 19, 2021; L. Rein, A. Gearan, *Biden is Firing Some Top Trump Holdovers, But in Some Cases, His Hands May Be Tied*, in *The Washington Post*, Jan. 24, 2021 (reporting that Trump had already switched 26 political appointees to career status, with 9 pending, in Jan-Nov 2020).

⁷⁸ Agreement between the Department of Homeland Security and the Arizona Attorney General's Office and the Arizona Department of Law, available at <https://assets.documentcloud.org/documents/20466676/az-dhs-agreement.pdf>, visited May 2022; H. Aleaziz, *The DHS Has Signed Unusual Agreements with States That Could Hamper Biden's Future Immigration Policies*, in *BuzzFeed News*, Jan. 15, 2021.

⁷⁹ Center for Medicare & Medicaid Services, *Procedures for Withdrawing or Modifying a Section 1115 Demonstration*, 2021, available at <https://www.medicaidandthelaw.com/wp-content/uploads/sites/10/2021/01/Withdrawal-Terms-Letter-with-Enclosed-Agreement-FORMATTED-template-1.pdf>, visited May 2022.

⁸⁰ S. Kiff, M. Sanger-Katz, *Biden Administration Moves to End Work Requirements in Medicaid*, in *The New York Times*, Feb. 12, 2021; N. Miloff, M. Sacchetti, *Texas Sues Biden Administration over 100-Day Deportation 'Pause'*, in *The Washington Post*, Jan. 22, 2021.

⁸¹ See D. Barron, *From Takeover to Merger: Reforming Administrative Law in an Age of Agency Polarization*, cit.

⁸² See A.J. O'Connell, *Vacant Offices: Delays in Staffing Top Agency Positions*, in *California Law Review*, 5, 2009, p. 913.

of time. The Trump administration's actions encouraging apolitical public servants to resign and its deviation from the longstanding norms of apoliticality characterizing some positions not formally protected by the civil service laws – for example, its firing of a number of Inspectors General who had decided to investigate administration actions, replacing them with loyalists⁸³ – substantially increased the number of positions to be filled. Finding needed replacements, and appointing successors to Trump loyalists without seeming to endorse the political nature of the appointments, in itself is a challenge.

These appointment tasks are inevitably complicated by the need for vetting to assure competence and to avoid conflicts of interest or other potential embarrassments. Their completion may be delayed to the extent Congress has placed their appointment in the hands of cabinet secretaries or others yet to be confirmed. The Constitution permits assigning to agency heads the great bulk of appointments to political positions, and one can find in this provision, as in the requirement for Senate confirmation of principal officers, an understanding consistent with its “checks and balances” design. It suggests loyalty to the law, overseen by both political branches, as the governing consideration, and not loyalty to a personal presidency at risk of becoming autocratic. In recent practice, however, Presidents have asserted control over all political appointments through the White House Presidential Personnel Office (PPO), whether statutes have assigned them to the President *or* to the heads of departments. The PPO is a small (and thus resource-constrained) part of the Executive Office of the Presidency (EOP) that during the transition was headed by a 30-year old confidant who gave cabinet secretaries explicit orders as to whom among their subordinates they were to purge for disloyalty – in itself a profound *personal* loyalty test.⁸⁴ President Trump's dominating concern for loyalty among government employees, and his administration's strenuous efforts to reduce the size of government (particularly encouraging/forcing the departure of employees whose contributions were unwelcome to them) have both created many

⁸³ I. Duncan, M. Laris, *Democrats Open Investigation into Trump's Replacement of Acting Transportation Department Inspector General*, in *The Washington Post*, May 19, 2020; J. Kirby, *Trump's Purge Of Inspectors General, Explained*, in *Vox*, May 28, 2020; A. Rappeport, *Trump's Inspector General Has Expressed Dim Views of Congressional Oversight*, in *The New York Times*, Apr. 7, 2020.

⁸⁴ J. Dawsey, J. Eilperin, J. Hudson, L. Rein, *Trump's final days, a 30-year-old aide purges officials seen as insufficiently loyal*, in *The Washington Post*, Nov. 13, 2020, visited May 7, 2021. A rare reported exception to presidential control was Secretary of Defense James Mattis insistence on naming as his chief deputy Michèle A. Flournoy, a hawkish Democrat who would most likely have been Hillary Clinton's defense secretary; H. Cooper, E. Schmitt, G. Thrush, *Mattis Shows How to Split With Trump Without Provoking Him*, in *The New York Times*, Sep. 20, 2017, available at <https://www.nytimes.com/2017/09/20/us/politics/jim-mattis-trump-pentagon.html>, visited May 7, 2022. Ultimately, she declined the job. A contemporary profile of Mattis reported: «Four months after Mattis took over the Pentagon, only two of the top civilian jobs – there are fifty-seven in all – have been filled. While Mattis was inclined to bring in people from across the political spectrum, the Trump White House was determined to appoint loyalists. In practice, that excluded nearly all the main-line Republican national-security experts, dozens of whom had signed letters during the campaign declaring that Trump was unqualified for office».

D. Filkins, J. Mattis, *A Warrior in Washington*, in *The New Yorker*, May 22, 2017, available at <https://www.newyorker.com/magazine/2017/05/29/james-mattis-a-warrior-in-washington>, visited May 2022. More recently, President Biden chose not to nominate Ms. Flournoy to be his Secretary of Defense; J. Steinhauer, *Michèle Flournoy Again Finds Her Shot at the Top Pentagon Job Elusive*, available at <https://www.nytimes.com/2020/12/08/us/politics/michele-flournoy-defense-secretary.html>, visited May 7, 2022.

vacancies in those apolitical appointees who might have expected to continue in their positions when administrations changed, and to some extent filled those vacancies with political loyalists whose continuation in their offices is for that reason undesirable.

4.1. *Filling out the Government*

The sheer number of political positions a new administration must fill on assuming office presents a daunting challenge. According to the “Plumbook,” in 2020 there were over 3,700 political positions that the President can fill: 1,118 presidentially nominated “PAS” positions (in addition to federal judgeships) requiring the Senate’s consent; another 354 presidentially-appointed positions that are not PAS; 724 Senior Executive Service positions not held by career officials; and 1566 Schedule C positions, which are positions excepted from the civil service «because of their confidential or policy-determining character».⁸⁵

Filling this deep layer of political appointees, many to positions requiring Senate confirmation, leads to extensive vacancies and delays. Although Presidents often have identified nominees to cabinet positions prior to their inauguration, and congressional hearings to consider their candidacy may even have begun, the situation is quite different for important subcabinet positions. «Of some 591 key positions requiring Senate confirmation, by early September Obama had 310 confirmed while Bush, had 294[, and] ... Trump [had] only 117».⁸⁶ Moreover, these vacancies and delays continue throughout a President’s term in office. Anne Joseph O’Connell found that top jobs in cabinet departments and executive agencies were vacant or filled by acting officials 15% to 25% of the time in the period 1977-2005.⁸⁷ She also found that confirmation delays and difficulties are growing worse over time. For President Reagan, 17.5% failed and on average it took 59.4 days for confirmation, whereas President Obama experienced a 28% failure rate, and 127.2 days for confirmation.⁸⁸ Under President Trump, the number of these vacancies grew noticeably, perhaps reflecting in part distaste for the publicity and possibly conflicted loyalty that could result from the confirmation process, and the greater likelihood of political costs to their dismissal if called for. Having to obtain Senate approval may result in nominations of candidates whose

⁸⁵ U.S. Senate Commity on Homeland Security & Governmental Affairs, *110th Cong., Policy and Supporting Positions app*, Washington DC, Congressional Committee Prints, 2020, pp. 212, 215 (known as the “Plumbook,” this report issued every four years is the authoritative source for policy and supporting positions in the federal government); see also D. Lewis, *The Politics of Presidential Appointments: Political Control and Bureaucratic Performance*, in *Political Science Quarterly*, 1, 2008, pp. 181-183 (describing these categories of positions).

⁸⁶ J.P. Burke, *The Contemporary Presidency, “It Went Off the Rails”: Trump’s Presidential Transition and the National Security System*, cit., p. 833.

⁸⁷ A.J. O’Connell, *Vacant Offices: Delays in Staffing Top Agency Positions*, cit., pp. 913, 965.

⁸⁸ A.J. O’Connell, *Shortening Agency and Judicial Vacancies Through Filibuster Reform? An Examination of Confirmation Rates and Delays from 1981 to 2014*, in *Duke Law Journal*, 8, 2015, pp. 1645, 1660-1661, 1669. Note that the data for President Obama is as of 2014, so captures only his first six years in office rather than his full eight.

views are not fully in line with the President's or to the making of promises in committee hearings that can later impede simple political loyalty to the President. President Trump, more than any predecessor, relied on acting officials, whom he called «my actings», and on sub-delegations of authority within agencies to less prominent actors.⁸⁹

Presidents blame the Senate for confirmation delays, and a number of scholars have called for limiting when Senate confirmation is required. Currently, confirmation is required for a range of positions that do not rise to the level of principal officers for which presidential nomination and Senate confirmation are constitutionally required.⁹⁰ Yet limiting confirmation will only go so far. O'Connell's data reveal that a more significant contributor is the time it takes Presidents to make nominations.⁹¹ To the extent the PPO controls political appointments by whomever made, the process of identifying and vetting candidates for office, including weighing political considerations, is time-consuming whether or not confirmation is required.⁹² Presidents exerting control over agency hiring to install individuals who share their policy priorities, some argue, creates greater politicization in agencies where technological competence may be the dominant desirable characteristic.⁹³ Here, reliance on political appointees selected for loyalty or political connections rather than competence can undercut governmental performance. How much of a problem this is depends on the nature of the position at issue – although studies suggest that programs managed by political appointees perform less well on average, loyalty and closer political connections may matter more than policy or management expertise for some positions.⁹⁴

For our purposes here, the central point is that the large number of political appointments to fill consumes a great deal of a new presidential administration's attention

⁸⁹ A.J. O'Connell, *Actings*, in *Columbia Law Review*, 3, 2020, pp. 613, 617, 646-47 (internal quotations omitted) (reporting that, as a fraction of total days of an administration, acting secretaries served 9.9% of the days under President Trump compared to 2.7% of the days under President Obama and 1.6% of the days under President George W. Bush); See also N.A. Mendelson, *The Permissibility of Acting Officials: May the President Work around Senate Confirmation?*, in *Administrative Law Review*, 4, 2020, p. 533, 539, («As of September 10, 2019 ... the 'appointee tracker' run jointly by the non-profit Partnership for Public Service and The Washington Post reported that of 732 'key' posts, 480 were occupied by Senate-confirmed individuals, leaving 252 vacant – a one-third vacancy rate»).

⁹⁰ See P.C. Light, *A Government Ill Executed: The Decline of the Federal Service and How to Reverse It*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2008; A.J. O'Connell, *Vacant Offices: Delays in Staffing Top Agency Positions*, cit., pp. 1695-96.

⁹¹ A.J. O'Connell, *Vacant Offices: Delays in Staffing Top Agency Positions*, in *California Law Review*, cit., pp. 966-67 (noting that «it took presidents an average of 173 days to nominate non-cabinet agency heads, and it took the Senate an average of 63 days to confirm these nominations», while for deputy non-cabinet agency heads «it took presidents an average of 301 days to nominate and the Senate 82 days to confirm»).

⁹² See P.C. Light, *A Government Ill Executed: The Decline of the Federal Service and How to Reverse It*, cit., pp. 85-88, 230-31.

⁹³ D. Barron, *From Takeover to Merger: Reforming Administrative Law in an Age of Agency Polarization*, cit., pp. 1121-1133.

⁹⁴ See N. Gallo, D. Lewis, *The Consequences of Presidential Patronage for Federal Agency Performance*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2, 2012, pp. 219-230, 238; D. Lewis, *The Politics of Presidential Appointments*, cit.; see also N.A. Mendelson, *The Permissibility of Acting Officials: May the President Work around Senate Confirmation?*, cit., pp. 588-89 (emphasizing that the characteristics of acting officials who fill vacancies on an interim basis affect whether vacancies harm agency performance).

and energy. Moreover, failures to adequately vet candidates can lead to costly missteps, if tax problems and other issues lead prominent candidates to withdraw. President Obama's nominating process quickly went from being a success story to seeming disarray for such reasons; his first year ended with his then having «the lowest percentage of confirmed executive branch positions of the five most recent presidents».⁹⁵ When nominations and confirmations at the subcabinet or undersecretary and deputy level are delayed, the resulting lack of leadership can impede the President's ability to implement key policy initiatives. Here again the Obama experience proves the point: «Despite the worst economic crisis in decades, Treasury Secretary Geithner worked without a main deputy for almost four months» with Obama not even announcing until March «nominations for any of the nearly two dozen Senate-confirmed positions underneath Geithner», «and those nominations covered only three positions».⁹⁶

For President Trump, committed to slowing government and «drain[ing] the swamp», leaving positions unfilled and the agency less able to act had appeal.⁹⁷ But personnel and appointments have dominated the early days of the Biden administration and, as noted above,⁹⁸ President Biden has enjoyed greater success than his recent predecessors both in nominating and in securing confirmations. Nonetheless, the Senate's 50-50 split underscores the implications of the confirmation process for the President's range of choice in making nominations. Losing the support of a single Democratic Senator can doom a nomination, and this dynamic resulted in the withdrawal of his candidate to lead the Office of Management and Budget, the most important bureaucratic element of the EOP.⁹⁹ More generally, «it has become more and more difficult to fill ... political positions because of interbranch fights over nominees and short tenures once appointees are in office».¹⁰⁰ While 23 of President George W. Bush's nominees won unanimous confirmation, as did 19 of President Obama's, none of President Trump's nominees did.

Anticipating the possibility of lengthy delays before its appointees were in place, the Biden administration devised strategies to ensure that these delays would not impede work on the administration's agenda. It did not, as past incoming Presidents occasionally have, invite Senate-confirmed officials from the outgoing administration to remain in office pending until their successors' confirmation. Instead, it quickly filled a number of first assistant positions requiring only presidential appointment with outside

⁹⁵ M.J. Kumar, *Before the Oath: How George W. Bush and Barack Obama Managed a Transfer of Power*, cit., pp. 208-09, 212-13; as noted in text, President Trump's record here was worse, although not for the same reasons.

⁹⁶ A.J. O'Connell, *Vacant Offices: Delays in Staffing Top Agency Positions*, cit., pp. 916-19.

⁹⁷ C.M. Kinane, *Control without Confirmation: The Politics of Vacancies in Presidential Appointments*, in *American Political Science Review*, 2, 2021, p. 2 («President Trump kept positions empty for months and refused to pursue nominations in many agencies where he has proposed slowdowns and dramatic cuts on regulation, workforce, and budget (e.g., Education and State)»).

⁹⁸ See also S. Kaplan, *Biden Will Elevate White House Science Office to Cabinet-Level*, cit.; A. Thompson, T. Meyer, *The Coming Biden Confirmation Blitz*, cit.

⁹⁹ E. Cochrane, J. Tankersley, *Senate Committees Abruptly Postpone Votes on Neera Tanden, Signaling Pessimism on Biden's Nominee*, in *The New York Times*, Feb. 24, 2021.

¹⁰⁰ D. Lewis, *Deconstructing the Administrative State*, in *The Journal of Politics*, 3, 2019, pp. 767, 778.

individuals, which then permitted naming these individuals to acting roles as the heads of divisions and bureaus within agencies. During the transition period it also drew on the knowledge of former Obama officials to identify senior career agency staff who met the position requirements imposed by the Federal Vacancies Reform Act of 1998 and who could be trusted to implement Biden's policies,¹⁰¹ and then appointed them as "acting" leaders upon inauguration.¹⁰² The Biden team did not announce these names until President Biden had assumed office, apparently to ensure that the Trump administration could not take actions against these individuals.¹⁰³ A roster of policy experts, often former Obama officials having extensive knowledge of their agencies, have filled out other political slots.¹⁰⁴

4.2. *The personnel fallout of the Trump years*

In addition to the usual headaches of staffing the government with its own personnel, President Biden faces broader and deeper problems the Trump administration created that will be harder to address. The first is identifying and firing Trump loyalists embedded in positions whose incumbents, like the civil servants in parliamentary democracies are, are expected to implement the policies of the current administration, whatever those policies may be. Then, there is his undermining of longstanding staffing norms and, finally, the results of his attacks on the career civil service during his four years in office.

Before leaving office President Trump made a number of last-minute appointments of individuals to serve terms on various boards and commissions. Some of these appointees were close political allies – such as Kelly Anne Conway, a Trump advisor for almost all of his term, and Corey Lewandowski, his 2016 campaign manager.¹⁰⁵ And as noted above, the last year of the Trump administration saw a large number of political appointees "burrow" into the career ranks.¹⁰⁶ Although such burrowing is nothing new, the Trump administration appears to have undertaken it on a more extensive scale than other recent presidents.¹⁰⁷ Upon taking office, Biden officials moved quickly to

¹⁰¹ N. Korecki, *Biden Looks to Obama Alums for Help Selecting Temporary Cabinet Secretaries*, in *Politico*, Jan. 13, 2021.

¹⁰² A.J. O'Connell, *Waiting for Confirmed Leaders: President Biden's Actings*, cit.

¹⁰³ E. Sullivan, J.E. Barnes, *Biden Team Delays Naming Some Interim Officials Until Trump Is Out*, in *The New York Times*, Jan. 19, 2021.

¹⁰⁴ A.J. O'Connell, *Waiting for Confirmed Leaders: President Biden's Actings*, cit.; U.S. General Services Administration (GSA), *Biden Administration Enlists GSA Team with a Mix of Obama Veterans and Public/Private Sector Expertise*, Jan. 20, 2021; D.E. Sanger, *Biden Team Rushes to Take Over Government, and Oust Trump Loyalists*, in *The New York Times*, Feb. 23, 2021.

¹⁰⁵ L. Seligman, C. O'Brien, *Austin Ousts Pentagon Advisory Board Members as He Roots Out Trump Appointees*, in *Politico*, Feb. 2, 2021.

¹⁰⁶ See also J. Elperin, D. Grandoni, *In Trump's Last Days, A Spree of Environmental Rollbacks*, cit.; J. Fabian, *Trump Fills Government Boards with Loyalists as Term Nears End*, cit.

¹⁰⁷ See A.M. Ollstein, M. Cassella, *The 'Deep State' of Loyalists Trump Is Leaving Behind for Biden*, cit.; L. Rein, A. Gearan, *Biden is Firing Some Top Trump Holdovers, But in Some Cases, His Hands May Be Tied*, cit.

stop and reverse these appointments, including firing a few Trump appointments to term positions that in the past had not immediately changed hands upon the inauguration of a new President.¹⁰⁸ President Trump had himself broken with past practice in this way, removing officials from positions generally viewed as apolitical during their terms in office. Most prominent was his removal of FBI Director James Comey, who was only four years into a ten-year term. The position of FBI Director is generally viewed as apolitical and Comey was only the second Director to be fired in the FBI's history.¹⁰⁹ He was overseeing an investigation into Trump's advisers when fired, and readers used to prosecutorial independence in parliamentary democracies should have little difficulty understanding the implications of this action.

Many termed positions – also, for example, the Commissioner of Internal Revenue – do not enjoy statutory for cause removal protection and instead, as with the FBI Director or Inspectors General, longstanding norms against politicizing the positions operate to constrain removal. The Trump administration deviated from these norms, and also strongly supported judicial invalidation of for cause removal protections.¹¹⁰ Ironically, the Supreme Court's disapproval of statutory removal protections for the Director of the Consumer Financial Protection Bureau permitted President Biden immediately to remove the holdover CFPB Director and install an acting Director of his own choosing.¹¹¹ Removing former political officials who have transferred to career positions is more difficult, however.¹¹²

Far more problematic than dealing with holdover or burrowed Trump appointees is the corrosive effect that the Trump administration had on the government workforce generally during its four years in office. Some of this harm came from violations of longstanding personnel norms and protections. Executive orders overturned established practices with respect to union bargaining and representation, and made disciplining federal employees easier.¹¹³ Agency political leadership sidelined or undertook retaliatory actions against career personnel who were viewed as resistant to the administration's priorities or who had supported Obama initiatives.¹¹⁴ Meanwhile the Merit Systems Protection Board, the government agency charged with adjudicating claimed vio-

¹⁰⁸ See I. Kullgren, J. Eidelson, *Biden Fires NLRB General Counsel After He Refuses to Resign*, in *Bloomberg Law*, Jan. 20, 2021; L. Seligman, C. O'Brien, *Austin Ousts Pentagon Advisory Board Members as He Roots Out Trump Appointees*, cit.; L. Rein, A. Gearan, *Biden is Firing Some Top Trump holdovers, But in Some Cases, His Hands May Be Tied*, cit.

¹⁰⁹ M.D. Shear, M. Apuzzo, *F.B.I. Director James Comey Is Fired by Trump*, in *The New York Times*, May 9, 2017.

¹¹⁰ See U.S. Supreme Court, *Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau*, cit.; M. Choi, *Trump Appointee Sues Biden over Alleged Ouster from Advisory Board*, in *Politico*, Feb. 3, 2021; I. Kullgren, J. Eidelson, *Biden Fires NLRB General Counsel After He Refuses to Resign*, in *Bloomberg Law*, cit.; see also R. Paul, *Letter from Rand Paul et al. to President Joe Biden*, Feb. 19, 2020 (letter from four Republican senators arguing that the NLRB GC's removal was unlawful).

¹¹¹ M. Price, *Biden Appoints U.S. Consumer Watchdog Veteran as Acting Director after Trump Appointee Resigns*, in *Reuters*, Jan. 21, 2021.

¹¹² L. Rein, A. Gearan, *Biden is Firing Some Top Trump holdovers, But in Some Cases, His Hands May Be Tied*, cit.

¹¹³ Exec. Order no. 13,836, 83 Fed. Reg. 25,329, Ju.1, 2018; Exec. Order no. 13,837, 83 Fed. Reg. 25,335, Ju. 1, 2018; Exec. Order no. 13,839, 83 Fed. Reg. 25,343, Ju.1, 2018.

¹¹⁴ E. Osnos, *Trump v. The Deep State*, cit.

lations of civil service rules and protections, lacked a quorum for the entirety of the Trump administration, and currently has a backlog of over 3,000 cases.¹¹⁵ The lack of a functioning MSPB was in part the result of Trump's delay in nominating Board members. But in addition, when President Trump made the nominations needed to reconstitute the MSPB late in his administration, a Democrat objector blocked their confirmation by withholding his consent to a proceed on unanimous consent.¹¹⁶

President Trump's broader attack on career government employees, routinely castigated as an unaccountable "deep state," led to a significant loss of government morale, expertise and institutional capacity, especially in the State Department and national security agencies.¹¹⁷ The administration's approach to the COVID-19 pandemic made apparent the ways in which government scientists were routinely undercut. When the Department of Agriculture moved most of its Economic Research Service and its National Institute of Food and Agriculture to the Kansas City area, 1,000 miles away, with less than half the population of the Washington, D.C. metropolitan area, half the staff of these research offices resigned.¹¹⁸ Eighty-seven percent of the staff of the Department of the Interior who were asked to move to Grand Junction, Colorado – twice as far away and with a population little more than 1% of the D.C. area's.¹¹⁹ These and other moves caused a dramatic loss in expertise, productivity, and morale, requiring repair.¹²⁰

Had President Trump been re-elected, an even more dramatic assault on the civil service was under way. On the eve of the recent election, he issued an executive order creating a new schedule of government employees, schedule F,¹²¹ that would have removed from the competitive civil service *any* employee having policy-making or enforcement authority – not only, in this way, extending the SES further into the government bureaucracy but also suspending such civil service protections as SES employees enjoy. All those positions could then be filled outside the competitive, meritocratic re-

¹¹⁵ See also E. Katz, *New Trump Administration Strategy Leaves Fired Feds Seeking Recourse in Indefinite Purgatory*, cit.; N. Ogrysko, *Historic Absences at MSPB Hit 4-year Mark, Creating Potentially Costly Backlog*, in *Federal News Network*, Jan. 13, 2021.

¹¹⁶ J.G. Brufke, *Administration pushes for Senate to move on MSPB chair nomination*, in *The Hill*, Feb. 7, 2020, available at <https://thehill.com/homenews/administration/505719-administrations-mspb-chair-pick-calls-for-senate-to-move-on-his>, visited May 2022.

¹¹⁷ See Democratic Staff, *Senate Diplomacy in Crisis: The Trump Administration's Decimation of the State Department*, Report for the use of Senate Committee on Foreign Relations, Jul. 28, 2020 (detailing IG findings of actions against career employees and detailing morale problems); F. Ordoñez, *Morale Disintegrates at State Department as Diplomats Wonder Who Will Quit Next to Escape Trump*, in *McClatchy DC Bureau*, Jan. 16, 2018 (reporting that 60% of the State Department's top career diplomats had resigned by the start of Trump's second year in office).

¹¹⁸ D. Diamond, L. Rein, J. Eilperin, *Trump Left Behind a Damaged Government. Here's What Biden Faces as He Rebuilds It*, in *The Washington Post*, Feb. 6, 2021; F. Morris, *USDA Research Agencies 'Decimated' By Forced Move. Undoing the Damage Won't Be Easy*, in *National Public Radio*, Feb. 2, 2021.

¹¹⁹ J. Eilperin, *Trump Officials Moved Most Bureau of Land Management Positions Out of D.C. More Than 87 Percent Quit Instead*, cit.

¹²⁰ Testimony of A.J. O'Connell before the House Committee on Oversight and Reform, Subcommittee on Government Operations, Feb. 23, 2021; L. Rein, *The federal government puts out a 'help-wanted' notice as Biden seeks to undo Trump cuts* in *The Washington Post*, May 21, 2021, available at <https://www.washingtonpost.com/politics/2021/05/21/biden-trump-government-rebuilding/>, visited May 29, 2022.

¹²¹ Exec. Order no. 13,957, 85 Fed. Reg. 67,631, Oct. 21, 2020.

gimes required for civil service positions, and would be classified as serving at-will. While Presidents have statutory authority to create elements of the Civil Service exempted from its requirements of competitive appointment and/or protected tenure – for example, government lawyers – Schedule F would have converted expert elements of what had been the apolitical government bureaucracy into political positions controlled by the White House and subject to change with a change of administration. Prior use of this presidential authority had already substantially reduced the proportion of government employees subject to the civil service regime. Schedule F would truly have transformed transitions, essentially ending permanent government service above the level of clerks and chauffeurs. The timeline for implementing this late executive order, however, effectively delayed its implementation until after President Biden's inauguration.¹²² It is perhaps not surprising that one of President Biden's first acts was to cancel this order, preserving in the Civil Service, with its constraints on appointment and its assurances of job security and apolitical discipline, the positions that might have been politicized by the schedule.¹²³

President Biden has also sought to emphasize the importance of the career workforce and to counter the anti-bureaucracy rhetoric of the Trump years.¹²⁴ But in other contexts, figuring out how to respond to Trump's actions is more complicated. For example, removing improperly installed, Trump-affiliated IGs could be seen as reaffirming the neutrality of IGs, but could also represent further erosion of the norm of IGs enjoying for-cause removal protection.¹²⁵ Even if new members to the MSPB are confirmed, addressing the Board's extensive backlog will take time. The loss of expertise and institutional capacity as a result of departures of senior career officials may be particularly hard to remedy. It comes on top of longstanding concerns about an aging civil service and congressional as well as presidential actions that have hurt federal employees.¹²⁶ Reinvigorating the federal workforce will thus need to be a priority throughout Biden's time in office.

Finally, there are some Trump adaptations that Biden may opt to retain. One of these is Trump's extraordinary reliance on acting officials. Other Presidents have often relied on acting officials, particularly when having to provide leadership pending confirmations at the beginning of their terms. Yet, as Professor O'Connell has described, Trump's sus-

¹²² L. Rein, "Trump's 11th-Hour Assault on the Civil Service by Stripping Job Protections Runs Out of Time" in *The Washington Post*, Jan. 18, 2021, available at https://www.washingtonpost.com/politics/trump-civil-service-biden/2021/01/18/5daf34c4-59b3-11eb-b8bd-ee36b1cd18bf_story.html, visited May 2022.

¹²³ Executive Order on Protecting the Federal Workforce, Jan. 22, 2021, available at <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/22/executive-order-protecting-the-federal-workforce/>, visited May 8, 2022.

¹²⁴ President Joe Biden, Executive Order on Protecting the Federal Workforce, §§1-4, Jan. 22, 2021 («Career civil servants are the backbone of the Federal workforce, providing the expertise and experience necessary for the critical functioning of the Federal Government»); E. Katz, *Biden: Foreign Service Officers and Career Civil Servants Are the 'Center of All That I Intend to Do'*, in *Government Executive*, Feb. 4, 2021.

¹²⁵ C. Savage, *Watchdogs Appointed by Trump Pose Dilemma for Biden*, in *The New York Times*, Feb. 1, 2021.

¹²⁶ D. Lewis, *Deconstructing the Administrative State*, cit., pp. 776, 782-83; A.J. O'Connell, *House Committee on Oversight and Reform, Subcommittee on Government Operations*, cit., pp. 5, 9-10.

tained use of acting throughout his administration distinguished his presidency.¹²⁷ President Biden's extensive use of acting so far, early in his term, falls within the traditional pattern. Yet, given the difficulties he may face in getting nominees through a closely-divided Senate, it is possible that he will be content to rely on them for a while.¹²⁸

5. Undoing/Changing the Prior Administration's Acts

Wholly apart from the challenges of transition, as such, America's presidential system, compounded at present by the very narrow (and likely temporary¹²⁹) margins of President Biden's party's command of the Congress, creates political conditions capable of fostering a significant imbalance between the executive and the legislature. Here again, the comparisons with what might be expected in a parliamentary system are striking. A parliamentary government's political actors, legislative and executive, are generally unified, and having control of both primary and secondary legislation permits agile change on transition. Ours are not, and the tendency to confuse the whole of the executive branch with the presidency – the millions serving in administrative bodies and not just the thousands on the White House staff – combined with Congress's increasing difficulties in dealing with important issues,¹³⁰ has effectively converted the President into the principal apparent source of political action.

This is a development not lacking in challenges to democracy, as the Trump administration demonstrated in strengthening further a decades-long trend that has effectively transferred government decision-making from the agencies Congress has authorized to make decisions, using transparent public procedures for the most important of these choices, to the opaque and highly political processes of the White House. Bear in mind

¹²⁷ A.J. O'Connell, *Shortening Agency and Judicial Vacancies Through Filibuster Reform? An Examination of Confirmation Rates and Delays from 1981 to 2014*, cit., pp. 643-46, 653.

¹²⁸ A. Mehta, *Lack of Pentagon Nominees Could Be Harbinger of Slow Process*, in *Defense News*, Feb. 23, 2021.

¹²⁹ Congressional elections occur every two years, and the almost universal American experience has been that support for the President's party erodes at the next election after a presidential election – here, in 2022. The likelihood of control change in 2022 is heightened by the combined results of the recent census (redistributing some House seats from states more likely to elect Democrats to ones more likely to elect Republicans) and the requirement that state legislatures face to reconstruct their election districts to reflect the current population distribution. These districts are politically created, and Republican state legislatures – which predominate – are expected to do so, using the detailed voting data now available, in ways that, at the margins, favor the election of Republican candidates.

¹³⁰ The foreseeable difficulties led President Biden to accept enactment of the American Recovery Act (ARA), the one major statute of his first 100 days in office, on a strictly partisan basis, despite his repeated promises to seek bipartisanship. The prospect of regaining congressional control in 2022 has led the Republican Senate majority leader, Mitch McConnell, to announce that, just as he acted in the final two years of the Obama administration, 100% of his effort will be devoted to blocking the Biden administration agenda. Who the first mover was here is not entirely clear. The prospect of unanimous Republican opposition to the ARA doubtless influenced Democrat Senate leader Chuck Schumer's decision to go it alone. That required invoking a legislative procedure to prevent a filibuster that served as a reminder of its use early in the Obama administration to permit Senate passage of the Republican-hated Affordable Care Act.

that the important political officials of agencies take office only with Senatorial approval, and act subject to continuous congressional oversight (and, often, rather detailed budgetary control through the appropriations process). Congress exercises far less control of the EOP. “Executive privilege” protects its advising functions from oversight, and budgetary controls are limited. And with few exceptions, a President can fill the EOP as he or she wishes, with no need for Senate engagement.

To be sure, the effect is to facilitate transition and a new administration’s repair of its predecessor’s acts that it finds objectionable. Where Trump administration resistance to the teachings of science had contributed to urgent national needs, especially with respect to the pandemic and climate change, the Biden administration quickly expanded its policy staff. In his first days in office, President Biden issued executive orders addressing COVID-19 and creating a number of White House positions, including COVID-19 Response Coordinator and Deputy Coordinator, COVID-19 Health Equity Task Force Chair, and Senior White House pandemic adviser, and filling these positions with prominent former government officials.¹³¹ To the same ends, Biden created a White House office on climate change headed by Obama EPA Administrator Gina McCarthy and staffed with multiple Obama administration veterans and climate experts; and he named former Secretary of State John Kerry as international climate envoy, heading up a team of his own.¹³² Yet note how this extensive policy presence connected to the White House can compromise the duties Congress has assigned to the agencies it is more capable of controlling. The Biden approach echoes the Obama administration’s use of White House policy “czars” and suggests that Biden will seek to direct policy in these key areas.¹³³ And Trump had his fair share of such advisors as well, with Stephen Miller, a senior advisor who exerted extensive control over the Trump administration’s immigration policy, being the most prominent example.¹³⁴ At a minimum, the fact that White House personnel do not require Senate confirmation means that they are able to get to work immediately on Biden’s policy agenda. And the longer it takes to confirm agency heads, the more policy initiatives will emanate from the White House. The world-wide trend toward autocracy is animated by such concentrations of authority in the executive.¹³⁵

The executive branch has a number of techniques for creating policy change. Executive orders, memoranda and directives, instructions to responsible agencies and not to the public, can produce the creation of programs or influence agency priorities. President Trump used executive orders and OMB memoranda repeatedly to structure agency-White House interactions in ways that would constrain policy change or, as with Schedule F,¹³⁶

¹³¹ K. Zraick, *Meet the Key Members of Biden’s Covid-19 Response Team*, in *The New York Times*, Feb. 24, 2021.

¹³² L. Friedman, *A ‘Nerve Center’ for Climate in the Biden White House*, in *The New York Times*, Feb. 21, 2022.

¹³³ A.J. Saiger, *Obama’s “Czars” for Domestic Policy and the Law of the White House Staff*, in *Fordham Law Review*, 6, 2011, p. 2577, 2582-95.

¹³⁴ N. Miroff, J. Dawsey, *The Adviser Who Scripts Trump’s Immigration Policy*, in *Washington Post*, Aug. 17, 2019.

¹³⁵ S. Levitsky, D. Ziblatt, *How Democracies Die*, New York, Crown, 2018.

¹³⁶ A.J. O’Connell, before the *House Committee on Oversight and Reform, Subcommittee on Govern-*

heighten the presidency's control over government bureaucrats. Presidents since Clinton have used directives, sometimes confused by the press with actual achievement of the desired action, to instruct agency heads to take described actions.¹³⁷ After some Republican legislators effectively blocked enactment of bipartisan immigration reform legislation, for example, President Obama announced that the Department of Homeland Security would establish programs offering temporary relief from the threat of deportation and work permits to certain illegal immigrants who had long been in the country and law-abiding.¹³⁸

If statutorily authorized, as most are, government agencies using public procedures can adopt regulations (secondary legislation) that if valid have the same force as statutes. But the need for public engagement and prospect of intensive judicial review can slow that process considerably, and recent Supreme Court opinions have suggested some possibility that, after more than two centuries of judicial tolerance for statutorily authorized rulemaking, a conservative Supreme Court will sharply narrow if not wholly eliminate the circumstances in which rulemaking can constitutionally be authorized. Less formal are agency measures that do not directly impose requirements on the public, but nonetheless encourage desired behavioral changes – such as the use of public databases revealing information that can create public pressure for change, or the deployment of “soft law” guidance announcing agency instructions to staff, interpretations, or plans that serve to create desired expectations. Here, too, litigation can frustrate these measures – an outcome that is not wholly unlikely with a politicized judiciary disposed either favorably or unfavorably to the administration that is acting.

Our focus in these pages is not on these general characteristics of the American order, but on the new administration's ability to respond to its predecessor's embeddings. Executive orders and the like are perhaps the easiest targets, because they are wholly internal documents, lacking external legal force, and readily available in the White House's electronic archives. One well-established transition-team task is identifying them and identifying those, like Schedule F, that should promptly be withdrawn. This typically happens at an administration's outset, on inauguration day or soon after. The Biden administration followed this established course, and January 20, 2021 saw many revocations. Prompt withdrawals continued at least through January 22, when Schedule F was revoked.¹³⁹ A later executive order, issued February 24, 2021, revoked a number of others that may have needed closer study, with dates ranging from February 3, 2017, very soon after President Trump took office, to January 18, 2021, just two days before he left it.¹⁴⁰

ment Operations, cit.; L. Rein, *The federal government puts out a 'help-wanted' notice as Biden seeks to undo Trump cuts*, cit.

¹³⁷ E. Kagan, *Presidential Administration*, in *Harvard Law Review*, 8, 2001, p. 2245.

¹³⁸ B. Obama, *Remarks by The President on Immigration*, June 15, 2012, available at obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/06/15/remarks-president-immigration, visited on May 14, 2022.

¹³⁹ See L. Rein, *Trump's 11th-Hour Assault on the Civil Service by Stripping Job Protections Runs Out of Time*, cit. Lists of these executive orders are available at <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/page/12/13> and/14, visited May 8, 2022.

¹⁴⁰ Executive Order on the Revocation of Certain Presidential Actions, Feb. 24, 2021, 2021, available at

Earlier discussion¹⁴¹ introduced the phenomenon of “midnight rules,” common in all transitions, although the Trump administration’s adoption of so many regulations fitting that description, many of which were quite important and made immediately effective,¹⁴² presented a major challenge for the Biden administration. Some of the very latest of these Trump administration regulations were immediately cast aside by the Biden administration. An Inauguration Day Memorandum from the Chief of Staff instructed agencies to withdraw from publication or postpone the effective date of any Trump midnight rules that had not yet become effective, until the new agency leadership could review them.¹⁴³ Its success is not entirely assured, however; the Trump administration’s efforts summarily to rid itself of Obama rules by a wider range of actions, often undertaken without lawyerly care, met considerable judicial disapproval.¹⁴⁴

A statutory remedy was available for the remainder of Trump’s midnight rules well into May 2021. During the Clinton administration, Congress had enacted and the President signed the Congressional Review Act (CRA).¹⁴⁵ This Act established a summary procedure by which Congress can enact a resolution of disapproval of a regulation within a limited period of time after being notified of the regulation’s adoption. The CRA process allows Congress to overturn a regulation without the usual legislative processes of committee hearings, reports, and attendant public scrutiny, and protected from procedural obstacles (such as the Senate filibuster) by which a minority of legislators might be able to block its adoption. This process is of little use during the administration of a President whose agencies are responsible for challenged regulations; he can veto the bill disapproving his agency’s work, and a successful vote to override that veto is unlikely. Contemplating the “midnight rules” phenomenon, however the CRA extends the time period for this review into the new administration, permitting Congress to disapprove rules adopted late in a President’s last year in office during the first weeks of the next presidential term. Thus, when a national election both changes the political control of the White House, and also returns a Congress that the new President’s party controls, they may be able summarily to rid themselves of the most objectionable “midnight rules.”

Using the CRA, however, requires efforts that consume congressional resources at a time when the new President needs them for other purposes – for example, securing Senate consideration of and (hopefully) consent to his most important appointments. The new President’s ability to invoke this remedy is also a function of the extent to which his party controls the Congress. The process of looking back at the prior administration’s work, that is, imposes costs on the possibility of present and future achievements. Only one such disapproval occurred after the Clinton-Bush transition and none after Bush-

<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/02/24/executive-order-on-the-revocation-of-certain-presidential-actions/>, visited May 8, 2022.

¹⁴¹ See NYU Institute for Policy Integrity, *Roundup: Trump-Era Agency Policy in the Courts*, cit.

¹⁴² See also Environmental Protection Agency (EPA), *Strengthening Transparency in Pivotal Science Underlying Significant Regulatory Actions and Influential Scientific Information*, cit.

¹⁴³ R.A. Klain, *Regulatory Freeze Pending Review*, Washington DC, 2021, available at <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/20/regulatory-freeze-pending-review/>, visited May 2022.

¹⁴⁴ NYU Institute for Policy Integrity, *Roundup: Trump-Era Agency Policy in the Courts*, cit.

¹⁴⁵ 5 U.S. Code, 1966, §§ 801–08.

Obama. While the Trump administration succeeded in invoking the CRA to disapprove Obama midnight rules fourteen times, a remarkable upswing, that affected less than a third of the 50 economically significant rules the Obama administration had adopted during its last four months in office, that were open to CRA overturning. For President Biden's administration, confronting 223 midnight rules in the CRA's time window that were "major" in the executive order's terms – as noted, 130 of them adopted *after* President Trump had lost the election – use of the CRA was even more constrained. Members of Congress introduced six CRA resolutions in President Biden's first six months in office. The President signed the three resolutions that passed both Democrat-controlled chambers of Congress, marking the first time the Democrats have successfully used the CRA.¹⁴⁶

Other possibilities for removing Trump embeddings remain available. If challenged in still-pending litigation, a potentially effective option for the Biden administration is changing the government's position from defense of the action to acquiescence,¹⁴⁷ or settling the dispute on terms embodying its views – although such "friendly" use of judicial processes is open to criticism. New rulemakings can be undertaken, but at significant costs in agency time and resources, and they would themselves be open to judicial challenge. Lower profile embeddings might be easier to correct, but more difficult to identify.¹⁴⁸ Thus, the Trump administration will have proved successful in embedding many of its policy preferences in an administration that would prefer to take a different direction.

Moreover, the Trump administration's success in appointing conservative judges has posed special hurdles for President Biden's efforts to reorient policy in a more progressive direction. Nowhere is this more apparent than with respect to the Biden administration's efforts to end the Trump administration's Remain in Mexico policy, under which asylum seekers were forced to wait in Mexico while their claims for asylum were adjudicated. On inauguration day, the Department of Homeland Security (DHS) issued an order suspending application of the policy to new asylum seekers, and on June 1, 2021 the DHS Secretary issued a memorandum terminating the policy. Several Republican-led states challenged these moves in court, and on August 13, 2021 a Trump-appointed district judge issued an order enjoining the administration from ending the program.¹⁴⁹ A panel of the Fifth Circuit, including two Trump-appointed judges, refused the Biden administration's request for an emergency stay,¹⁵⁰ as did the Supreme Court, to which President Trump appointed three justices.¹⁵¹ The Fifth Circuit then proceeded to affirm the injunction, and as of at this writing – sixteen months after the Biden administration took office – the policy is still in effect and the case is pending before the Supreme Court.¹⁵²

¹⁴⁶ R.L. Revesz, *Using the Congressional Review Act to Undo Trump-Era Rules*, in *Bloomberg Law*, Aug. 30, 2021, available at <https://news.bloomberglaw.com/class-action/using-the-congressional-review-act-to-undo-trump-era-rules>, visited May 14, 2022.

¹⁴⁷ See also a January 15 rule of the Federal Aviation Administration concerning special flight authorizations for supersonic aircraft, *cit.*

¹⁴⁸ P.L. Strauss, *Overseer or "The Decider": The President in Administrative Law*, *cit.*

¹⁴⁹ U.S. District Court, Northern District of Texas, *Texas v. Biden*, 554 F.Supp.3d, 2021, p. 818.

¹⁵⁰ U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, *State v. Biden*, 10 F.4th, 2021, p. 538.

¹⁵¹ U.S. Supreme Court, *Biden v. Texas*, 142 S. Ct., 2021, p. 926.

¹⁵² U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, *Biden v. Texas*, 20 F.4th, 2021, p. 928; A. Liptak, *Supreme Court to Review Trump-Era 'Remain in Mexico' Asylum Policy*, in *The New York Times*, Feb. 18, 2022.

Moreover, in the meantime the DHS Secretary has issued a new 38-page memorandum explaining his decision to end the policy, so far to no avail, and the Biden administration has had to negotiate with Mexico to convince that country to help the administration implement a policy it does not support.¹⁵³

Readers wishing a more extensive account of the CRA, and of other low-profile tools for accomplishing regulatory roll-back that President Trump had used in his aggressive efforts to defeat Obama initiatives, would do well to consult an excellent essay published by Ricky Revesz, the former Dean of NYU's law school, and Bethany Noll that address both of these tools and the ways in which numerous developments in American politics conspire to increase the uncertainty attending any administrations adopting of regulatory change.¹⁵⁴ "Regulation in Transition," they aptly remark, is the first article to identify and analyze tools for aggressive regulatory rollbacks "largely overlooked, not just by the public, but also by legal scholars." The impact of these tools, they argue, «will lead to a new conception of the president's regulatory power, in which two terms, rather than just one, are necessary to promulgate significant and lasting regulatory policy».¹⁵⁵

6. Conclusion

The transition from Trump to Biden, then, was both troubled and troubling. As work on this essay was concluding, Republican senators used the filibuster to block legislation creating a bipartisan commission to investigate and report on the January 6 assault on Congress – notwithstanding that Republican negotiators had accepted as the legislation as balanced and the national tradition of employing such inquiries in response to major national events. The legislative situation, given both the narrowness of Democrat control and the stated priorities of Republican leadership to put all their efforts into blocking the new administration's success, will not just stymie legislation. The tools of executive power are now in President Biden's hands and these roadblocks may tempt him further down the paths his predecessors have taken, asserting increasing control over executive government's functioning, acting on his own where cooperation cannot be had. To repair the political damage President Trump inflicted on the government bureaucracy may prove impossible without President Biden at least appearing to thicken the political layers atop the civil service still further. Admiring his motivations, and troubled by the administration he succeeded, the difficulty is seeing a clear path back to a government constrained by the norms that had long kept our democracy safe.

¹⁵³ A. Liptak, *Supreme Court to Review Trump-Era 'Remain in Mexico' Asylum Policy*, cit.

¹⁵⁴ B.A. Noll, R.L. Revesz, *Regulation in Transition*, cit., p. 1.

¹⁵⁵ See also R.D. Putnam, *The Upswing: How America Came Together a Century Ago and How We Can Do It Again*, cit.

Bref regard français sur la distinction italienne entre le droit privé et le droit public

Benoît Plessix

Parmi tous les thèmes abordés par le *Maestro* du droit public auquel ces *Mélanges* rendent hommage¹, il en est un sous-jacent à tous ses travaux, en droit administratif, en droit économique de la régulation ou des contrats, ou en droit comparé: celui relatif à la distinction entre le droit privé et le droit public². Cette distinction paraît un terrain de comparaison d'autant plus naturel pour un juriste français invité à rendre hommage à un collègue italien que la *summa divisio* du droit est un patrimoine commun légué par le droit romain à tous les systèmes juridiques de l'Europe continentale. Sur ce thème, les droits italien et français semblent partager la même conception et lui accorder la même importance. La doctrine publiciste italienne y accorde donc toute son attention, comme en témoigne depuis longtemps l'impressionnant fascicule rédigé en 1964 par Salvatore Pugliatti pour l'*Enciclopedia del diritto*³, ou comme en atteste tout récemment la généalogie de cette distinction brillamment retracée par Bernardo Sordi⁴. Dorénavant, en Italie, comme dans toute l'Europe, on s'interroge ou l'on s'inquiète d'un certain brouillage des frontières entre le droit privé et le droit public⁵. Qu'il s'agisse de la vénérer ou de la critiquer, la distinction continue ainsi de constituer, selon le fameux mot de Norberto Bobbio, la «*grande dicotomia*» du droit⁶.

En France comme en Italie, la *summa divisio juris* semble donc structurer tout autant l'étude savante que la pratique du droit. De manière identique, elle semble insuffler un même esprit, traduire une même conception de la distinction entre la sphère privée et l'espace public, répartir académiquement les matières juridiques à étudier et en-

¹ Je remercie vivement Madame Giulia Stoppani, ancienne élève de Marco d'Alberti et qui prépare une thèse de doctorat sous la direction conjointe d'Alfredo Moliterni et moi-même, de m'avoir aidé à trouver certaines références et me les traduire.

² Par exemple, M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, II ed., 2013, pp. 22-24.

³ S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, Giuffrè, 1964.

⁴ B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020.

⁵ G. A. Benacchio, M. Graziadei (dir.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁶ N. Bobbio, *Pubblico e privato. Introduzione a un dibattito*, in *Fenomenologia e società*, 18, 1982, pp. 168-169; *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985, pp. 3-22.

seigner, justifier le dédoublement des ordres juridiques et juridictionnels et expliquer les critères de répartition entre les juges compétents et les droits applicables. Pourtant, à y regarder de plus près, en allant au-delà des apparences, l'histoire de la distinction entre le droit public et le droit privé n'est pas exactement la même en France et en Italie: cette dernière se rapproche en réalité beaucoup plus du modèle allemand que de l'influence française. En réalité, ni la naissance ni l'enracinement du dualisme ne se sont déroulées de la même manière.

1. Indéniablement, en Italie, l'avènement d'un droit public distinct du droit privé est étroitement dépendant de la réalisation de l'unité nationale, de la fondation, en 1861, du Royaume d'Italie. Il est donc lié à l'instauration d'un Etat-nation unitaire, ce qui autorise la comparaison avec la France à propos de laquelle tout le monde s'accorde pour dire que ce pays a poussé plus tôt et plus loin que tout autre la construction d'un Etat-nation unitaire et centralisé ayant contribué à séparer nettement l'espace politique de la sphère privée et individuelle, et, partant, à conforter une nette autonomisation du droit public par rapport au droit privé. En réalité, la comparaison est plus apparente que réelle car le processus de dissociation du public par rapport au privé ne s'est pas produit au même moment et pour les mêmes raisons.

En France, ce qui a contribué à façonner une distinction entre le droit public et le droit privé, ce n'est pas l'apparition d'un Etat-nation unitaire. C'est plus à coup de conquêtes et de mariages, par la force ou grâce à des alliances, et surtout au moyen de la mise en place d'un puissant appareil administratif, qu'une dynastie régnante – celle des capétiens – a réussi à supplanter tous les autres pouvoirs féodaux, à s'autonomiser par rapport à tous les autres pouvoirs concurrents religieux ou politiques (celui du Pape comme celui du Saint-Empereur germanique), à unifier un territoire et une population, et donc à créer en pratique, dans les faits, un système d'Etat unitaire centralisé. En France, l'Etat n'est pas un concept juridique apporté clé en mains: il est le fruit d'une longue expérience historique, le produit d'un étonnant volontarisme politique. En France, ce n'est pas le droit public qui a fait l'Etat, c'est la souveraineté qui l'a construit. L'apparition dans l'Hexagone du dualisme juridique est étroitement liée à la volonté d'un pouvoir royal de se détacher des formes du droit privé pour régner seul et mieux gouverner⁷. Ce n'est pas un hasard si l'autre grand moment de l'histoire de France – la révolution de l'été 1789 – a consisté, non pas à inventer une démocratie libérale, mais à transférer la titularité de la souveraineté de la tête du Roi vers le *corps de la Nation*: c'est dans cet acte proprement révolutionnaire, au sens copernicien du terme, que réside l'apport fondamental de la Révolution française. Qu'il soit un monarque ou un peuple, le souverain est doté d'une telle singularité juridique que le droit qui le régit ne saurait être le même que celui qui régit les rapports entre personnes privées (individus ou entreprises). C'est ce que disait déjà Montesquieu lorsqu'il écrivait «qu'il ne faut point décider par les règles du droit civil quand il s'agit de décider par celles du droit politique» et qu'il «est ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers, par les mêmes maximes sur lesquelles on décide

⁷ A. Rigaudière, *Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles*, in *Archives de philosophie du droit*, 41, 1997, p. 83.

entre particuliers d'un droit pour une gouttière»⁸. Et c'est très exactement ce que jugera plus tard, en 1873, le Tribunal des conflits dans l'arrêt fondateur *Blanco*: «Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier»⁹.

Or, en Italie, si l'avènement d'un droit public distinct du droit privé est indéniablement dépendant de la réalisation de l'unité nationale en 1861, c'est à la faveur de l'instauration d'un Etat-nation unitaire apparu beaucoup plus tardivement et surtout d'un coup, sans un long et préalable travail d'uniformisation, mais à la faveur de la brusque poussée de fièvre démocratique-libérale du *Risorgimento*. Auparavant, comme en Allemagne, l'Italie resta longtemps cette péninsule morcelée en micro-états qui prirent au fil du temps les formes variées de la cité, du duché, du royaume sous domination étrangère ou de la République sérénissime. Mais, à la différence de la Germanie, toutes ces entités politiques indépendantes ne vécurent pas sous la tutelle d'une superstructure comme le Saint-Empire ou plus tard la Confédération germanique. Il n'y eut donc jamais de naissance, au XVII^e siècle, ni dans les ouvrages, ni dans les enseignements, d'une science du *jus publicum* théorisant avec les mots du droit les rapports entre un ensemble et ses composantes, comme cela se produisit outre-rhin¹⁰. Pour preuve, pas un mot du droit public dans l'illustre traité *Des délits et des peines* de Cesare Beccaria. Le droit de la chose publique en resta souvent au stade de l'étude de philosophie politique ou du manuel sur l'art de bien gouverner, à l'image du fameux *Prince* de Machiavel destiné aux Médicis pour la gestion de leur cité florentine. Tout au plus vit-on fleurir *in extremis* quelques écrits imités de l'étranger, pour que la péninsule ne reste pas à l'écart du vaste mouvement politique et intellectuel qui agita le reste de l'Europe à la fin du XVIII^e siècle, à l'image des *Eléments de droit constitutionnel démocratique* de Giuseppe Compagnoni (1798) ou des *Institutions de droit administratif* de Gian Domenico Romagnosi (1814).

C'est donc seulement à la faveur de la réalisation de l'unité nationale qu'apparût pleinement une science du *diritto pubblico*, où s'illustrèrent quelques figures toujours vénérées pour leur savoir et leur implication dans la vie politique de leur pays, comme le sicilien Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952) qui, à compter de deux ouvrages majeurs (*Principii di diritto costituzionale* en 1889 et *Principi di diritto amministrativo* en 1891), régna en maître jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, avant que ne lui succéda Massimo Severo Giannini (1915-2000), dont les *Lezioni* à partir de 1950 ou le *Corso di diritto amministrativo* de 1965 influencent encore la doctrine contemporaine.

Cette école publiciste italienne ne se choisit alors pas par hasard ses maîtres: ceux-ci furent allemands¹¹. On sait comment la doctrine germanique, désabusée par l'échec

⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XXVI, chap. XVI et XVII.

⁹ T. confl., 8 févr. 1873, *Blanco*: Rec. CE 1873, 1^{er} suppl., p. 61, concl. E. David; D. 1873, III, p. 20, concl.; S. 1873, III, p. 153, concl.

¹⁰ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police (1600-1800)*, trad. M. Senellart, Paris, PUF, 1998.

¹¹ Sur cette influence, S. Cassese, *Culture et politique du droit administratif*, trad. M. Morabito, Paris, Dalloz, 2008.

de l'espoir démocratique de 1848, la persistance du modèle politique monarchique et la montée de l'unification allemande sous la forme d'un régime bientôt impérial, se replia sur une science du droit public dépolitisée, garante de vérités scientifiques, fondée sur des axiomes décontextualisés et des concepts rationnels imités du droit privé pour permettre d'extraire du phénomène politique sa seule substance juridique et élever son étude au niveau intellectuel du droit privé¹². La science germanique des Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband, Otto Mayer ou Georg Jellinek n'apportait donc pas seulement avec elle un guide efficace pour bâtir une science neutre et proprement juridique, distincte de la philosophie ou de la pratique politique. En offrant un langage conceptuel abstrait et un système logique mettant en avant les principes apolitiques de toute organisation juridique de l'Etat, fondée sur la personnalité morale du gouvernant et les droits publics subjectifs des gouvernés, elle permit à la doctrine italienne, comme son homologue d'outre-rhin, de théoriser scientifiquement le nouveau régime tout en évitant de s'interroger sur le pouvoir constituant et l'origine de la souveraineté dans un Etat qui n'était encore qu'une monarchie.

D'où, du reste, sur le plan constitutionnel, cette étude privilégiée et exégétique du *Statut Albertin*, de cette monarchie constitutionnelle que le roi Charles Albert de Savoie avait octroyé à son royaume de Piémont-Sardaigne et que son fils, Victor-Emmanuel II, ne fit qu'étendre à tout le Royaume d'Italie lorsqu'il en devint en 1861 le premier roi. Cette étude dépolitisée et décontextualisée des institutions politiques en place explique comment la pensée juridique italienne ne plaida pas pour davantage de démocratisation, comment le droit public italien put ne pas paraître affecté par l'épisode fasciste puis l'avènement de la République en 1948, comme si l'histoire politique était sans prise sur l'abstraction logique du système étatique et de son autorité postestative. Depuis lors, les développements de la Constitution de 1948, la versatilité de la vie politique italienne et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ont inévitablement renouvelé les orientations scientifiques de la doctrine publiciste.

Le modèle sarde-piémontais, tout pétri de l'influence française sur la maison de Savoie, explique en revanche le choix d'un Etat unitaire appuyé sur une administration bureaucratique centralisée. Il deviendra l'objet d'étude privilégié du droit administratif, intéressé par toutes ses manifestations, ses puissantes institutions ministérielles, ses préfets érigés en nouveaux proconsuls, ses décisions unilatérales traduisant l'exercice d'une forte *discrezionalità*, concept que la doctrine, notamment Giannini, a particulièrement travaillé (distinction entre discrétionnarité administrative et technique, théorie de la balance des intérêts publics favorisé par le pluralisme institutionnel de Santi Romano, etc.). Ainsi conçu, le droit administratif a œuvré à masquer l'artificialité d'un Etat neuf sans passé unitaire, qui ne s'est jamais départi de ses vieux corps intermédiaires (la famille, la commune, l'Eglise catholique), qui a pratiqué sans peine le corporatisme décentralisateur propre à l'idéologie fasciste, et qui a basculé aujourd'hui sans résistance dans un vaste mouvement d'autonomie régionale. C'est là une histoire politique et administrative bien différente de celle de la France, dont le caractère unitaire est si ancré dans l'histoire et les mentalités qu'il résiste aux forces centripètes des périphéries et aux sirènes du différencialisme.

¹² O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1914)*, Paris, PUF, 2005.

Quoi qu'il en soit, en façonnant intellectuellement un savoir de droit public, la doctrine italienne n'a pas eu comme en France le désir de restituer en droit la singularité du statut politique du souverain. Elle a eu à cœur de délimiter une science proprement publiciste du droit public, nettement distincte du droit privé, grâce à l'emploi de divers critères, institutionnels et fonctionnels, permettant de définir le droit public, pour reprendre Orlando, comme la «science du droit de l'Etat pour la réalisation de ses buts», par opposition à un droit privé défini moins comme celui applicable aux personnes privées que comme le «droit des intérêts non étatiques».

2. Si la doctrine italienne a été si soucieuse d'enraciner un droit public autonome, loin de toute confusion avec le droit privé, c'est parce que l'Italie reste un pays où la sphère privée peut vite reprendre ses droits dans l'espace public¹³. Cela ne tient pas seulement à un état d'esprit favorable à une certaine forme de clientélisme ou propice à un mélange des intérêts, à une société où les entités privées non étatiques, comme la famille et l'église, conservent un certain poids. Dans une péninsule si longtemps politiquement morcelée, c'est avant tout parce que le droit privé a toujours fait office de *jus commune*. Il a d'autant plus joué ce rôle qu'il est, sur cette patrie des civilisations romaine et chrétienne, l'héritier direct des droits romain et canon. Or les droits savants ont surtout apporté avec eux tout à la fois un encadrement juridique complet des relations privées et une science touchant à la perfection formelle. Ce prestige du droit privé n'en fut que plus renforcé au tournant du XIX^e siècle, lors de l'influence française: Napoléon apporta aussi avec lui un Code civil si proche de ses lointains ancêtres justiniens, offrant qui plus est à la nouvelle société bourgeoise une véritable "constitution civile" bâtie sur les trois piliers de la famille, de la propriété et du contrat. Comme en Allemagne à la même époque, dans un régime politique encore privé de légitimité populaire et dépourvu de caractère démocratique, le droit privé apparût, face au pouvoir, comme un refuge pour la protection de l'individu et la promotion de l'entreprise. C'est pourquoi les juristes italiens, comme leurs homologues allemands du temps du *Vormärz*, virent dans le droit privé, avec ses concepts d'autonomie de la volonté et d'égalité contractuelle, un droit au moins taillé sur mesure pour la nouvelle société bourgeoise et marchande, et bientôt industrielle.

En Italie, tout a donc toujours été fait pour préserver cette pureté spirituelle et conceptuelle du droit privé commun. Si le droit public s'est autonomisé, c'est uniquement pour garantir à son tour cette nette opposition entre l'autorité et la liberté: d'où, d'un côté, le pouvoir politique et administratif, perçu exclusivement comme autorité unilatérale et discrétionnaire, et, de l'autre, les individus, regardés comme sujets de droits subjectifs, titulaires de libertés. Par la suite, rien n'est jamais parvenu à combler ce fossé, ni l'instauration à marche forcée de l'Etat unitaire, ni l'interventionnisme économique des débuts du XX^e siècle, ni le corporatisme de l'époque fasciste, ni l'Etat-providence de la seconde moitié du XX^e siècle. Le sort du droit social est de ce point de vue exemplaire: on s'efforça immédiatement de le dédoubler pour le rattacher, soit au droit public (pour toutes les règles sociales visant l'intérêt public de protection des travail-

¹³ Par exemple, A. Mastropaolo, *Public et privé en Italie: des années 60 aux années 1980*, in *Politiques et management public*, 5, 1, 1987, p. 147.

leurs), soit au droit privé (pour tout ce qui concerne la relation de travail ou la responsabilité du fait des accidents du travail)¹⁴.

Ce caractère de *jus commune* attaché au droit privé explique également son immixtion au cœur même de l'activité des pouvoirs publics, dès qu'il ne s'agit plus d'organiser l'institution étatique ou de satisfaire des intérêts collectifs au moyen d'une autorité discrétionnaire. Le droit italien se caractérise ainsi depuis toujours par une soumission non négligeable des activités administratives au droit privé, au *Codice civile*, de manière plus ancienne et plus large que les seuls services publics industriels et commerciaux du droit administratif français¹⁵. L'exemple le plus éloquent est celui des emplois publics: la carrière de fonctionnaire ne fut en fin de compte qu'une parenthèse dans la vie italienne, entre 1923 et 1990, et les réformes récentes de privatisation de la fonction publique, sur le modèle du secteur privé et ses logiques de performance et d'évaluation, n'ont fait que renouer avec la vision contractuelle des emplois publics qui était déjà celle des premières années du Royaume. De même, mais beaucoup plus récemment, la loi générale sur la procédure administrative (loi n° 241/1990) témoigne de cette large place accordée aux contrats, conventions et accords.

Mais en réalité, comme le souligne lui-même Marco D'Alberti, le phénomène est plus ancien et plus large que ces deux exemples: «l'Italie a connu une phase historique au cours de laquelle, avant la naissance d'un authentique droit administratif qui remonte à la fin du XIX^e siècle, divers rapports entre les administrations et les particuliers étaient réglementés par le code civil: [...] les concessions administratives étaient contractuelles; même l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'une des expressions maximales de l'autorité, était configurée comme une vente, même si elle était coercitive (avec des analogies par rapport au *compulsory purchase* anglo-saxon)»¹⁶. Par la suite, le processus n'a jamais cessé, à l'image de l'urbanisme conventionné: «La construction et le développement urbain des grandes villes – à commencer par Rome – sont régis par des pactes entre les administrations locales, les propriétaires et les entrepreneurs: les particuliers s'engagent à reconstruire des zones, à aménager des espaces, à réaliser des travaux d'urbanisation et, en échange, ils obtiennent des concessions de construction, des destinations d'utilisation favorables, etc.»¹⁷.

En réalité, comme l'explique fort bien Marco D'Alberti, la place du droit privé dans l'encadrement de l'action administrative s'explique en grande partie par le fait que le décollage industriel du début du vingtième siècle en Italie a eu pour effet de permettre aux entreprises d'acquérir un pouvoir considérable, pas seulement de nature économique. Dans un Etat nation neuf sans long passé unitaire et administratif, les autorités administratives n'étaient pas en mesure d'imposer unilatéralement des charges et des conditions aux entreprises pour le développement des grandes activités économiques, notamment celles d'intérêt général. Elles durent donc se mettre d'accord avec le secteur privé, négocier avec lui et, «*spesso il contraente piu forte e proprio il*

¹⁴ Sur ce point, S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit.

¹⁵ Par exemple, V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008.

¹⁶ M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 22.

¹⁷ Ibidem, p. 23.

privato»¹⁸. Depuis lors, un certain pli a été pris et cette place du secteur privé n'a plus jamais cessé, même au temps de l'Etat-providence. Elle s'est naturellement renforcée à la faveur de ce vaste mouvement contemporain néo-libéral et post-moderne auquel l'Italie s'est convertie dès les années 1980 et 1990, composé de contractualisation des activités publiques, de propriétérisation des biens collectifs, de financiarisation des deniers publics et de privatisation du statut des fonctionnaires.

La répartition des compétences juridictionnelles témoigne à son tour de cette étroite identité du droit public¹⁹. En France, on le sait, le juge administratif est le produit d'une volonté politique plus ample, le résultat d'un véritable tabou fondateur, celui énoncé par la loi des 16-24 août 1790 interdisant au juge judiciaire de se mêler des affaires politiques et administratives, ayant ainsi donné naissance à une «conception française de la séparation des pouvoirs» faisant de la séparation des pouvoirs entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire une garantie spécifique contre l'arbitraire du pouvoir (en l'espèce celui des juges). Conjugué à l'idée que «juger l'administration, c'est encore administrer», cette conception française a donné naissance au modèle d'un juge administratif spécial, institutionnellement séparé de l'autorité judiciaire et chargé par principe de la résolution des litiges impliquant non l'Administration mais tous ceux – personnes publiques comme personnes privées – investis de l'accomplissement d'une mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique, même si, naturellement, cette compétence de principe n'est pas sans exception.

Cette explication proprement franco-française n'a évidemment rien à voir avec la configuration du contentieux administratif en Italie. L'exemple est d'autant plus significatif que l'influence française sur la maison de Savoie avait initialement réussi à imposer le modèle d'un *Consiglio di Stato*. Mais dès 1865, la loi donna aux juges judiciaires compétence pour protéger les droits civils et politiques des citoyens, y compris dans les litiges les opposant aux pouvoirs publics. Si une loi de 1889 a cherché à renouer avec le modèle français du Conseil d'Etat, si une loi de 1907 a conféré à sa quatrième section la qualité de juge administratif, le contentieux administratif italien demeure tributaire de son propre héritage historique. Le juge judiciaire ordinaire reste compétent toutes les fois qu'il faut réparer l'atteinte à un *droit subjectif*. Le juge administratif n'a compétence que pour annuler les actes administratifs portant atteinte aux *intérêts légitimes* des particuliers. Jugée complexe et subtile, cette répartition des compétences incite le droit italien à se réformer, mais non pas nécessairement pour renforcer l'empire du juge administratif: on envisage plutôt d'attirer le plus possible le contentieux de l'Administration dans l'orbite du droit privé. Certes, le législateur italien a créé des «blocs de compétence» au profit du seul juge administratif: c'est la juridiction exclusive. A partir de 1923, en matière d'emploi public, les textes se sont en effet multipliés pour réserver à la juridiction administrative un monopole de compétence sur certains contentieux spécialisés (passeports, cinéma, services publics, construction, urbanisme, passation des contrats publics, etc.). Mais, dans un arrêt du 6 juillet 2004, la

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014. Pour une bonne présentation en français, K. Abderemane, A. Clayes, E. Langelier, Y. Marique, T. Perroud, *Manuel de droit comparé des administrations européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 45-53 et 388-395.

Cour constitutionnelle a mis un coup d'arrêt à l'extension de cette pratique, en acceptant dorénavant de vérifier que le législateur, pour créer une juridiction exclusive, démontre un lien fort entre les questions d'intérêt légitime et de droits subjectifs dans le domaine concerné. D'un autre côté, la jurisprudence a développé la théorie du droit subjectif affaibli, dégradé, qui se dénature en intérêt légitime, justifiant la compétence du juge administratif. Mais ces deux dernières évolutions font dire à certains juristes qu'il est donc parfaitement possible pour un seul et même juge de statuer tout autant sur les intérêts légitimes que sur les droits subjectifs attachés à une situation juridique, ce qui fragilise le dualisme juridictionnel et plaide plutôt en faveur de la seule et unique compétence judiciaire et, partant, de l'application du droit privé commun.

Autant de facteurs qui permettent à Marco D'Alberti de conclure que «*in definitiva, il diritto amministrativo conserva alcune peculiarità proprie rispetto al diritto privato, ma in misura assai minore rispetto al passato*»²⁰. On se permettra d'ajouter que c'est là un nouveau facteur culturel de différence avec la France, où la dualité de juridiction n'a jamais été aussi bien enracinée, notamment depuis son inscription en 2008 dans l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, et où le juge administratif, doté depuis 1995 et 2001 de pouvoirs d'injonction et de procédures d'urgence, n'a jamais été aussi présent pour résoudre tous les litiges impliqués par l'intervention de l'Etat dans les questions actuelles de société, la fin de vie, la santé, la lutte contre le dérèglement climatique, la lutte contre le terrorisme, l'encadrement des flux migratoires ou la lutte contre la pandémie de la Covid-19. Si en Italie le juge administratif reste le juge du pouvoir administratif, il demeure en France le juge de l'activité administrative. Telle la fable de l'œuf et de la poule, le dualisme juridique continue alors de conditionner le dualisme juridictionnel tout autant que celui-ci conforte l'existence de celui-là. En Italie, cette interdépendance entre la dualité des juges compétents et la dualité des droits applicables n'a jamais été aussi forte et l'est de moins en moins. La distinction entre le public et le privé en pâtit nécessairement.

²⁰ M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 24.

La comparaison “au-delà” des systèmes de droit: l’exemple de la protection de l’environnement

Luigi Moccia

Sommaire: 1. Droit comparé “droit apatride” et le “défi de la complexité”. – 2. De la comparaison par “systèmes” à la comparaison par “fondements” de droit. – 3. La protection de l’environnement dans le cadre des fondements de comparaison juridique. – 4. Principales caractéristiques du droit comparé de l’environnement. – 5. Conclusion: “éloge” de la comparaison juridique.

1. Droit comparé “droit apatride” et le “défi de la complexité”

Il y a deux thèses, distinctes mais étroitement liées l’une à l’autre, que nous essayons d’argumenter dans cet article. La première est que la mondialisation, économique et technologique, mais aussi sociale et culturelle, se reflète sur le plan juridique, remettant ainsi en cause le droit comparé pour repenser et réaffirmer sa propre vocation d’étude critique et ouverte, en tant que “science de contexte”, qui se pose au niveau théorique comme une manière autoréflexive de connaître le droit. La deuxième thèse est qu’il existe des sujets, parmi lesquels l’environnement est peut-être le plus emblématique, qui sont comme des fondements de comparaison, dans le sens qu’ils représentent des paradigmes d’un nouveau statut méthodologique et épistémologique de l’approche comparative en tant que moyen d’étude et de recherche juridiques. Cette approche, au lieu de concevoir le monde à travers le droit à la manière de la classification (taxinomie) des systèmes juridiques mondiaux, elle cherche plutôt à concevoir le droit à travers le monde, dans sa dimension “globale”, à la fois spatiale et territoriale, commune et particulière, universelle et relative, selon le point de vue et ses implications.

Dans son ensemble, donc, cet article s’inspire à la nécessité de repenser et de réaffirmer la valeur formative et même pédagogique de la comparaison juridique ou du droit comparé, au-delà de sa structure traditionnellement construite sur la pierre angulaire des systèmes juridiques, catégorisés et classés en fonction de leurs histoires et caractéristiques “nationales”.

Comme il nous le rappelle l’auteur dont le nom plus que tout autre est lié à l’idée de la comparaison par systèmes de droit: «Le développement du droit comparé a été la *conséquence logique, inévitable, de la nationalisation* qui s’est produite dans la con-

ception même du droit au XIX^e siècle»¹. C'est-à-dire, la comparaison juridique moderne s'est développée dans un contexte de "nationalisme méthodologique", qui représentait à partir des codifications nationales un élément de rupture avec la tradition du *ius commune* continental pendant les siècles de l'Ancien régime². Ce contexte était fondé sur la logique oppositionnelle de la territorialité des systèmes juridiques (nationaux/étrangers), à leur tour identifiés et classés par rapport à leurs particularités.

D'où les questions suivantes: quel pourrait être le développement du droit comparé au XXI^e siècle, aux temps de la mondialisation? Quels sont déjà et quels pourraient être dans l'avenir les conséquences "logiques et inévitables" qui en découlent pour la conception elle-même du droit? Et en particulier, quelles sont les conséquences envisageables pour la comparaison juridique sur le plan de la capacité d'adaptation et de renouvellement de sa mission "au service de la connaissance du droit"?³

Une réponse à ces questions peut être vue précisément dans la valeur formative du droit comparé, en tant que «instrument essentiel de culture générale pour le juriste [sans lequel] il n'est pas possible d'arriver à des conclusions qui dépassent la portée d'un droit particulier, et l'on ne peut s'élever à l'universalité que postule toute véritable science»⁴.

Cette valeur, qui atteint la théorie du droit, fait de cette étude un moyen de connaissance critique du droit, au-delà de sa dimension territoriale, face aux interdépendances et contaminations de sens qui caractérisent de nos jours l'"espace-monde", eu égard à la vie sociale, économique, politique, culturelle et scientifique contemporaine, en relation avec des phénomènes, des défis et des problèmes qui mettent également en jeu le rôle du droit.

Bien que consolidé dans un domaine disciplinaire ayant son propre lexique et son propre bagage conceptuel, le juriste comparatiste se réfère à une idée "ouverte" – comme variété d'expériences et de possibilités de visions complémentaires ou alternatives – du droit, en restant entre les frontières ou plutôt "sans frontières" et, en ce sens, comme un "droit apatride" ayant le monde entier comme patrie, pour le dire ainsi. En ne faisant pas du droit comparé un simulacre de droit universel à nos jours globalisé, mais plutôt un facteur d'innovation constante, de circulation, d'intersection et d'accroissement de connaissances. A cet égard, il y a ceux qui, même des hauts endroits de la profession judiciaire, parlent du droit comparé en tant que «un outil universel d'expertise juridique [...] devenu le bien commun du raisonnement juridique contemporain»⁵. En même temps, il a ceux qui parlent de l'attitude "subversive" du droit

¹ R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, VII ed., Paris, Dalloz, 1978, p. 4.

² Sur le "droit commun européen" comme expression de doctrine ("droit savant") et plus encore d'une pratique judiciaire inspirée à l'idée des ordres juridiques "ouverts", en communication entre eux, au niveau notamment de leur hautes cours (cours souveraines ou supérieures), dans une perspective historique et comparative incluant la tradition juridique anglaise (par référence à ses juridictions "*civilian*" mais aussi aux cours de *common law*), G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981; G. Gorla, L. Moccia, *A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16th-19th Century)*, in *Journal of Legal History*, 2, 2, 1981, p. 143 ss.

³ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.

⁴ R. David, *Le droit comparé, enseignement de culture générale*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1950, pp. 683-84.

⁵ J.-M. Sauvé, *Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la Chimère?*, discours

comparé⁶, lui attribuant également un potentiel “imaginatif”⁷, sinon évoquant aussi le “rôle disruptif” que peut jouer le droit comparé en période de mondialisation⁸. Alors que la vocation de la comparaison juridique de se lever comme point de vue “déterritorialisé” sur le droit est mise en valeur par rapport à la dimension multiniveaux (interne, régional, international) du droit, ainsi qu’à la prolifération de nouveaux domaines de normativité⁹, résultant en termes de pluralisme de sources, de modes et pouvoirs de régulation¹⁰, et même de porosité (interpénétration/hybridation) des systèmes juridiques contemporains¹¹.

Reposant sur le constat que «la comparaison ne porte plus uniquement sur les droits étrangers mais sur le droit en général», on peut donc observer que le «comparatiste, tout en poursuivant son étude des droits étrangers, part à la découverte [...] d’un univers juridique transfrontières»¹², précisément à travers une comparaison incluant les ordres juridiques nationaux, internationaux et supranationaux comme le droit de l’Union européenne, étant lui-même un “système juridique”, bien que *sui generis*. Par rapport aux espaces normatifs qui brouillent les lignes de distinction interne-étranger, national-international, et aussi public-privé, tous ensemble «symptomatiques de la globalisation du droit et du dépassement des cadres territoriaux»¹³.

Le défi d’un droit “sans frontières”, face auquel se retrouvent de plus en plus engagés les droits et les juristes nationaux, devient l’opportunité, voire la nécessité, pour se confronter à des thèmes et des problèmes qui, bien qu’enracinés dans les territoires, sont placés dans des contextes spatiaux supranationaux, d’intégration régionale (européenne) et voire à l’échelle mondiale.

A cet égard, un exemple emblématique, ou mieux “paradigmatique”, est offert par le thème de l’environnement, où on se trouve confrontés à la difficulté de traiter ce sujet selon la logique des systèmes (modèles) de droit, ou des traditions juridiques. Cette

prononcé en tant que vice-président du Conseil d’État, à l’ouverture de la Conférence inaugurale du cycle de conférences “Droit comparé et territorialité du droit”, 20 mai 2015, disponible en ligne <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/comprendre-et-reguler-le-droit-globalise-ou-comment-dompter-la-chimere>.

⁶ G.P. Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 4, 1998, p. 683 ss.; H. Muir-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 52, 3, 2000, p. 503 ss.

⁷ M. Adams, D. Heirbaut, *Prolegomena to the method and culture of comparative law*, in Id. (eds.), *The method and the culture of comparative law*, London, Bloomsbury, 2014, p. 1 ss.

⁸ T.C. Kohler, *Comparative Law in a Time of Globalization: Some Reflections*, in *Duquesne Law Review*, 52, 1, 2014, p. 114.

⁹ L. Lixinski, *Editorial: In Normative Spaces*, in *European Journal of Legal Studies*, 2, 1, 2008.

¹⁰ M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006; W. Twining, *Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective*, in *Duke Journal Of Comparative & International Law*, 20, 2010, p. 473 ss.

¹¹ P.S. Berman, *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Law Review*, 80, 2007, p. 1155 ss.; A.J. Sutter, *Of Bentō and Bagels. Globalization and new normative spaces*, in AA.VV., *Rethinking the Globalization of Law, Les cahiers d’Ebisu – Occasional Papers*, 3, 2013, p. 71 ss.

¹² B. Fauvarque-Cosson, *Deux siècles d’évolution du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 63, 3, 2011, pp. 534-36.

¹³ B. Barraud, *Le Droit sans le Territoire. Globalisation et postmodernité juridiques*, in *Jurisdoctrina, Le territoire*, 10, 2013, p. 62.

difficulté est due à la pertinence mondiale, à la fois interne et externe aux frontières territoriales des différents pays, que les problèmes environnementaux ont pris et sont destinés à prendre de plus en plus, pour la survie même de l’humanité.

Cette difficulté est plus encore accentuée par le fait que l’étude du droit de la protection de l’environnement, ou droit de l’environnement tout court, implique plusieurs intérêts et secteurs disciplinaires du droit public et privé, constitutionnel, administratif, civil, et notamment pénal, ainsi que certains domaines de l’histoire, de la philosophie et de la sociologie du droit, qui se traduisent au niveau terminologique et conceptuel en autant de points de vue sur le sujet. La dénomination “droit de l’environnement” peut paraître elle-même incertaine et parfois ambiguë, en raison de sa riche polysémie. En effet, elle implique la gestion des ressources naturelles aussi bien que la lutte contre les nuisances, la protection du patrimoine rural, urbain et culturel aussi bien que la sécurité sanitaire et la sûreté alimentaire, et plus généralement la protection, la sauvegarde et la préservation de l’environnement pour tous ses aspects, à l’échelle locale mais aussi dans une perspective globale, qui concerne la qualité de ses bases naturelles, l’eau, la terre et l’air, et aussi la vie des humains, des végétaux et des animaux. Tout ça en considérant, d’un côté, le devoir de l’État et, de l’autre côté, le droit fondamental des particuliers à un environnement sain¹⁴.

Dans la perspective d’une étude de droit comparé sur le sujet, il s’agit d’abord de poser la question des limites méthodologiques et conceptuelles d’une approche conventionnelle. Selon un critère de distinction, bien que complémentaire, qui prend un point de vue orienté vers l’idée de “spatialité” plutôt que de “territorialité” du droit, dans un cadre global considéré dans son ensemble, ou de manière holistique¹⁵.

Avant de présenter certains des principaux arguments à cet égard, en les exposant dans le paragraphe suivant (§ 2), pour aborder ensuite la question de la protection de l’environnement, bien que généralement envisagé comme exemple de discours sur les fondements de la comparaison juridique (§§ 3-4), et donc effectuer, de manière concluante, quelques dernières remarques sur la valeur formative de la comparaison (§ 5), il faut ici attirer encore une fois l’attention sur quelques caractéristiques de base de la matière environnementale. En plus de son articulation multi-niveaux (international, su-

¹⁴ Comme établi, par ex., par la Cour suprême néerlandaise dans l’affaire “Urgenda” (2019), où les obligations légales de l’État (sur le changement climatique dû aux émissions de gaz à effet de serre) de protéger la vie et le bien-être des citoyens aux Pays-Bas, sur la base de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (ainsi que conformément à la Constitution néerlandaise, 2008, article 21), sont évaluées (à la lumière d’arguments basés sur des conclusions scientifiques du Groupe d’experts intergouvernemental sur le changement climatique) au regard également (aussi faible que soit la part des émissions attribuables au pays) de la question plus large de la détermination de ces obligations «par rapport à un problème global»: B. Mayer, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation: Ruling of the Court of Appeal of The Hague (9 October 2018)*, in *Transnational Environmental Law*, 8, 1, 2019, p. 168.

¹⁵ J’ai eu l’occasion d’illustrer cette approche dans d’autres écrits, y compris L. Moccia, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, 65, 3, p. 767 ss.; Id., *De la comparaison à l’intégration juridique: le chemin de la citoyenneté européenne*, in *Civitas Europa*, 2, 2016, p. 379; Id., *Legal Comparison and European Law: or the Paradigm Shift from a Territorial to a Spatial Viewpoint, in the Prospect of an Open and Cohesive Society Based on European Citizenship as Model of Plural and Inclusive Citizenship*, in *La Cittadinanza Europea*, 14, 2, 2017, p. 27 ss.

pranational, national) et interdisciplinaire (en ce qui concerne notamment son étude juridique), elle a également un caractère très composite, à la fois “transdisciplinaire”, résultant d’une multiplicité et d’une variété de connaissances scientifiques et socio-humanistes, et “transculturel”, concernant une diversité de visions du monde, qui forment son arrière-plan ou, mieux encore, son contexte.

L’obstacle que posent ces caractéristiques, par rapport à une analyse comparative de type conventionnel, représente en revanche l’opportunité de faire d’une approche comparative différente une sorte de “pierre d’achoppement”, ou de “scandale” (juste le sens grec original du terme)¹⁶. Ceci afin de démontrer la pertinence d’une approche différente vers une étude juridique de sujets et de problèmes qui, ayant une propension et une étendue extra-étatique, à la fois globale et locale, ont tendance à prendre la nature de véritables “fondements de comparaison”. En tant que tels faisant partie d’une modalité de connaissance critique du droit, c’est-à-dire ouverte vers ses contextes multidimensionnels, à la fois spatiale et territoriale, commune et particulière, universelle et relative, selon les différents points de vue et leurs implications.

En ce sens, la comparaison semble de plus en plus appelée à s’interroger sur la possibilité d’étudier et de connaître le “droit” à la lumière des réalités dynamiques du changement et de l’innovation portant sur la vie collective et individuelle, dans un “réseau” d’interdépendances¹⁷. Ce réseau s’épaissit par des domaines normatifs extra-étatiques, ainsi que par les défis planétaires qui dérivent surtout de la mondialisation économique-financière, des développements technico-scientifiques, ainsi que des phénomènes d’urgence, tous ensemble ayant un très fort impact environnemental et social.

Par conséquent, la comparaison juridique – en tant que pratique d’apprentissage, d’enseignement et de recherche – peut permettre de traiter des sujets et des problèmes qui méritent justement d’être compris comme base de connaissance et de réflexion critique ouverte sur le droit. Dans une perspective d’ensemble, multidimensionnelle, mettant en relations les parties et le tout, à la fois spatiales et territoriales, communes et particulières, universelles et relatives. En adoptant, au lieu d’une simplification dichotomique entre national/étranger ou national/international, un paradigme complexe d’implication-distinction-conjonction dans le contexte actuel caractérisée par la pluralité-diversité des espaces normatifs internes et externes aux systèmes juridiques nationaux, avec son “défi de la complexité”¹⁸.

¹⁶ «*græce significat offendiculum, quod in via ponitur, ut pedem in illud impigendo cadamus*»: entrée *Scandalum*, in *Calepinus Septem Linguarum*, V ed., Padova, 1741.

¹⁷ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 10-11, en soulignant que «avec le réseau, l’État cesse d’être le foyer unique de la souveraineté», les frontières «se brouillent [et] les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s’enchevêtrent». V. aussi, K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Les éditions thémis, 2008.

¹⁸ E. Morin, *Les Sept Savoirs nécessaires à l’éducation du futur*, Paris, Seuil, 2000 (UNESCO, 1999), p. 17: «*Complexus* signifie ce qui est tissé ensemble [...] La complexité, c’est, de ce fait, le lien entre l’unité et la multiplicité. Les développements propres à notre ère planétaire nous confrontent de plus en plus souvent et de plus en plus inéluctablement aux défis de la complexité».

2. De la comparaison par "systèmes" à la comparaison par "fondements" de droit

Dans un monde en transformation constante et rapide, très connecté aussi bien que conflictuel, où des convergences et homologations possibles sont expérimentées, même si elles sont difficiles, surtout en termes d'uniformisations rigides, celui qui étudie le droit – par rapport à un espace-monde dans lequel les frontières juridiques semblent s'étendre et en même temps se chevaucher et se brouiller de plus en plus – se trouve dans la condition passionnante mais aussi périlleuse d'être sans appartenir. En effet, il se trouve au milieu de réalités complexes et à première vue sans des points d'orientations précis, comme ceux traditionnellement offerts par le droit positif de l'État. Un droit territorialement identifié avec ses propres frontières nationales, aujourd'hui de plus en plus poreux, tant du côté interne, en ce qui concerne leur dimension non seulement géographique mais aussi culturelle et identitaire, quant du côté extérieur, dans le sens de la relation ambivalente qui en résulte entre national et étranger, national et international, local et mondial.

Pour décrire cette condition limite (*borderline*), l'image qui peut être utilisée est celle de la comparaison juridique comme un "pont". En tant que structures insérées dans un espace au-dessus des territoires qu'elles unissent, les ponts permettent d'élargir le regard d'un point à un autre à l'horizon, simultanément.

L'exigence d'un point de vue panoramique sur le phénomène juridique à échelle mondiale a trouvé sa réponse dans la comparaison. Les termes adoptés ont été et sont encore ceux de la classification (taxinomie) de ce phénomène, selon des modèles qui tiennent compte des influences du contexte historique et culturel et qui conduisent ainsi à la territorialisation des différentes expériences.

Cette vocation taxinomique avec son approche "systémique" du droit comparé s'est depuis longtemps imposée comme dominante, de manière à créer un type de dépendance méthodologique et conceptuelle à l'approche macro-comparative, à la base d'une forme mentale dont la structure pèse aussi fortement sur les sujets juridiques étudiés d'un point de vue comparatif (micro-comparaison). Pour le dire franchement, une fois qu'on commence à comparer des systèmes juridiques, en traçant leurs contours géographiques comme des unités cohérentes délimitées et fixées sur une carte du monde, on pourrait finir par faire de cette cartographie juridique le but même de la comparaison. C'est à dire, un exercice cartographique, renversant ainsi l'idée (ou l'idéal) de la comparaison juridique de regarder le droit "au-delà des frontières". D'autant plus, compte tenu (comme dit avant: § 1) de l'évolution de "l'esprit des lois", pour ainsi dire. Selon l'hypothèse (déjà soulignée par Montesquieu) que pour saisir un tel esprit, il est nécessaire aujourd'hui comme par le passé de regarder de manière holistique le droit, avec un œil sur ses "diverses relations" avec "diverses choses"¹⁹.

La comparaison juridique, si et dans la mesure où elle est capable de ce regard holistique à la fois locale et globale, relatif et universel, revêt aujourd'hui plus que jamais une valeur de moyen de connaissance critique et ouverte du droit, qui constitue également un moyen de concevoir le droit lui-même, qui agit comme un cadre nécessaire et, par conséquent, comme une prémisse de base ou une hypothèse de travail selon le sujet

¹⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L.I, Ch. III.

à traiter et sa “commensurabilité” à un niveau comparatif, en ce qui concerne la possibilité même d’une étude de “droit comparé”. En tout cas, la comparaison juridique ne se limite plus à la dichotomie droit nationale/droit étranger²⁰.

Mais élargir son regard dans cette perspective, c’est aussi changer le point de vue méthodologique à partir duquel observer la réalité. Cela signifie plus précisément adopter – sur le plan de la formulation théorique aussi bien que du développement analytique de l’étude – un point de vue alternatif par rapport au nationalisme méthodologique: celui de “l’optique cosmopolitique”²¹.

En effet, la mondialisation et en particulier pour ce qui concerne l’Europe l’intégration supranationale sont des phénomènes nouveaux et complexes par rapport auxquels les frontières et les distinctions étatiques et nationales semblent disparaître, de même que les certitudes et les catégories qui avaient marqué et accompagné leur naissance et leur renforcement. Cela nécessite une réflexion (auto)critique qui nous permette de mieux comprendre ces phénomènes et leurs implications, en-dehors du cadre national, dans la perspective cosmopolitique.

Le cosmopolitisme de la réalité du monde contemporain exprime et reflète une logique inclusive de “complémentarité des contraires”, plutôt qu’une logique dichotomique, d’exclusion réciproque²².

Il faut accepter cette réalité, sans toutefois se limiter à enregistrer son évidence ou, pis encore, à s’y résigner, mais afin de la faire évoluer vers des niveaux progressifs de conscience et connaissance critique, voire autoréflexive. Parce que dans le monde d’aujourd’hui, où la diversité culturelle se propage et les sociétés deviennent de plus en plus hétérogènes, la possibilité d’un mélange mixte d’identités caractérisant une condition d’appartenance multiple de plus en plus répandue, reconnaissable dans la figure du “citoyen global”, ne devienne pas un amalgame explosif (non seulement comme métaphore) de contradictions non résolues.

Du point de vue (d’une théorie) du droit comparé, comme moyen d’étudier le droit tout court, et en rappelant la question posée au début sur quel pourrait être le développement de celle-ci aux temps de la mondialisation, on peut imaginer de réaffirmer la (une) vocation de la comparaison juridique, en tant qu’orientée vers la dimension spatiale d’inclusivité relationnelle, au-delà de sa dimension territoriale d’exclusivité identitaire des systèmes de droits.

²⁰ V., p. ex., S. Cassese, *Beyond Legal Comparison*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2012, p. 387 ss.

²¹ U. Beck, *Qu’est-ce que le cosmopolitisme?*, trad. fr., Paris, Flammarion, 2006, p. 11, qui, en parlant «d’une nouvelle ère, l’ère de la modernité réflexive, où les frontières et les distinctions propres aux États-nations s’évanouissent et sont renégociées» affirme donc que «dans ce monde cosmopolitique, nous avons d’urgence besoin d’un nouveau point de vue pour observer les choses – l’optique cosmopolitique».

²² Rappelant la critique de Glenn du “Western binary thinking” (*Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, diverses éditions), comme une approche qui a conduit, en délimitant les traditions juridiques les unes des autres, à une séparation parfois assez stricte qui nie la possibilité de communication interculturelle, et encore moins d’intégration, M. van Hoecke, *Legal Cultures, Legal Traditions and Comparative Law*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2006, p. 331, souligne que cette approche «leads to ontological claims as to typical characteristics of those cultures and as to unbridgeable differences when comparing them».

Pour exprimer synthétiquement un tel concept, la formule peut être utilisée qui conçoit la comparaison comme “science de contexte”²³. En référence à l’idée non pas d’une revendication scientifique de l’étude du droit, et encore moins du droit comparé, mais au contraire à la nécessité de “relativiser” la connaissance du droit, afin de l’enrichir de contenu par rapport au “contexte” de l’espace-monde sous tous ses aspects, locaux et globaux, relatifs et universels, particuliers et communs. C’est-à-dire, en observant la pluralité juridique, la diversité culturelle, la complexité de sens qui en résulte, tous avec les nombreux facteurs relevant des divers plans de production et mise œuvre de l’expérience normative, qui font donc de la comparaison juridique une occasion ou mieux une pratique de repenser continuellement le droit, dans ce contexte.

Il s’agit, alors, d’adopter un nouveau statut épistémologique de la comparaison: comprise non seulement comme une méthode, mais aussi et surtout comme un mode de connaître le droit, concernant la diversité-particularité/similarité-universalité des expériences juridiques et plus largement normatives, dont la signification et la pertinence sont caractérisées par les relations et les influences mutuelles entre les parties et le tout. Tout cela dans le contexte d’un espace mondial complexe (interconnecté et interdépendant) de problématiques communes affectant les pays et les populations tout en traversant les frontières physiques et culturelles. En faisant face à de telles expériences juridiques/normatives considérées comme significatives du point de vue de l’observateur (sur sa propre loi ou sur le droit en général), la comparaison peut aider à en tirer des informations, des arguments ainsi que des idées pour la réflexion et l’inspiration, afin d’être utilisée pour mieux encadrer et approfondir l’étude des problématiques aussi complexes que communes et cependant transversales aux expériences prises en compte.

Voici donc la possibilité d’un changement de paradigme, en passant de la comparaison par “systèmes” à la comparaison par “fondements” de droit.

À cet égard, on peut affirmer que toute problématique juridique ayant une propension extra-étatique, c’est-à-dire une étendue globale, représente un “fondement” – plutôt qu’un objet seulement – d’étude comparative du droit.

3. La protection de l’environnement dans le cadre des fondements de comparaison juridique

Un exemple emblématique de comparaison par fondements est celui relatif à la protection juridique de l’environnement qui, devenue dominante depuis les dernières décennies du XX^e siècle, a fait l’objet traités et conventions, déclarations de principe, chartes constitutionnelles, lois sectorielles, décisions judiciaires, instruments non contraignants (*soft law*), création d’organismes ad hoc de contrôle, de gestion et de réglementation, au niveau international, supranational (comme dans le cas de l’Union européenne) et national.

²³ L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 59 ss.

En effet, il s'agit d'un sujet qui, face à la problématique environnementale au sens d'une manipulation profonde et durable par l'homme de l'environnement naturel et plus généralement des écosystèmes à l'échelle locale voire aussi planétaire, pose de plus en plus un besoin et une urgence de protection à différents niveaux normatifs et dans différents domaines.

Cependant, malgré la diversité et la variété des domaines et niveaux de réglementation, prenant également en compte les multiples aspects (scientifiques, politico-économiques, éthiques, historiques et socio-culturels) influençant chaque ordre juridique, la protection de l'environnement a sa valeur universelle et sa unité conceptuelle qui mette en évidence son caractère de fondement à la base d'une comparaison qui aille au-delà des systèmes et traditions du droit.

C'est précisément ce caractère qui permet d'étudier notre sujet dans une dimension de pertinence commune, avec une approche capable de saisir ses contenus essentiels à partir desquels développer une vision globale de la protection de l'environnement comme objet d'étude en soi même comparatif.

Bien sûr, tout cela pose une question méthodologique. Il a été observé, tout en confirmant la difficulté d'une approche juridique comparative dans la matière environnementale, que – à côté d'une remarquable absence du sujet dans les ouvrages généraux sur le droit comparé comme discipline d'étude – «la plupart de travaux de droit comparé de l'environnement a été réalisée par des juristes, pas comparatistes, mais spécialisés en la matière». De plus, il a été observé que, même les méthodologies de droit comparé existantes «ont été très rarement – voire pas du tout – utilisés par des juristes comparatistes pour comprendre les questions relatives à la protection de l'environnement»²⁴.

On peut alors observer, de plus, sur la base de ce qui a été dit jusqu'ici, que la question méthodologique de l'étude comparative du droit de l'environnement ne doit plus être placée (seulement) d'un point de vue conventionnel basé sur une carte mondiale des systèmes juridiques, mais (plutôt) à partir du monde réel dans toute sa complexité.

D'abord, d'un point de vue transversal aux systèmes juridiques nationaux, selon lequel la formalisation (legalization et juridification) telle que l'élaboration et l'expansion de règles, principes et standards communs revêt une importance particulière face à des problèmes identiques ou similaires.

En plus, de manière transdisciplinaire liée aux sciences naturelles et humaines, en tant que type de droit à forte dépendance vis-à-vis du progrès scientifique et des innovations technologiques, ainsi que des transformations sociales, en expansion continue et avec un long regard, c'est-à-dire projeté vers l'avenir. Non seulement en termes de prévention, mais en réponse aux défis et nouveaux besoins dictés par des changements qui déterminent un déséquilibre voire une inversion (ou presque) du rapport entre l'homme et la nature, à la suite de quoi l'homme, une fois exposé aux risques et dangers de la nature, est devenu avec sa capacité prométhéenne à subjuguier la planète une source de risques et de dangers croissants pour la nature.

Enfin, dans un sens interculturel, par rapport à des cultures “autres” que celle occi-

²⁴ J.E. Viñuales, *Framing comparative environmental law*, in E. Lees, J.E. Viñuales (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford, Oxford handbooks, 2019, §§ 1.1 et 1.2.9.

dentale, comme les cultures des peuples indigènes, officiellement reconnues également au niveau international²⁵. Mais avec un œil critique sur une culture et une société modernes (d'origine occidentale) s'étendant sur un horizon mondial d'anthropocentrisme individualiste rampant en tant que "égoïsme de l'espèce" humaine²⁶, face à des devoirs de responsabilité et de soin de la Nature, elle-même considérée – ou mieux, digne d'être considérée – dans le cadre d'une culture d'inspiration écologique biocentrique, comme "sujet de droits"²⁷.

Tout cela au nom d'une matrice thématique unique, au sujet de la protection de l'environnement, représentée par la relation entre l'homme et la nature, comme son principal noyau problématique interprété à travers différentes visions du monde, en concurrence les uns avec les autres. Ceci dans le sens de divergences marquées sur une échelle de valeurs oppositionnelles, allant de l'anthropocentrisme au biocentrisme. À leur tour, ces divergences sont cependant centrées sur un besoin commun de protéger l'environnement, bien que décliné dans une variété d'aspects et de questions (y compris, par exemple, les écosystèmes, le système terrestre, le développement durable, la justice environnementale, la solidarité intergénérationnelle, les limites de la croissance, la sécurité alimentaire, la santé publique, la qualité de vie, droits de l'homme, droits de la nature, etc.).

Il ne faut donc pas perdre de vue, une fois de plus, la complexité de la relation homme-nature, au-delà de la dichotomie de paradigmes apparemment opposés, celui qui «inclut l'humain dans la nature» et l'autre qui «prescrit la disjonction entre ces deux termes et détermine ce qu'il y a de spécifique en l'homme par exclusion de l'idée de nature». En effet, tous deux sont l'expression d'un «paradigme plus profond encore, qui est le paradigme de simplification, qui, devant toute complexité conceptuelle, prescrit soit la réduction (ici de l'humain au naturel), soit la disjonction (ici entre l'humain et le naturel)», excluant ainsi la conception de «l'unidualité (naturelle– culturelle)» du monde réel «à la fois d'implication et de séparation entre l'homme et la nature»²⁸.

D'où l'importance d'une approche contextuelle, en tant que moyen d'étude qui conduit à connaître le droit selon ou, mieux, à travers le monde, pas l'inverse: autrement dit, avec une "optique cosmopolitique", dont nous avons parlé plus avant (§ 2).

Il s'agit, en somme, d'une approche qui postule et reflète en même temps un changement de paradigme. Ainsi, en raison de la dimension globale/locale de la protection de l'environnement, l'accent se situe sur la relation tout/parties, en ce qui concerne les lignes de connexion et les tendances convergentes ainsi que les visions du monde divergentes, vues tous ensemble dans le cadre commun de la pertinence d'espaces normatifs interconnectés ou bien communiquant entre eux.

²⁵ UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), Resolution adopted by the General Assembly on 13 September 2007, et v. aussi UN Conference on Sustainable Development, Declaration "Future We Want", Rio 2012, A/RES/66/288, n. 39.

²⁶ H. Jonas, *Le Principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, trad. fr., Paris, Les éditions du Cerf, 1990.

²⁷ Exemple à cet égard la contribution visionnaire, à l'époque, de C.D. Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 42, 1972, p. 450 ss.

²⁸ E. Morin, *Les Sept Savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, cit., p. 9.

C'est particulièrement vrai en termes de "constitutionnalisation" au niveau mondial de ce sujet, avec l'émergence d'un «constitutionnalisme environnemental» fondé sur le fait que de nombreux pays ont adopté des dispositions constitutionnelles en la matière²⁹. Ce sont des dispositions qui visent à établir et à renforcer: «*the obligation of the state to conserve living resources and the systems of which they are part, the rights of citizens to a stable and diversified environment, and the corresponding obligations of citizens to such an environment*»³⁰. Tout en reconnaissant bien sûr l'importance des différences au niveau territorial, de pays à pays et entre les différentes régions du monde, en termes à la fois des histoires locales, ainsi que des conditions naturelles, socio-politiques et économiques qui prévalent, aussi bien que culturelles, y compris les traditions juridiques divergentes.

4. Principales caractéristiques du droit comparé de l'environnement

Pour mieux comprendre, donc, le sens d'une approche différente, bien que complémentaire, par rapport à celle conventionnelle des systèmes de droit, il faut s'arrêter sur certains aspects saillants de la question environnementale en général. Il s'agit d'aspects qui contribuent à faire de l'environnement et de sa protection un sujet, comme on l'a dit, transversal aux systèmes ou modèles de droit, et surtout un sujet fédérateur; car il se situe à la croisée des chemins entre local et global, entre disciplines scientifiques et humanistes, entre différentes cultures et formes de civilisation.

Bien sûr, il n'est pas possible ici de développer ce discours pour encadrer et encore moins de définir, quoique largement, le rapport entre l'homme et la nature. Il est cependant important de souligner, en tant que résumé conclusif du type d'approche proposé, que cet rapport repose sur l'entrelacement de la science, de l'économie, de la politique et de la culture en général, dans le cadre des intérêts, des besoins et des positions parfois communes, parfois divergentes et contrastées, qui en font un enjeu aux aspects multiples et différents, dont les caractéristiques de base sont à la fois locales et globales. Ces aspects intéressent certes les sciences naturelles, mais également les sciences humaines et sociales au sens plus large. Ainsi que, pas des moindres, la culture juridique, en ce qui concerne notamment les choix d'orientation tant de la gouvernance (mesures législatives et réglementaires, organisation-gestion des pouvoirs, compétences, fonctions), que des politiques (programmes de définition des objectifs et lignes d'action à poursuivre), en termes de protection de l'environnement.

²⁹ Sur le "constitutionnalisme environnemental" (qui remonte dans sa première version à l'idée et à l'idéal de "l'état écologique", K. Bosselmann, *Im Namen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat*, Bern, Scherz Verlag, 1992), comme sujet d'étude comparative en perspective globale, v., par ex., D. Boyd, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment*, Vancouver, UBC Press, 2012; J. May, E. Daly, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; L.J. Kotzé, *Arguing Global Environmental Constitutionalism*, in *Transnat. Env. L.*, 2012, p. 199 ss.; R. O'Gorman, *Environmental Constitutionalism: A Comparative Study*, *ibid.*, 2017, p. 435 ss.

³⁰ International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, *World Conservation Strategy – Living Resources Conservation for Sustainable Development*, 1980.

À cet égard, avec la dimension double face globale/locale, il faut remarquer la complexité de la problématique environnementale, aussi bien que la nécessité de l'étudier et de la comprendre d'un point de vue capable de l'envisager dans son ensemble d'aspects plus signifiants, selon une approche holistique. En correspondance avec sa principale caractéristique déterminante, en tant que question: a) *multiniveau*, qui est pertinente dans différents ordres juridiques et domaines réglementaires (international, d'intégration régionale supranationale, national et local); b) *multi- et trans-disciplinaire*, c'est-à-dire transversale à la fois à différentes disciplines juridiques, et aussi bien à certaines disciplines scientifiques et humanistes; c) *limite* (ou *internormative*), située à la frontière entre la science, l'économie et la politique, qui est nécessairement ouverte sur tous ces fronts et engagés à leur équilibrer par des instruments de gouvernance, des procédures et des pratiques de participation et de consultation; y compris aussi le front d) *interculturelle*, résultant de la diversité et par conséquent impliquant un dialogue entre les cultures; e) *axée sur les objectifs*, à la recherche de principes communs, à la promotion de politiques et à la réalisation des objectifs visant la conservation et la sauvegarde des ressources naturelles, la durabilité et la gérance de leur gestion, pour la survie de l'espèce humaine en tant que partie intégrante – avec d'autres espèces vivantes (animaux et les plantes), et l'ensemble de l'écosystème terrestre – d'un équilibre dynamique en constante évolution, qui nécessite d'être gouverné et discipliné selon des critères prédictifs et des principes de précaution.

Par conséquent, étudier comparativement le droit de la protection de l'environnement comme exemple de fondement de la comparaison juridique, c'est réfléchir sur ces aspects, individuellement ou considérés comme un tout, par rapport au droit (le sien et en général).

5. Conclusion: "éloge" de la comparaison juridique

À la lumière de ce qui précède, et compte tenu des prémisses initiales sur la valeur formative de l'étude comparative du droit, je voudrais enfin conclure ici avec un «éloge» – dans le sens d'un discours court qui vise précisément à célébrer cette valeur – de la comparaison comme facteur non seulement technique, mais aussi culturel de la connaissance et formation juridique; autant précieux dans le monde de plus en plus connecté, complexe et conflictuel d'aujourd'hui, qu'utile et nécessaire face aux défis de dimension mondiale et locale.

Au moins dans la mesure où, comme nous avons essayé d'argumenter, il est possible de définir le droit comparé, ou l'étude comparative du droit, et mieux encore l'étude du droit conçue de manière comparative sur une base critique et ouverte (science du contexte), comme un moyen de connaître le phénomène juridique d'un point de vue globale. Dans la dimension espace-temps de ce phénomène: c'est-à-dire dans l'universalité et la relativité de ses expériences et manifestations. Ainsi que dans sa dimension au sens social et culturel large: c'est-à-dire dans l'intrigue des relations (de connexions, d'implication mutuelle et d'influence) que ce phénomène entretient et imbrique constamment avec toutes les autres sphères de normativité (religieuse, politico-idéologique, éthico-philosophique, ou tout simplement expression des coutumes et du mode de vie).

Ainsi compris, le droit comparé a tendance à adopter une orientation holistique qui, sans se disperser dans une espèce d'omniscience juridique ou d'universalisme abstrait, se concentre sur l'essentiel des choses. Afin de chercher de temps en temps de cadrer les problèmes d'importance juridique dans un contexte de référence plus large, capable de faire ressortir, au-delà des particularités et des différences, la dimension commune, ou plutôt la signification globale de ces problèmes. Avec une orientation, donc, à saisir "l'esprit" des lois et des institutions dans leurs contextes particuliers de lieu et de temps; mais avec un regard ouvert sur le monde, afin de comprendre de manière critique précisément le droit à travers le contexte mondial, plutôt que le monde à travers le droit, comme la comparaison des systèmes juridiques l'a prétendu et prétend le faire.

En ce sens, l'étude comparative du droit prend comme point de repère et par conséquent d'observation celui de la "spatialité", plutôt que de la "territorialité" du droit.

Ce point d'observation dépasse les frontières nationales des systèmes étatiques, pour réfléchir sur des sujets et des problèmes, dont la pertinence juridique prend plus sens et mérite d'être l'objet d'une étude comparative, plus elle se prête à être cadrée dans un "contexte" qui révèle et lui attribue en même temps une valeur globale, donc capable de former une base commune de connaissances sur ces mêmes problèmes et enjeux connexes.

D'où le passage – ou pour mieux dire le changement de paradigme – de la comparaison par systèmes de droit à la comparaison par fondements de droit (on peut ajouter "contemporains", en paraphrasant le titre d'un des textes classiques de la moderne comparaison juridique, mentionné au début: § 1).

Serait-ce donc la voie pour réorienter et repositionner l'étude du droit comparé à l'heure de la mondialisation?

"Droit supranationale", "droit uniforme", du côté de l'internationalisation du droit (en tant que phénomène plus proprement lié à la volonté des Etats à la base des traités et conventions). "Droit global", "droit transnational", "pluralisme juridique", "espaces normatives", "internormativité", "droit interculturel", du côté de la globalisation (en tant que phénomène qui dépasse l'Etat nationale et traverse le territoire, comme n'importe quelle frontière, caractérisée par une dimension d'entrelacement et d'hybridation de systèmes juridiques/normatifs). Et en plus "droit européen", "ordre juridique multiniveau". Toutes ces expressions sont en lien étroit avec le "droit comparé". Chaque expression a, toutefois, aussi son statut épistémologique ou, au moins, son cadre de référence et ses propres catégories parfois non seulement, ni immédiatement, d'importance juridique. Elles semblent ainsi tendre à se confronter, à se connecter, à interagir et jusqu'à rivaliser avec le droit comparé, en interrogeant le sens et la portée actuels de ce dernier, par rapport à des questions nouvelles et complexes qui se posent aujourd'hui, plus ou moins directement, en relation avec le problème de la formation juridique. Tel est le problème de la formation d'un juriste qui semble en quelque sorte de plus en plus dépourvu de sa propre identité nationale, alors qu'il est de plus en plus plongé dans des contextes caractérisés par une multiplicité de niveaux normatifs, ayant un profil pluraliste marqué.

Le droit comparé, c'est-à-dire le droit étudié d'une façon comparative dans un esprit d'ouverture à d'autres dimensions normatives non seulement liées au niveau de l'État-nation, après la saison – pendant le XX^e siècle – de l'anti-formalisme basé sur l'idée

d'un point de vue différent de celui du positivisme juridique, fait face aujourd'hui à la réalité d'un “pluralisme juridique globale”, qui en remettant en question le paradigme de l'État, il augmente également sa complexité avec une pluralité et une diversité de régimes juridiques concurrents et cependant applicables dans la régulation de certaines matières.

Dans ce contexte, la relation traditionnelle entre le droit comparé et le droit étranger perd de plus en plus de sens, dans certains domaines beaucoup plus que dans d'autres, et en tout cas se mêle à d'autres espaces de normativité.

Sur ces bases repose l'idée de penser le droit de manière ouverte, précisément “spatiale”, par rapport à des sujets et problèmes face auxquels la connaissance du droit se décline sur le mode interdisciplinaire, interculturel, internormatif et en plus holistique, impliquant des liens importants avec d'autres formes de connaissances, scientifiques et technologiques³¹, de même que humanistes et socioculturelles au sens large.

On peut donc conclure en soulignant l'idée que cette approche à la comparaison juridique est plus adaptée au défi de la complexité du monde d'aujourd'hui, face aux problèmes globaux – tel que l'environnement où les enjeux sont plus importants – auxquels le droit est appelé, non seulement comme technique normative et interprétation des règles, mais aussi comme institution et fonction de l'ordre sociale dans une dimension de plus en plus caractérisée par des phénomènes de pluralisme juridique (interaction) et même de transversalité du droit (interdépendance et interpénétration) en rapport avec des autres domaines normatifs et des formes de connaissance, technoscientifiques et culturelles.

Ce qui est particulièrement vrai aujourd'hui pour l'étude du droit comparé, et justement pour les juristes (surtout universitaires) comparatistes qui le pratiquent dans leurs bureaux, ou dans les salles de classe, ainsi que pour les étudiants et jeunes chercheurs intéressés par cette étude. Afin d'utiliser la comparaison aussi comme un outil pédagogique, visant à développer une attitude critique envers les catégorisations abstraites, les dichotomies rigides, en bref, contre les frontières qui divisent, bien conscient de l'importance de la diversité culturelle et du pluralisme juridique, mais comme un miroir où voir la valeur “cachée” ou, peut-on dire dans notre cas, la valeur “interne” de l'étude comparative du droit.

³¹ En particulier, on fait référence ici à la “trilogie hi-tech” de Big Data, IA (Intelligence Artificielle) et IoT (*Internet of Things*) liés entre eux pour façonner un monde dominé par l'homme à son tour entouré et de plus en plus dépendant d'un environnement artificiel.

Le strade della comparazione tra pubblico e privato. Uno sguardo alle origini*

Bernardo Sordi

Sommario: 1. Il successo del diritto (privato) comparato. – 2. Fortuna e limiti degli “atlanti” costituzionali. – 3. Steccati nazionali ed esigenze comparative nella “terra senza codice” dell’amministrazione. – 4. Le direttrici della comparazione e delle imitazioni.

1. Il successo del diritto (privato) comparato

Aprendo il Congresso internazionale di diritto comparato a Parigi, il 31 luglio 1900, Raymond Saleilles, con una certa enfasi e con un ottimismo probabilmente eccessivo, poteva considerare ormai esaurita la stagione della mera constatazione delle diversità legislative tra paesi «*d'une civilisation similaire*»¹. Il diritto comparato aveva già sviluppato un suo metodo e aveva delimitato un proprio, specifico, campo disciplinare; si era installato come strategico strumento di insegnamento di un diritto finalmente emancipatosi dalla mera esegesi dei testi normativi e restituito alla complessità dei suoi principi, teorie, sistemi, ma anche dei suoi risultati pratici e applicativi, alimentati, gli uni e gli altri, da circolazioni e da prestiti, ora volontari e consapevoli, ora più sotterranei, affidati alla storia, alle consuetudini, alle interpretazioni giudiziarie.

Così vivificato e sottratto alla meccanica e piatta contrapposizione di leggi e istituzioni appartenenti a diverse tradizioni nazionali, il diritto comparato diveniva lo strumento chiave per sottrarsi al soffocante legalismo delle regole codificate e per oltrepassare le barriere spaziali, sin qui insuperabili, della statualità, aprendosi ad una sorta di «*pénétration réciproque*»² e riscoprendo il diritto nella sua quotidiana vitalità.

* La mia prima prova scientifica, ormai diversi decenni fa, venne dedicata ad una rassegna di lavori sul diritto amministrativo dell'Italia liberale, in cui primeggiavano *Le concessioni amministrative* di Marco D'Alberti. Da quel momento il dialogo non si è mai interrotto. Queste riflessioni, sulle origini della comparazione scientifica, intendono essere un tributo ad un giurista dallo sguardo lungo, che ha sempre pensato al diritto come un universo non circoscrivibile ai ristretti confini nazionali e al semplice punto del vigente.

¹ R. Saleilles, *Rapport sur l'utilité, le but et le programme du congrès*, in Société de législation comparée, *Congrès international de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, LGDJ, 1905, p. 9.

² *Ibid.*, p. 13.

Allo sbocciare del nuovo secolo, la comparazione aveva dunque molti obiettivi al suo arco. Discendevano direttamente dalla sensazione di una definitiva apertura degli orizzonti, dalla consapevolezza di vivere in una società non più circoscritta ai confini nazionali, di assaporare una inedita globalità, su cui imperava certo il conflitto tra Stati colonizzatori e Stati colonizzati, ma con un solido fronte occidentale sul quale, al momento, non sembravano ancora incombere nubi troppo minacciose³.

Primeggiava, però, su tutti, l'obiettivo, strettamente operativo, di creare "*une sorte de droit commun de l'humanité civilisée*" o almeno – come si esprimeva Edouard Lambert, più scettico sull'effettiva raggiungibilità di un diritto universale – quello di estrarre, dall'apparente diversità delle legislazioni, «*le fond commun d'institutions et de conceptions qui y est latent*»⁴.

In entrambi i casi, la curiosità scientifica verso il pluralismo irridimibile dei tempi e degli spazi giuridici, recente acquisizione che scuoteva l'inveterato eurocentrismo del giurista ottocentesco, restava sullo sfondo, premessa remota eppure essenziale per dare avvio alla stessa comparazione, chiave di volta per una *Universalrechtsgeschichte* che da Henry Sumner Maine a John Henry Wigmore, da Frederick Pollock a Josef Kohler, riscopriva la lunghissima durata della linea e demitizzava la fallace certezza del punto.

Nell'ottimismo d'inizio secolo, al giurista sembrava però ormai soprattutto possibile avviare un lavoro costruttivo rivolto al futuro, un lavoro epocale, che Lambert, certamente il più attivo del gruppo degli organizzatori del convegno parigino, ancor prima della inaugurazione, nel 1920, dell'*Institut de droit comparé* di Lione, non esitava ad assimilare a quello fondativo svolto dai Loisel e dai Bourjon, di quei giuristi che agli albori della modernità giuridica, tra XVII e XVIII secolo, avevano sfruttato il ruolo pilota della *coutume* di Parigi, riuscendo a forgiare, dal magma dell'inestricabile pluralismo del reticolo consuetudinario medievale, *le droit commun de la France*: una unificazione descrittiva del diritto esistente, dal forte marchio dottrinale e non scevra di sovrapposizioni concettuali e sistematiche di provenienza romanistica⁵.

Il momento sembrava particolarmente propizio. L'entrata in vigore del BGB, il primo gennaio dello stesso 1900, su cui immediatamente si concentravano gli sforzi per una sua traduzione francese, confermava la forza della forma codice, materializzando un *tertium comparationis* ridondante di contenuti normativi, di definizioni, di impianti sistematici, di lì a poco confermato, nell'inarrestabile successo di quella forma, dal codice svizzero di Eugen Huber, nel 1907, e persino dal codice pio-benedettino, dieci anni più tardi.

Mettersi a costruire un *fond commun*, un «*dépôt des maximes communes*»⁶, impo-

³ Un efficace quadro di sintesi in C.S. Maier, *Leviathan 2.0. Inventing Modern Statehood*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2014, trad. di Luigi Giaccone, *Leviatano 2.0. La costruzione dello Stato moderno*, Torino, Einaudi, 2018, p. 92 ss.; 152-57; 192 ss.

⁴ E. Lambert, *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, in Société de législation comparée, *Congrès international de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, LGDJ, 1905, p. 38.

⁵ E. Lambert, *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé. Première Série, Le Régime successoral. Introduction. La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 1.

⁶ Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, cit., p. 916: «Il a pour rôle de dégager, de la confrontation des systèmes juridiques qu'il compare, le fond commun de conceptions et d'institutions qui y est latent; de rassembler ainsi un dépôt de maximes commun à ces législations et de l'enrichir constamment par des emprètements successifs sur le domaine du particularisme».

neva, certo, confinazioni e rinunce. L'inarrestabile curiosità del comparativismo storico, portato ad affrontare gli ordini giuridici più distanti gli uni dagli altri, qui necessariamente doveva circoscriversi alle "*civilisations analogues*", scartando i percorsi più dissonanti, pena l'impossibilità di raggiungere la desiderata armonia.

L'operazione, del resto, non era semplicemente quella di tracciare una diafana tavola di principi comuni. Si trattava di mettere in piedi, al contrario, un nuovo modo di avvicinamento all'ordine giuridico, carico di proiezioni nella stessa dimensione nazionale, finalmente depurata dall'immobilismo dell'esegesi. Allo scoccare del primo centenario del *Code civil*, era ormai tempo di sostituire, all'imbalsamazione del codice e alla "impotenza del legislatore", le dinamiche di un "*droit vivant*"⁷, il cui flusso evolutivo, più che nella tranquillizzante e immobile orditura del testo normativo in libri, capitoli, sezioni, scorreva in un formante giurisprudenziale ancora da scoprire nella sua incessante evoluzione.

A Parigi confinazioni disciplinari non erano state poste, salvaguardando anzi una finestra di una certa rilevanza da dedicare ai destini comparativi del governo parlamentare⁸ «*chez les différents peuples modernes*»⁹ e ai percorsi del costituzionalismo in terra nordamericana e latinoamericana. Ma era nelle cose che la comparazione, se declinata in particolare nell'ardente compito operativo immaginato da Saleilles e da Lambert, possedesse un'anima eminentemente privatistica¹⁰.

Proprio in questo campo, nell'ottimismo della *Belle Époque*¹¹, sembrava possibile raggiungere, tramite una interpretazione ragionata e un riavvicinamento delle diverse legislazioni, nella rispettosa osservanza della *summa divisio* tra Stati colonizzatori e colonizzati, «*la construction progressive et doctrinale d'un droit unitaire se formant par-dessus et au-delà des diversités juridiques particuliers*»¹², immaginata da Saleilles. È il diritto privato, quindi, il terreno di eccellenza del confronto e dei primi tentativi di uniformazione. Il continente sta dimostrando, proprio in questi anni, che una strada unitaria, convergente verso il codice, è stata raggiunta e che proprio qui, nel diritto privato e nel diritto commerciale, era dunque più facile scoprire «il fondo comune di

⁷ *Ibid.*, p. 28; p. 21.

⁸ Sui cui sviluppi italiani riferiva Vittorio Emanuele Orlando, la cui partecipazione al convegno era però funestata dal regicidio di Umberto I, il 29 luglio 1900.

⁹ Société de législation comparée, *Congrès international de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, LGDJ, 1905, p. 70. Ricostruisce lo scarso entusiasmo comparativo dei giuspubblicisti al congresso, G. Richard, *De la prudence à la critique: quelques avatars du modèle dans la comparaison des droits publics (fin du XIX^e-début du XX^e siècles)*, in *Clio@Themis*, 2017.

¹⁰ Una eccellente guida sul punto in C. Petit, *Una fotografia de 1924, o el radio variable de la comparación jurídica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2021, 1, p. 307 ss.

¹¹ Assai diversa l'atmosfera del primo dopoguerra, specialmente in Germania, in cui le codificazioni appaiono muri invalicabili e la comparazione strumento essenziale per recuperare una circolazione del pensiero giuridico tedesco compromessa dall'enfasi tributata dai giuristi alla *Allmacht des Staates*. Emblematico E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung* (1924), ora in Id. *Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, Mohr, 1967, pp. 1-21.

¹² R. Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in Société de législation comparée, *Congrès international de droit comparé*, cit., p. 181.

istituzioni e concetti, alla base delle diverse legislazioni»¹³. Qui, il motto iscritto nello stemma della Società di legislazione comparata, fondata a Parigi nel 1869 da Edouard de Laboulaye – *Lex multiplex. Universa Curiositas. Ius Unum*¹⁴ – risultava più direttamente applicabile.

Il diritto comparato, in questa prima declinazione scientifica, esprime le proprietà demitizzanti e le curiosità tipiche di un punto di osservazione di larga ampiezza e di lunga durata, ma è visto soprattutto come strumento unificante, per fissare un deposito di comuni valori, grazie ad uno scavo che non si arresti alla semplice giustapposizione dei testi normativi, ma penetri sin nella loro applicazione giurisprudenziale. La curiosità verso il pluralismo giuridico subito si piega e si converte nella ricerca di un serbatoio di soluzioni per il legislatore nazionale. Il raggio spaziale è perciò rigorosamente ristretto alle sole nazioni civili. I risultati sono attesi per il «solo ambito del diritto privato»¹⁵. Lo sguardo, per quanto tendenzialmente universale, tanto da spingersi per la prima volta, dalla prospettiva continentale, in profondità verso i paesi di *common law* o da avvicinarsi alla stessa realtà islamica, tende a concentrarsi sulle entità più direttamente comparabili e sui paesi accomunati dal processo di codificazione, confermando il solido “*ancrage national*” tipico del giurista tardo-ottocentesco¹⁶.

Al di là di questo cerchio ristretto la comparazione non si arresta. In particolare, nell’itinerario culturale di Lambert, questa conserva intatta la sua validità, candidandosi a divenire, ben oltre il panorama europeo, nella confluenza di storia e comparazione, una scienza fondamentale di studio del fenomeno giuridico e della sua evoluzione. Una scienza in cui il comparatista giurista, tutto proteso verso il presente, verso il compito di unificare concetti e istituti giuridici, lasciava il posto al comparatista storico, chiamato a segnare, magari con forte proiezione evoluzionistica, il percorso di sviluppo della vita giuridica.

Lo sguardo diacronico, nell’uno come nell’altro caso, pur avvertito come essenziale, rimane in ogni caso funzionale a un programma pensato e costruito, in primo luogo, per il diritto vigente, per il diritto vivente; la storia si converte in sociologia. La vera utilità della comparazione scientifica sembra altrove, proiettata su un progetto da realizzare e sulla ricerca di quel *fond commun* che finalmente unisca le nazioni civili. Proprio per questo, in una fase di consolidazione del proprio statuto fondativo, la comparazione utilizza angoli di osservazione che rifuggono dalle diversità; predilige il linguaggio del diritto privato; tende a concentrarsi sullo spazio europeo continentale, in cui si è propagato il movimento di codificazione dei diritti nazionali¹⁷.

¹³ M. Lambert, *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, cit., p. 38.

¹⁴ Va da sé che oggi «*the comparatist is not bound to do the same*»: R. Sacco, *One Hundred Years of Comparative Law*, in *Tulane Law Review*, 4, 2001, p. 1163.

¹⁵ M. Lambert, *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, cit., p. 38.

¹⁶ J.-L. Halperin, *Associations, réseaux et ambitions nationales des comparatistes de la fin du XIXe siècle à la Seconde Guerre mondiale*, in *Clio@Themis*, 2017.

¹⁷ «*Seule les droits, si profondément particularistes, de l’Angleterre et de l’Ecosse semblent devoir*

2. Fortuna e limiti degli "atlanti" costituzionali

All'inizio del Novecento, rinfancato dal successo europeo della forma codice, il cosmopolitismo giuridico conserva quindi il timbro inconfondibile del diritto privato e ancora convive con una marcata nazionalità del diritto pubblico: una nazionalità vissuta nella molteplicità dei diversi regimi costituzionali e nella corrispondente individualità delle diverse storie politiche, espressione di una tirannia territoriale che rigorosamente torna a circoscrivere gli ordini politici e i relativi ordini giuridici all'interno dei confini statuali.

Lo spiegava molto lucidamente Albert Venn Dicey in alcune lezioni americane tenute a Boston, alla fine dell'Ottocento, riscoperte qualche anno fa nelle sue carte di Oxford e da poco pubblicate da uno studioso inglese, John Allison, particolarmente attento al dialogo tra *common law* e tradizione europea continentale, che ne firma una densa *Editor's Introduction*¹⁸.

La stessa costituzione inglese – spiegava Dicey ai suoi studenti americani – doveva essere assegnata al rango delle *historical constitutions*, delle *unwritten constitutions*. Sul tavolo del giurista non c'era un testo da interpretare e commentare. C'era invece una secolare esperienza da decrittare e non lo si poteva fare se non attraverso la storia e la comparazione.

*History is comparison, though comparison need not be history.
The historical method is at its best an illustration of the comparative method*¹⁹.

Storia e comparazione erano supporti essenziali del lavoro del giurista di diritto pubblico, ma andavano ben maneggiati. Bisognava dunque tenersi alla larga da una storia che fosse mero antiquariato: inutile ingombro per il giurista. E, però, gli istituti cardine del diritto costituzionale inglese, il *King in Parliament*, il sistema rappresentativo, il rapporto tra Lords e Comuni, il suffragio, e, scendendo verso il rapporto autorità-libertà, la stessa *Rule of Law*, avevano bisogno di una serrata comparazione, ora diacronica, ora sincronica, per divenire diritto vivente.

Anche il cultore del diritto pubblico trovava dunque nella storia e nella comparazione orizzontale uno strumento essenziale per il proprio lavoro di interprete. Per comprendere il ruolo della monarchia inglese e per tracciare la forma di governo vigente nel Regno Unito il giurista doveva necessariamente rivolgersi da un lato alla storia, nella cui lunga durata si celavano i processi di confluenza e di differenziazione del *Constitutionalism: Ancient and Modern*²⁰. E doveva pure rivolgersi, dall'altro lato, alla comparazione.

Con qualche sorpresa, considerato il costume di radicato insularismo proprio del

échapper encore longtemps à ce phénomène: Lambert, *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, cit., p. 41.

¹⁸ J.W.F. Allison, *Editor's Introduction to Volume II*, in A.V. Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2019, pp. XI-XLVII.

¹⁹ A.V. Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2019, p. 5.

²⁰ Su cui, in sintesi, merita ancora ripercorrere la pagina introduttiva di Nicola Matteucci alla edizione italiana di C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990, pp. 7-17.

giurista inglese, per Dicey, non solo il governo presidenziale americano, ma persino il *monarchisches Prinzip* del Secondo Reich avrebbero, *per differentiam*, instradato il giurista. Lo stesso celebre conflitto costituzionale prussiano, tra il 1861 e il 1866, aveva riscosso un notevole interesse oltremontano. E il braccio di ferro tra Bismarck e il Reichstag non poteva essere sbrigativamente bollato come semplicemente *unconstitutional*. Bisognava capire invece l'equilibrio che questa battaglia senza vincitori né vinti (*drawn battle*) tra parlamento e governo, che aveva consolidato un *non parliamentary executive*, certo agli antipodi del modello inglese, aveva segnato nella distribuzione dei rispettivi poteri di legislativo ed esecutivo e non temere di raffigurarla anche prendendo a prestito analoghi conflitti emersi nel sistema presidenziale americano²¹.

Nonostante queste aperture intellettuali, tutt'altro che irrilevanti, verso il diritto degli altri, esisteva, tuttavia, una sostanziale differenza rispetto al civilista alla Saleilles e alla Lambert. Nell'universo costituzionale, così intrinsecamente plurale e così profondamente segnato dalle rispettive storie politiche, un *fond commun* non poteva costituire un obiettivo praticabile, neppure per il solo mondo civilizzato. Né le ingegnerie costituzionali, né i meccanismi di importazione più o meno artificiali di quello o quell'altro modello avrebbero garantito possibilità di successo. «*The very peculiar historical conditions*» che avevano consentito il radicamento e lo sviluppo della costituzione inglese, di una *responsive constitution* dotata di un radicato sentimento di attaccamento popolare e di continua rispondenza all'opinione pubblica, non potevano essere artificialmente soppiantate da meccanismi trapianti o da artificiosi innesti. Così come le forme presidenziali americane, espressione di un regime anche più democratico di quello inglese, pur oggetto di interessata attenzione da parte dei paesi latino americani, mai avrebbero potuto restituire i medesimi pregi a quelle diverse latitudini.

Non solo era dunque necessario procedere a complesse tassonomie dei diversi modelli costituzionali e delle rispettive forme di governo, ma occorreva soprattutto tener conto del fatto che non erano le forme o le norme, ma ben altrimenti la storia e la virtù civica a scandire i destini della costituzione: uno *spirit of institutions* che inevitabilmente separava, distingueva, invece di unire; addirittura contrapponeva, fosse stato questo il *military spirit* del costituzionalismo prussiano o il *civil administrative spirit*, inestricabilmente intrecciato al costituzionalismo francese.

Per un giurista dell'età vittoriana, come Dicey, così orgogliosamente consapevole dell'assoluta superiorità del modello inglese e del *legal turn of mind* pervicacemente costruito, per contrasto con l'universo continentale, nelle celebri pagine di *The Law of the Constitution* dedicate alla *Rule of Law*, la comparazione non era rivolta a ricercare prestiti dalle altre esperienze, non era comparazione alla ricerca di modelli da imitare. Rappresentava un oggettivo allargamento dell'orbita che poteva rendere più articolata e complessa la panoplia delle somiglianze e delle differenze. Rimaneva, tuttavia, soprattutto uno strumento conoscitivo, insieme alla storia, per appropriarsi sino in fondo dell'inimitabile spirito del diritto inglese.

Solo dopo il conflitto e grazie agli avvenimenti rivoluzionari che in tante parti di Europa, dalla Russia all'Austria, alla Germania, ne erano state le dirette conseguenze,

²¹ A.V. Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, cit., pp. 8-9.

sembrerà per un breve momento delinearla la possibilità che quel percorso di armoniosa convergenza potesse avviarsi anche in terreno pubblicistico, grazie al fiorire di un «*nouveau droit constitutionnel de l'Europe*» e di un comune processo di «*rationalisation du pouvoir*»²². Lo testimonierà nel 1928 lo sguardo ancora ottimistico di un esule russo di origine ucraina, trapiantato a Parigi nel 1920, Boris Mirkine-Guetzévitch, feroce critico degli esperimenti bolscevichi e autore di un atlante prezioso delle costituzioni della nuova Europa.

Quello di Mirkine-Guetzévitch era innanzitutto un utilissimo *recueil*, in grado di dar conto, grazie alla traduzione francese dei testi, cui aveva contribuito in modo determinante un giovane Charles Eisenmann, del prodigioso rinnovamento costituzionale del continente europeo nel primo dopoguerra: quei testi che, dalle realtà baltiche al fiorire delle nuove realtà statuali, sorte dalla disgregazione degli imperi dell'Europa centrale, sino alla Jugoslavia e alla Turchia, erano stati elaborati in rapida successione, al termine del conflitto, nel «*bouillonnement politique, nationale et social*»²³ che ne era derivato.

Quei testi, appunto, che accompagnavano i primi passi del continente verso lo Stato costituzionale, con la nascita di un nuovo «*droit public européen*» a scandire il cammino della democrazia, con l'allargamento del suffragio, il venir meno della Camera alta, il diffondersi di iniziativa legislativa popolare e referendum, ma anche i nuovi assetti federali della forma di Stato e i processi di giuridicizzazione del potere, con la diffusione di inediti sindacati di costituzionalità della legge, sullo sfondo dell'auspicato nuovo ordine internazionale sotto l'egida della Società delle nazioni²⁴ e soprattutto del primo radicarsi di una indivisibilità dei diritti scandita dall'imporsi nei fatti, ancor prima che nelle sedimentazioni teoriche, di un forte «*sens social du droit*»²⁵. Un ritratto potente delle modernizzazioni politiche in corso in quell'Europa degli anni Venti, in realtà ormai frastagliata e fragilissima, che stava già imboccando la parabola del totalitarismo delle «*dictatures modernes*» e del «*corporatisme illusoire*»²⁶, sprofondando in una nuova, drammatica, diaspora dei diversi destini nazionali.

3. Steccati nazionali ed esigenze comparative nella "terra senza codice" dell'amministrazione

L'amministrazione e il suo diritto a Parigi non erano stati contemplati. In un diritto amministrativo alle prese con le prime, grandi, trattazioni sistematiche e ancora in

²² B. Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Delagrave, 1928: un'opera che in dieci anni conosce ben dieci edizioni. Un profilo del personaggio in S. Pinon, *Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel*, in *Droits*, 2, 2007, p. 183 ss.

²³ B. Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, cit., p. 10.

²⁴ Esprime la stessa consapevolezza di una funzione essenziale della comparazione «*to a well grounded establishment of the League of Nations*», F. Cammeo, *The Present Value of Comparative Jurisprudence*, intervento al meeting annuale dell'American Bar Association, Cleveland, fine di agosto 1918, ripresa da Carlos Petit, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, p. 552 ss.

²⁵ B. Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, cit., p. 37.

²⁶ Id., *Corporatisme et démocratie*, in *Revue de métaphysique et de morale*, 4, 1935, pp. 585, 590.

mezzo al guado dell'epocale, delicatissimo, passaggio dalla *puissance* al *service*, la comparazione scientifica difficilmente poteva costituire il fulcro dell'attenzione dell'amministrativista e soprattutto del suo obiettivo operativo. Lo impediva una sorta di gelosia dei singoli sistemi nazionali, ancora calati nella stretta individualità della propria storia istituzionale, nella frammentarietà della legislazione di riferimento, nella giurisprudenza di organi di giustizia amministrativa, in molte realtà continentali, ancora in fase di assestamento.

Ad un primo sguardo, non poteva perciò essere l'universo amministrativo il terreno giuridico più propizio per lo sviluppo di un nuovo metodo scientifico di comparazione, ora nel tempo, verticalmente; ora nello spazio, orizzontalmente. E ancora pochi erano stati infatti i tentativi, in definitiva ancora rudimentali, a partire da quello francese di Anselme Batbie²⁷, o da quello americano di Frank Goodnow²⁸, per altro privi di immediati seguaci, di affrontare il tema ex professo, tracciando qualche linea comparativa di carattere generale. La stessa manualistica è avara di puntuali sguardi comparativi, con l'unica, parziale, eccezione della descrizione dei diversi modelli di giustizia amministrativa²⁹.

Eppure, l'amministrazione e il suo diritto, tanto ancora lontani da quella comparazione che iniziava ad essere praticata come autonoma disciplina scientifica nel campo del diritto privato o che proseguiva una giustapposizione di modelli costituzionali, quasi ininterrotta a partire dall'esperienza delle due grandi rivoluzioni settecentesche, vivevano – ormai da decenni – di un fitto dialogo oltre i confini.

Quella comparativa si era infatti rivelata, sin dai primi passi della disciplina, all'inizio del XIX secolo, una esigenza profonda di conoscenza, particolarmente avvertita in una "terra senza codice", ma priva pure dei grandi manifesti della codificazione costituzionale, qual è ancora oggi, ma soprattutto qual era in passato l'universo amministrativo. Una esigenza profonda di conoscenza che non poteva essere appagata, al contrario della dimensione civilistica, dalla semplice esegesi normativa, perché le leggi erano poche, ellittiche, spesso ermetiche, reticenti, infarcite di clausole generali dal contenuto indeterminato. Erano così la legge francese del 28 piovoso dell'anno VIII (17 febbraio 1800), concernente la divisione del territorio francese e l'amministrazione, pilastro essenziale – accanto al *Code civil* – di un ordine napoleonico che avrebbe fatto scuola nell'Europa dell'Ottocento; ma anche la successiva legge 24 maggio 1872 che all'avvento della Terza Repubblica consacrava l'avvenuta giurisdizionalizzazione del

²⁷ Di cui merita riportare integralmente il titolo: *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des Etats-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux Etats de l'Allemagne et de l'Espagne; la comparaison de nos institutions actuelles avec celle de la France avant 1789; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, Paris, Larose et Forcel, 1885-86. L'opera è attentamente contestualizzata da J.-L. Mestre, *France. The Vicissitudes of a Tradition*, in P. Cane, H.C.H. Hofman, E. Ip, P.L. Lindseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, OUP, 2021, pp. 28-30.

²⁸ F.J. Goodnow, *Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems National and Local, of United States, England, France and Germany*, New York and London, Putnam, 1893.

²⁹ V. E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1890, pp. 311-312, il breve paragrafo dedicato a "I vari ordinamenti positivi" della difesa giurisdizionale.

Conseil d'Etat. Così erano gli scarni principi della costituzione belga del 1831 che, in consapevole e deliberata antitesi al sistema francese, tracciavano le linee fondative di un sistema di giurisdizione unica ispirato ad un garantistico *régime judiciaire*. Così le clausole generali della nostra legge abolitiva del contenzioso (l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) o della legge del 1889 istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

Il giurista di diritto pubblico non poteva confinarsi in un metodo esclusivamente analitico-espositivo come quello fatto proprio, all'inizio dell'Ottocento, dagli esegeti del *Code civil*. In una terra senza codice come quella amministrativa, se non si voleva rimanere fermi al semplice repertorio delle leggi amministrative, non ce ne era la possibilità.

E infatti, lessico e linguaggi, assetti disciplinari e costruzioni dottrinali, sino alla potente aspirazione sistematica di fine Ottocento, rifluita verso una convergente elaborazione di principi generali ad opera di una dottrina a forte base europea³⁰, si alimentavano di questo complesso interscambio e soprattutto di una estesa circolarità di parole d'ordine, di modelli argomentativi, di disegni politici, dal *Rechtsstaat* alla *Rule of Law*, dalla giustizia amministrativa al *selfgovernment*.

Lo stesso "racconto" del *Rechtsstaat* – lo dimostrava un celeberrimo capitolo di Otto Mayer – passava attraverso una consapevole autorappresentazione delle peculiari «fasi storiche di sviluppo» (*geschichtliche Entwicklungsstufen*) che avevano visto la modernità abbandonare l'antico *Stato di giustizia* per lo *Stato di polizia* e che vedeva ora invece il giurista tardo ottocentesco all'opera per la costruzione del moderno *Stato di diritto*. Il giurista si era così fabbricato un proprio modello di comparazione verticale, di interpretazione del percorso storico, che scandisse il succedersi delle diverse tipologie statuali e potesse risultare funzionale al compito costruttivo del presente.

Anche l'amministrativista, dunque, da tempo si collocava sulla linea; così come dischiudeva il proprio orizzonte nello spazio del presente. In una parola, comparava, ma ancora di più dialogava, ibridava, recepiva, traduceva.

Nessuna omologazione, certo. Nessun trapianto meccanico. Le nazionalità restano invalicabili, così come resiste la forte individualità dei singoli sistemi di giustizia amministrativa.

Restano anche le gerarchie. E non sorprende che il battistrada dell'intero modello continentale, si sentisse particolarmente orgoglioso e consapevole della propria autosufficienza, nonostante il *droit administratif* fosse, all'inizio, poco più di una raccolta esegetica di sparse leggi amministrative. Ma, nel prosieguo, quel diritto amministrativo si era fatto scienza e si era sviluppato attraverso un "*chœur à deux voix*", un contrappunto continuo ed intenso tra giurisprudenza e scienza giuridica³¹. Quando nel corso degli anni Cinquanta proprio Rivero inizia a coltivare i primi concreti interessi scientifici della comparazione amministrativa³², si deve riconoscere che gli amministrativisti

³⁰ Per questa prospettiva, si può vedere quanto scriviamo in B. Sordi, *Sur la valeur normative de la doctrine juridique dans le système administratif*, in *Droits*, 2, 2014, spec. p. 169 ss.

³¹ J. Rivero, *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"*, in *Recueil Dalloz*, 1951, p. 23.

³² J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, Paris, Les Cours de Droit, 1957; Id., *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, in *La Société de législation comparée, Livre du Centenaire de la Société de législation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969), Les apports du droit comparé au droit positif français*, Paris, LGDJ, 1969, p. 199 ss.

francesi avevano per lo più ignorato il resto del mondo, malgrado gli sforzi di Gaston Jèze e di Henry Berthélemy di far confluire, all'inizio del Novecento, in una *Bibliothèque de droit public* particolarmente aperta e curiosa, le versioni francesi delle opere di Dicey, appunto, ma anche di Otto Mayer, Paul Laband, Frank Goodnow, Woodrow Wilson, James Bryce, Alpheus Todd.

La Francia era ricca di modelli da esportare, a partire dallo stesso *Conseil d'Etat*, nel suo carattere composito di organo consultivo e di giurisdizione collaterale all'amministrazione. Cui subito si aggiungevano gli istituti cardine di quel regime amministrativo: il *détournement de pouvoir*, la *décision exécutoire*, l'*établissement public*, il *service public* ... Modelli da esportare come lo erano stati prima tanti altri frutti della Rivoluzione e della sedimentazione napoleonica, il *Code civil*, la piramide giudiziaria, la Cassazione e così via.

Forte dell'impianto rivoluzionario-napoleonico e di una straordinaria giurisprudenza pretoria del *Conseil d'Etat*, la Francia in campo amministrativo non era molto disponibile ad aprire spazi a trapianti e recezioni. Né nei confronti dell'Inghilterra, tanto che lo stesso Dicey, nella prefazione all'edizione francese doveva correggere il suo giudizio sul *droit administratif* definendolo «*création remarquable et originale du génie français*»³³ e riconoscendone l'importante evoluzione dagli scritti di Tocqueville da cui aveva preso le mosse; tanto nei confronti della Germania, di cui non poteva essere certo dimenticata l'onta di Sedan. E se Mayer in grazia delle proprie competenze linguistiche, traducendosi da solo il suo *Deutsches Verwaltungsrecht*, faceva la sua comparsa nella *Bibliothèque de droit public*, doveva esser chiaro che una distanza siderale separava il diritto francese dal diritto amministrativo tedesco, ancora prigioniero di una veste autoritaria incompatibile con la *République*, come confermava Henry Berthélemy in una prefazione tanto celebre, quanto di inaudita durezza. Cui Mayer rispondeva, ironizzando sulle accuse ricevute in patria di "francesizzazione forzata" e ribadendo il carattere prettamente "germanico" del proprio lavoro³⁴.

La situazione è ovviamente tutt'altra in paesi dalla contrastata indipendenza come il Belgio e l'Italia.

Quando il Belgio nasce, da un atto rivoluzionario, nel 1830 fa sì un lavoro di attenta comparazione con la tradizione francese e olandese, ma per fissare un contro modello, per costruire una propria declinazione di liberalismo costituzionale: un *régime judiciaire* che – in una precisa e consapevole presa di distanza dalla Francia – esclude in radice garanzia amministrativa e *Conseil d'Etat*, proclama la giurisdizione unica, affida alla Cassazione il compito di dirimere i conflitti di attribuzione.

Quando il *Conseil d'Etat* nascerà in Belgio, nel 1946, il contesto storico sarà com-

³³ A.V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, trad. A. Batut, G. Jèze, Paris, Giard et Brière, 1902, pp. XXX-XXXII. Una traduzione che comunque invece di riavvicinare i due modelli, diventa l'occasione per una loro ancor più rigida contrapposizione: S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, ora in Id., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 42 ss. Anche in questo caso, occorre attendere il primo dopoguerra per un primo, significativo, avvicinamento: F.J. Port, *Administrative Law*, London-New York-Toronto, Longmans, Green, 1929, pp. 296 ss.; 327 ss.

³⁴ H. Berthélemy, *Préface*, in O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, Paris, Giard et Brière, 1903, p. I-XI; O. Mayer, *Préface de l'édition française*, *ibid.*, pp. XIII-XV.

pletamente mutato, determinando un profondo *décalage* temporale rispetto alla esperienza francese e alla stessa esperienza italiana. Con effetti di differenziazione tutt'ora persistenti³⁵.

In Italia il quadro è ancora diverso. Il Consiglio di Stato nasce in Piemonte nello stesso anno della costituzione belga del 1831, ma ben lontano da quel costituzionalismo liberale ed immerso al contrario in una rigida monarchia amministrativa. È creatura albertina. Accompagnerà con il suo Consiglio, persino l'emanazione dello statuto nel 1848. E al Consiglio di Stato sarà dedicato uno degli allegati delle leggi amministrative di unificazione nel 1865, l'all. D.

Nella penisola, dunque, il quadro determinato da comparazione e trapianti possiede tratti di spiccata individualità. L'eclittismo tipico del pensiero giuridico italiano dell'Ottocento è avido di modelli stranieri. Coltiva con attenzione interessata il confronto con quei modelli e la loro importazione. La vicenda abolitiva del contenzioso, nel 1865, ne è un simbolo, con un legislatore, Pasquale Stanislao Mancini su tutti, che al modello belga guarda con convinzione profonda. Eppure, l'eterogenesi dei fini è evidente e si finisce per introdurre un sistema di giurisdizione unica ben diverso da quello di Bruxelles, con un Consiglio di Stato che non solo trova confermato un piccolo, significativo, pacchetto di giurisdizione propria, ma che in prima battuta si vede persino assegnato il compito di risolvere i conflitti di attribuzione, determinando così il perimetro della giurisdizione del giudice ordinario, nel momento chiave di prima applicazione della riforma abolitiva, tra il 1865 e il 1877.

Così come ne è un simbolo il prosieguo, con l'improvvisa e radicale virata, sin dalla seconda metà degli anni Settanta, verso un inedito germanismo amministrativo e il prevalere al contrario di una soluzione interna, la Quarta sezione, che rende compatibile il vecchio disegno crispino con lo spaventiano «io non vi dico d'imitar la Germania».

Quasi una conferma della tesi negazionista di Pierre Legrand, secondo cui *rules cannot travel*³⁶. O, almeno, la constatazione che il trapianto non è mai meccanico, e la sua radicazione nell'ordinamento di destinazione avviene sempre attraverso un processo di “translation”, di vera e propria traduzione, secondo la convincente raffigurazione di François Ost: una traduzione che, in quanto tale, crea nuove composizioni originali e integrazioni di tipo ibrido³⁷.

4. Le direttrici della comparazione e delle imitazioni

Neppure i modelli ottocenteschi si sviluppano quindi per compartimenti stagni. Presentano al contrario confini assai porosi alla reciproca integrazione normativa. Il legislatore nazionale, nonostante la costruzione del sistema degli Stati, continua a guardare

³⁵ Come dimostra il recente volume di D. Renders, B. Gors, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Larcier, 2020.

³⁶ P. Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 1997, p. 114.

³⁷ F. Ost, *Law as Translation*, in M. Adams, D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford-Portland, Hart, 2014, p. 69 ss.; pp. 84-86.

«*over the hedge*»³⁸. Già nel XIX secolo si radica la pratica della legislazione comparata pensata come «*outil de la légistique*»³⁹, come serbatoio di soluzioni concrete in cui i diversi legislatori possono liberamente pescare. Ma parallelamente si rafforzano anche un interesse e una cultura comparativa diffusa, che vivono e si alimentano di carteggi⁴⁰, di riviste, di traduzioni e recensioni incrociate, di “biblioteche” ed enciclopedie di divulgazione, di ricerche erudite e profonde sul diritto e sulla storia degli “altri”⁴¹ e poi, appunto, di congressi e di progetti organizzativi⁴².

Si consolidano, nel pubblico, come nel privato, anche i fenomeni di convergenza⁴³, resi palesi dalla circostanza che le grandi storie del diritto, sull’uno e sull’altro corno della *summa divisio*, accompagnando e assecondando la costruzione della società borghese e quindi dello Stato di diritto e della *Rule of Law*, sono storie integralmente europee.

Il fenomeno comparativo si muove però ancora per cerchi di diametro predefinito, che non valicano mai il confine del ristretto club delle nazioni civili. Solo per gli Stati colonizzatori si aprono le prospettive del dialogo e dei prestiti reciproci. Subito oltre quel confine si erge una frattura epocale, che sembra ancora immersa in *the early history of society*: una frattura che enfatizza i dislivelli di civiltà e impedisce le sincronie. Anche in questa direzione, insieme arcaica e contemporanea, il positivismo imperante spinge le proprie curiosità, addentrandosi verso il primitivo, coltivando forme di paleontologia o di etnologia giuridica che contribuiscono sì a relativizzare il radicato eurocentrismo, ma che regimando in modo drastico il meccanismo dei prestiti e delle circolazioni, restano prive di incidenza sui sistemi positivi dei paesi occidentali. Diritto comparato e diritto coloniale⁴⁴, universalismo e imperialismo possono pacificamente coesistere⁴⁵.

La comparazione non è neppure paritaria e biunivoca. Segue e dipende invece da direttrici di penetrazione e influenza segnate da precise egemonie politiche e culturali.

³⁸ Ibidem, p. 75.

³⁹ J.J. Bienvenu, *Une brève histoire du droit public comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2, 2015, p. 296; S. Soleil, *Pourquoi comparait-on les droits au XIX^e siècle?* in *Clio@Themis*, 2017.

⁴⁰ Ne ricordiamo due, per la loro stretta attinenza alle vicende e ai protagonisti qui trattati: E.J. Hahn (hrsg.), *Briefwechsel Karl Josef Anton Mittermaier Rudolf von Gneist*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000; A. Aragoneses (hrsg.), *Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007.

⁴¹ In cui ancora una volta – basti pensare a Lorenz von Stein e Rudolf von Gneist – sono sempre Francia e Inghilterra a calamitare le attenzioni.

⁴² Non è possibile darne conto in dettaglio in questa sede. Ci limitiamo a ricordare, per l’importanza della iniziativa editoriale e per l’ampiezza di sguardo, la *Biblioteca di scienze politiche* diretta da Attilio Brunialti, edita in tre serie distinte dal 1884 al 1925 dall’Unione Tipografica Editrice di Torino.

⁴³ Un’interessante visione *bottom-up* di convergenze e divergenze nei diritti amministrativi europei di fine Ottocento, in G. Della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un’introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

⁴⁴ È il caso inglese, in cui la prima spinta alla comparazione, nel XIX secolo, nasce dall’esigenza del Privy Council, come Corte suprema dell’Impero, di applicare un numero considerevole di diritti stranieri: W. Hug, *The History of Comparative Law*, in *Harvard Law Review*, 45, 1932, p. 1064.

⁴⁵ M. Koskeniemi, V. Kari, *A more elevated Patriotism. The Emergence of International and Comparative Law (Nineteenth Century)*, in H. Pihlajamäki, M.D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, OUP, 2018, p. 989; G. Frankenberg, *Critical Histories of Comparative Law*, in M.D. Dubber, C. Tomlins (eds.), *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford, OUP, 2018, p. 49.

Anche prescindendo dal flusso unidirezionale, di tipo assimilativo, che muove dai paesi colonizzatori verso quelli colonizzati, già nel novero dei primi la comparazione divide i paesi di esportazione da quelli di recezione. Fissa pure delle precise graduatorie tra i diversi universi linguistici, malgrado i rilevanti, reciproci, processi – che dovremmo riuscire a quantificare con maggior precisione – di circolazione e di traduzione tra le principali lingue di esportazione del giuridico, il francese, l'inglese, il tedesco. Avvia trapianti destinati a produrre, nei diversi organismi in cui prendono vita, fenomeni nuovi e nuovi risultati istituzionali. Eppure, contemporaneamente, fissa delle barriere – l'influenza del pensiero di Dicey nel mondo anglo-americano ne è forse l'esempio più emblematico – talmente pronunciate da incidere non solo sugli assetti istituzionali, ma anche sugli stessi lessici giuridici e sulla circolazione dei principi generali.

L'affascinante pluralità delle storie, sullo sfondo di un groviglio di forti rivalità nazionali⁴⁶, ma anche di una *global history* che sempre di più condivide vicende, conflitti, cicli economici, trasformazioni sociali, nasce da qui: dal radicarsi, anche a livello universitario, di culture giuridiche che si modellano ormai secondo precisi confini legislativi nazionali, attentamente presidiati dalle sovranità statuali e legittimati ora anche da “storie” e filosofie giuridiche di forte timbro nazionale. Eppure animati da una circolazione e da un dialogo a tratti impetuosi, spesso capillarmente condivisi – seppur sensibilissimi al mutare del clima politico internazionale⁴⁷ –, e parallelamente dal diffondersi di più lente, più sotterranee, ma spesso più effettive operazioni di trapianto istituzionale, con i risultati di “traduzione” e di adattamento sopra descritti.

⁴⁶ J.L. Halperin, *Associations, réseaux et ambitions nationales des comparatistes*, cit.

⁴⁷ Significativi l'immediato, improvviso, ostracismo nei confronti della cultura tedesca che si manifesta in Francia allo scoppio del primo conflitto mondiale e i contemporanei turbamenti del consolidato germanismo degli intellettuali italiani. Cfr. rispettivamente, J.M. Blanquer, M. Milet, *L'invention de l'Etat. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 239 ss.; G. Cianferotti, *1914. Le università italiane e la Germania*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 111 ss.

A tale of two cities *

Spyridon Flogaitis

The fourth and the fifth centuries AD marked an important turn in the History of Humankind with the rise of Constantine the Great to the throne of the Roman Empire and the barbaric invasions as leading events.

1. Constantine was born in Northern Europe in times when the Roman Empire was governed under a system of Tetrarchy.¹ It had been a long time since the Empire was under the leadership of one man and his establishment, because it had expanded almost all over the Mediterranean and beyond and, lacking a central, hierarchical administration, able to support the will of the Emperor across all territories, it was unable to face the challenges without having more than one centers of power.

When he was acclaimed by the army to the throne of his father, he decided to reunite power in his name and eventually, in order to obtain the enthusiasm of his soldiers but at the same time offer a new vision to his experiment, he combined his struggle with the rise of Christianity and raised it to an important element of his Rule.

Having finished the battles of power with the co-Emperors, he took a realistic decision, to offer a new capital city to the newly reunited Empire, this time on the shore of

* This study borrows the title of the famous novel of Charles Dickens on purpose, because strangely enough the History of Humankind has been for about seven centuries a Tale of Two Cities, Constantinople and Venice. This study does not intend to be a complete historical essay full of events and references, but a comprehensive approach of historical events which need to be seen globally, if one wants to understand what truly happened and how those cities contributed into promoting Modern Civilization. The bibliography about Constantinople and/or Venice is endless, although studies are still needed to develop aspects of the theme examined in this essay. As for the importance of the Roman Empire of Constantinople with the West, see the following publications, based on international conferences designed exactly on that purpose: S. Flogaitis, A. Pantélis (eds.), *The Eastern Roman Empire and the Birth of the Idea of State in Europe / L'Empire romain d'Orient et la genèse de l'idée d'Etat en Europe*, European Public Law Series, Londra, Esperia publications, 2005; N. Giantsi, S. Flogaitis (eds.), *The Presence and Contribution of the (Eastern) Roman Empire in the Formation of Europe / La présence et la contribution de l'Empire Romain (d'Orient) à la formation de l'Europe*, European Public Law Series, , Atene, European Public Law Organization, 2019.

¹ Tetrarchy is the term adopted to describe the system of government of the ancient Roman Empire instituted by Roman Emperor Diocletian in 293. The government of the Empire was divided between the two senior emperors, the *augusti*, and their juniors and designated successors, the *caesares*. Ultimately the tetrarchic system lasted until c. 324, when Licinius resigned as *augustus* after losing the Battle of Chrysopolis, leaving Constantine in control of the entire Empire.

Bosporus, by transforming the pre-existed small town of Byzantium into his New Rome. The town merited its new name, as Constantine built a city as a political replica of Rome and, among others, relocated there part of the population of Rome, at least the upper strata of society and power.

The foundation of New Rome as the only center of the world, the town of the Emperor who, by becoming Christian proclaimed himself as the representative of God on earth, marked necessarily the gradual decline of the true Rome of the Italian peninsula. That decline became more flagrant after the looting of the city by the barbarians of Odoacer² and the establishment of the center of power of the latter in Ravenna.³ As a matter of fact, despite the destruction of Rome, the Empire continued in a strange way to be present in Italy, because, as soon as Odoacer secured his Rule, he sent the signals of imperial power which he took from Romulus Augustulus to the Emperor in Constantinople as belonging to him and asked to be recognized as ruling the territories in the name of the Roman Emperor of Constantinople and become one of the patricians of the Throne, which was indeed granted to him.

2. The invasion of the Lombards in Italy gave birth to another city which would someday in the future mark the History of Humankind, Venice. Following the writings of the Venetian historians, the noble families of the surrounding territories fled the barbarian invasions and seeking freedom found security on the islands of the lagoon of upper Adriatic, where they started getting organized in a city. That city proclaimed itself faithful to the Roman Empire and asked for and was given the protection of the Roman Emperor.⁴ A fantastic tale was about to start.

3. The new city started gradually getting organized with institutions, elected a *Sindaco*, and, having problems with developing a land that they did not have, they oriented themselves to the seas and commerce. In so doing, they enjoyed the protection of New Rome, Constantinople, as they were part of the Empire and with time they proved themselves capable of prospering because of the misfortunes of the imperial administration.

The opportunity was offered with the presence of the new religion, Islam, in the Eastern Mediterranean, and all the negative results that it had for the navigation. The Imperial float was in continuous danger as the Muslim piracy became a continuous threat. Egypt and Syria fell in the hands of Muslim administration, with the cutting of Constantinople from the wheat of those vast territories as an inevitable result. Wheat was important for New Rome, because, among others, following the tradition of Rome,

² Flavius Odoacer (c. 431-493 A.D.), also known as Odovacer or Odovacar (Odoakros).

³ Ravenna was the capital city of the Western part of the Roman Empire from 402 until it collapsed in 476. It then served as the capital of the Ostrogothic Kingdom until it was re-conquered in 540 by the Roman Empire of Constantinople. Afterwards, the city formed the center of the Roman Exarchate of Ravenna until the invasion of the Lombards in 751.

⁴ There is extensive literature on those events. See among many S. Flogaitis, *Système vénitien de successions ab intestat et structures familiales dans les îles ioniennes*, Genève, Paris, Droz (Hautes Etudes Médiévales et Modernes), 1980.

the Imperial administration was customarily feeding the populace of the town with the daily bread; instead of producing it in the imperial lands of Egypt and Syria, now they had to buy it at prices fixed by antagonistic powers.

The Venetians, along with other nautical cities of the Italian peninsula, proved themselves capable to fill the gap created in navigation and commerce in the Eastern Mediterranean and, being part of the Empire, they were largely used for their services and obtained commercial privileges in return. Gradually, after the 7th and 8th centuries they became one of the most important commercial powers of the Roman world and the Mediterranean.

In the meantime, Rome started coming up again, this time thanks to the policies of the Pope, who found the way to attract the protection of the Frankish Kings by offering them Roman legitimacy, this time in antagonism with New Rome, Constantinople. The Schism of 1054 marked this evolution of emancipation of the western territories from the Roman Emperor of Constantinople, whom the Pope started disrespectfully calling Greek Basileus.

4. The 11th century was characterized by all sorts of Frankish invasions in the territories of the Roman Empire of Constantinople, with the Crusades, which eventually led to the fall of Constantinople and the Empire in 1204, as a corollary.

The 4th Crusade was largely designed to serve the emancipation of Venice from Constantinople. Enrico Dandolo, Doge at the best times of his career, had apart from State reasons also a personal hate to Constantinople and its people. He had passed part of his youth there and got the impression that he was personally undermined, maltreated; allegedly because he had lost his vision in a fight.⁵

According to the deal with the Crusaders, Venice took the 1/4th of the Imperial territories, mainly Crete, islands and important places for the building up of its new nautical empire in the Eastern Mediterranean. The beloved daughter of Constantinople had devoured its mother for taking its place in the world. The Roman Empire of Constantinople was destroyed by the city which developed thanks to the former's protection and support.

The looting of Constantinople is known to the many because of the pieces of art which were stolen and transferred to the West, where they still remind of what the West did to the East in those days. However, the looting of Constantinople is in many ways the starting point of the upcoming civilization and economic progress of Western

⁵ Enrico Dandolo, (c. 1107 – May 1205) was the 41st Doge of Venice from 1192 until his death. The commonly given birth year of c. 1107 is based on the account of Marino Sanuto the Younger (1466 – 1536) three centuries later, who stated that Dandolo was eighty-five when he assumed the throne. It is not known for certain when and how Dandolo became blind; his eyes were anyway intact without however the possibility to see anything. Dandolo died in Constantinople in 1205 and was buried in the vestibule of the church of Sta. Sophia in a marble tomb, on top of which was sculptured the doge's cap and the coat of arms of St. Mark's. When the Greeks took the City back in 1262, the hate towards him was so tense that the mob wanted to throw his remains out, but finally it was decided to honor the deceased. The tomb was probably destroyed when Sta. Sophia was converted to a mosque after the conquest by the Ottomans in 1453. Enrico Dandolo left a great legacy of reformer, in the economy but also and perhaps more decisively in the constitutional and civil law advancement of Venice and its society.

Europe. Immediately after the Conquest Universities start proliferating around Europe, following the example of the University of Constantinople, entire new economic activities have been rerouted in the West, like for example the silk production which was up to then state monopoly and state secret in the Roman Empire of Constantinople, while it has been documented that entire sectors like for example the art of building stone houses, were transferred to the West along with the masons themselves, etc. The most important part of the looting was all the same the looting of the intellectual capacity of the Empire. *Ex oriente lux*.

5. The restored Roman Empire in 1262, when Manuel Paleologus conquered the city of Constantinople back from its Frankish rulers, was only the phantom of a glorious past, which would, sooner or later, die, as it gradually did, with the fall of the City to the Ottomans in 1453 as the last act.

The irony of History is that Venice did a lot to save the Empire, which Venice itself had mutilated. With the most and best territories of the ancient Greek land governed by Venice, it was impossible for the Empire to survive. And yet, although Venice never sent the pledged forces to defend efficiently Constantinople in the final siege of April-May 1453, it was only Venice among the powers of the West which took the risk to be part of the defence of the City. They were accused by the Greeks that they were defending the City for themselves rather than for the Emperor, but all the same they were there and fought desperately to keep the City in Christian hands, while the Genoats who were occupying in self-administration the quarters of Pera, declared neutrality hoping for the clemency of the Sultan.

Eventually, it was the Venetians again who saved the Italian territories from the Ottomans, who continued their crusade after the fall of Constantinople westwards.

6. The new relationship between the two cities did not however start with the common struggle on the walls of Constantinople against the attacking Ottomans. Strangely enough, it had already started in the years after 1204.

The interconnection of the two worlds, the Eastern Hellenic and the Western Latin, had never stopped despite the barbaric invasions and the fall of the western territories to new Rulers. The South of the Italian peninsula was reconquered by Justinian although the Exarchate of Italy was governed this time not from Rome but from Ravenna. The Roman Empire of Constantinople left definitely Italy only as late as 1071 with the fall of Bari to the Normans. It is also to be remembered that, with the arrangements agreed upon between the Roman Catholic Church and the Orthodox Patriarchate of Constantinople after 1054, the Southern populations of Italy could continue practicing the Orthodox rituals although this time under the authority of the Pope as part of his Church.

Most importantly, with the progression of the Ottomans in the Empire, many Greeks, especially of the upper strata of society, started fleeing to Italy, and Venice or the Venetian territories of the Greek peninsula were their most natural destination. Constantinople and other important cities of the Empire saw its populations abandoning the land of their origins to seek liberty.

In fact, going to Venetian territories was not perceived as foreign domination, be-

cause in the times of the Empires, nationality was not of importance; what was important was religion, belonging in other words to the Christian *genus*. As a matter of fact, Christianity introduced since its early times the importance of being part of the people of Jesus Christ, with no importance for what concerns nationality, copying that way the very principle on which Judaism is based, *i.e.* being part of the chosen people. After all, the most of the Venetian soil was historic Greek land.

The most important destination of the fleeing Greeks was Crete, which became Venetian territory in 1204 and remained under Venetian rule up to 1669.⁶ Crete was for a long period of time the place of co-existence and interaction of two civilizations, the Greek and the Latin; the first at its best levels ever and the second uprising and ready to absorb all the knowledge of the East.

Crete, Peloponnese, Euboea, the Ionian islands, Cyprus, and of course Venice, became objectively the land of birth of a new civilization, what later was known and acknowledged as Renaissance.

The cathedral church of Saint Marc is an architectural replica of the Church of the Saint Apostols of Constantinople, a glorious Church because it was there where all the Emperors were buried, while it is full of Byzantine art and ornaments.

The Greeks were welcome in Venice, also because Venice was clever enough not to exercise religious persecution on the Orthodox Church. Following the practices of Constantinople, they introduced rules of control over the Orthodox Church in their territories, fearing after all the power of the Sultan over the Ecumenical Patriarch of Constantinople, but they did not ask or oblige anyone to adopt Catholicism.

The Venetians maintained the Rule of Law on their territories and promoted the prosperity and education of the local populations as much as they did for the Venetians themselves. The Greeks studied in their Universities, especially Padova, they acquired wealth and recognition, as the Giardini Papadopoli witness in today's Venice. Doménico Theotocopoulos⁷ studied firstly in Crete and then in Venice itself before he found his way to Spain.

This allowed the Greeks who had lost their political autonomy of the late Roman Empire and lived into a new kind of political autonomy in the Venetian Empire, to survive, prosper and get educated.

Education allowed the Greeks of the Venice-ruled territories first of all to be integral part of the new era, the Renaissance, the rebirth of the letters in the West from the ashes of the letters in the East. It helped them secondly to get organized in society according to the new societal realities developed in the West, societies which would preserve the Greek identity and would promote the idea of the rebirth of the Greek nation when the era of the nations would come.

⁶ After a long campaign (1645-1669), Crete, Venice's last possession in the Eastern Mediterranean, fell to the Turks.

⁷ Doménikos Theotokópoulos, (born 1541, Candia [Iraklion], Crete, and died on 7 April 1614, in Toledo, Spain), also known as El Greco. He never forgot that he was of Greek descent and usually signed his paintings in Greek letters with his full name, Δομήνικος Θεοτοκόπουλος. The exact year in which he went to Venice is not known; but it is estimated that this was anywhere from 1560, when he was 19, to 1566. In Venice he entered the studio of Titian.

In order to understand the importance of the Venetian rule on Greek territories in those days, one needs to take into consideration the situation of ignorance and subjugation of the rest of the Greeks living on Ottoman-occupied territories.

7. When the time came for the Greeks to successfully request their Freedom in 1821, the Venetian empire did not exist anymore. It was destroyed by the Treaty of Campo-Formio of 1797, after a long decline which had lasted at least two centuries.

However, the Ionian islands had remained Venetian till the end, while other Venetian-Greek territories had fallen to the Ottomans. The Islanders of the Ionian sea followed the fate of the other European nations of the time, and in 1800 the first Greek State was established on the Ionian islands, the Eptanesian Republic, which again was succeeded by the United States of the Seven Ionian Islands, created by decision of the Conferences of Vienna and Paris in 1815 as an independent State under the protection of the British Crown.

There was now on Greek soil a State and a society, which, after more than 8 centuries of dislocation of the political forces of the nation among all sorts of domination and Rulers, well organized and educated as they were, they could promote, support and contribute to the Rebirth of the Nation all over the ancestral land.

8. Constantinople helped Venice to be established, develop, prosper and become stronger and stronger, until it had to be destroyed by its creation. Venice destroyed Constantinople and took profit from its destruction but at the same time it did not forget to allow the Greeks of their territories to develop, prosper and become stronger and stronger through production, commerce and education; it thus conditioned the Rebirth of the Nation when the time for the nations came.

A tale of two cities, a strange dialogue which marked the History of Humankind, Constantinople and Venice.

Il Consiglio di Stato: una prospettiva comparata*

Giacinto della Cananea

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Retrospectiva. – 2.1. Idealtipi e prototipi. – 2.2. Dal modello belga a quello francese? – 2.3. Una giustizia amministrativa ‘europea’ (1890-1910). – 3. Sistemática. – 3.1. Il Consiglio di Stato, protettore dei diritti o dell’amministrazione? – 3.2. L’ampliamento iterativo della giurisdizione esclusiva. – 3.3. Il Consiglio di Stato, giudice dell’Unione europea. – 4. Problemática. – 4.1. Il ruolo del Consiglio di Stato in un debole sistema politico-amministrativo. – 4.2. Una scelta da giustificare: i consiglieri di Stato di nomina governativa. – 4.3. Verso un’egemonia del giudice della giurisdizione? – 5. Un’evoluzione all’interno delle tradizioni costituzionali comuni.

1. Introduzione

È vero, come Maurice Hauriou ha sostenuto in un celebre scritto, che il diritto amministrativo non è nato per editto di un sovrano, bensì dalla pratica quotidiana dei ministeri e degli apparati degli enti locali, man mano che sono aumentate le funzioni assunte dai poteri pubblici¹. Poiché la pratica ha una sua tendenza a seguire una logica interna all’amministrazione, al suo modo d’intendere il pubblico interesse e di realizzarlo, ai fini della formazione del diritto amministrativo ha assunto un’importanza fondamentale l’esistenza, da un lato, di qualche principio di legge o consuetudinario e, dall’altro, di istituzioni chiamate ad assicurarne l’osservanza, in rapporto agli interessi vantati dai cittadini o alle loro

* Relazione all’incontro di studio organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Firenze “Tre Consigli di Stato. Comparando le istituzioni della giustizia amministrativa: la Francia, il Belgio, l’Italia”, 3 maggio 2021. Ringrazio Filippo Patroni Griffi e Simone Torricelli per i commenti su una prima versione di questo scritto; resto l’unico responsabile per eventuali errori od omissioni. Lo scritto è collegato con la ricerca comparata svolta nel quadro dell’*advanced grant* n. 694697 attribuito dall’*European Research Council*.

¹ M. Hauriou, *De la formation du droit administratif depuis l’an VIII*, in *Revue générale d’administration*, 44, 1892, p. 385, con riferimenti, tra gli altri, a Batbie, di cui si veda il *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l’examen de la doctrine et de la jurisprudence. La comparaison de notre législation avec les principales lois politiques et administratives de l’Angleterre, des Etats-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux Etats de l’Allemagne et de l’Espagne. La comparaison de nos institutions actuelles avec celle de la France avant 1789*, Paris, Cotillon, 1861. Sulla costruzione del modello francese, Y. Gaudemet, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2016, XXI ed., p. 58; M. D’Alberty, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019.

proteste nei confronti delle modalità con cui l'amministrazione ha esercitato un certo potere o si è astenuta dal farlo, anche in rapporto ad altri casi ritenuti simili o identici. Sotto il profilo del vincolo esterno, rappresentato dalla legge, le ricerche più recenti di cui disponiamo hanno confermato il dato normativo segnalato dagli studi meno recenti sia per il *Conseil d'Etat* francese, sia per il nostro Consiglio di Stato, ossia la limitatezza delle disposizioni legislative, oltre tutto non di rado anche scarse nei contenuti precettivi.

Quanto ai giudici amministrativi, essi sono stati istituiti per rispondere a esigenze della società che non erano soddisfatte né dai tradizionali meccanismi di ricorso interni al potere esecutivo, né dai giudici ordinari, che erano sì – come tuttora retoricamente si afferma – ‘giudici dei diritti’, ma solo dei diritti sanciti dai codici civili, come il diritto di proprietà e quello di iniziativa economica, e non disponevano di parametri di giudizio idonei a valutare l'esercizio delle potestà in altri ambiti. I giudici hanno quindi, con varia intensità a seconda dei vari contesti istituzionali e delle epoche, contribuito a forgiare i diritti amministrativi. In ciò, vi è una differenza di fondo – da non trascurare – rispetto al diritto privato.

Nelle pagine che seguono, dapprima verranno brevemente richiamate le vicende meno recenti (§ 2), anche alla luce d'una ricerca storica e comparata da poco conclusa. In seguito, verranno delineati alcuni aspetti che paiono rilevanti ai fini d'un inquadramento sistematico del ruolo del Consiglio di Stato (§ 3). Infine, verranno poste in evidenza alcune criticità (§ 4).

2. Retrospettiva

2.1. Idealtipi e prototipi

Non costituisce forse un *détour* rispetto al tema centrale di questa relazione l'illustrare brevemente nella sua parte iniziale, per non più tornarvi, il dubbio che l'autore nutre da tempo, ed è stato rafforzato dalla ricerca appena richiamata. Il dubbio concerne la tradizionale raffigurazione dei sistemi nazionali di giustizia amministrativa, basati su due idealtipi in senso weberiano, ossia come costruzioni teoriche riguardanti dati storici e contingenti riconducibili a un unico modello². I due idealtipi, nell'intavolazione tradizionale, si distinguevano a seconda che si mantenesse la giurisdizione dei giudici ordinari sulle dispute nelle quali erano coinvolte le pubbliche amministrazioni, come accadeva in Inghilterra e in Belgio o, per una parte più o meno ampia di tali dispute, si affermasse la giurisdizione di un giudice amministrativo, come accadeva in Francia³.

² M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922), tr. it. *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1958.

³ Nel solco dell'intavolazione tradizionale, G. Napolitano, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 23. Per un'analisi più articolata delle varie esperienze di giustizia amministrativa, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1983, p. 39; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 5, che considera quello francese «un esempio paradigmatico». Sui sistemi di contenzioso amministrativo esistenti negli ordinamenti preunitari, R. Feola, *La monarchia amministrativa. Il sistema del contenzioso nelle*

L'intavolazione tradizionale era, ed è *a fortiori* al giorno d'oggi, insoddisfacente per più di un motivo. Anzitutto, qualsiasi opinione si abbia circa l'assunto su cui si fonda l'impostazione weberiana, ossia la visione d'una scienza avalutativa, nessun tentativo di comprendere i tratti essenziali di una realtà storica e sociale complessa come quella riguardante la giustizia amministrativa può prescindere da un'adeguata consapevolezza di un dato fattuale, d'importanza essenziale. Il dato fattuale è questo: l'assetto istituzionale inglese e quello francese non sono stati semplicemente idealtipi, bensì prototipi. Basti pensare all'appassionata requisitoria di Silvio Spaventa contro le carenze della tutela giurisdizionale nel discorso di Bergamo del 1880 e all'attenzione che dedicò alle corti che – seguendo l'esempio francese – vari Stati tedeschi e l'Impero austriaco avevano istituito dopo il 1862⁴. Una carenza della teoria giuridica è nell'aver trascurato la forza diffusiva di tale modello. Vi ha influito l'adesione alla schematica secondo cui il diritto e soprattutto quello amministrativo è in un rapporto di tipo biunivoco con lo 'spirito' di un determinato popolo (*Volksgeist*).

Un'altra carenza della teoria giuridica meno recente è nell'aver trascurato le differenze riguardanti non gli elementi accidentali, bensì quelli essenziali, all'interno dei principali modelli. Per esempio, la scelta del giudice unico, come in Inghilterra, non ha impedito ai giudici belgi di definire principi riguardanti l'esercizio delle potestà da parte delle pubbliche amministrazioni. In generale, la scelta del dualismo si è realizzata in più modi, oltre a presentare soluzioni completamente diverse per quanto concerne la posizione istituzionale dei giudici amministrativi.

2.2. Dal modello belga a quello francese?

Un'ulteriore carenza dell'impostazione prevalsa nella fase meno recente della riflessione giuridica è nell'aver trascurato la storicità delle istituzioni e con essa la dimensione del cambiamento. Nell'ordinamento giuridico italiano il connotato del 'dualismo' è antico. Preesisteva alle leggi del 1889 e del 1890, fortemente volute da molti, sull'onda del celebre discorso che Silvio Spaventa tenne a Bergamo nel 1880: ciò soprattutto se del concetto di dualismo si dà un'accezione che vada oltre il dato formale. Nel quarto di secolo intercorso tra il 1865 e il 1890, imperniato sulla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, il Consiglio di Stato fu al centro dell'attività di risoluzione delle controversie intestata al sovrano. Poche analisi si sono orientate verso tale interpretazione con adeguata consapevolezza. Tra di esse, vi è quella di Alfredo Corpaci⁵. Il suo studio sugli atti che erano definiti pareri, ma avevano sostanza decisionale, ha sottolineato il progressivo consolidarsi della giurisprudenza del Consiglio di Stato. Ha fornito la chiave per intendere come la IV sezione abbia potuto definire sollecitamente canoni di condotta

Sicilie, Napoli, Jovene, 1984; F. Merusi, G.C. Spattini, E. Fregoso, *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia: giusto processo nel Ducato di Parma (1814-1865)*, Milano, ISAP, 2013.

⁴ S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione* (1880), in S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, Istituto di studi filosofici, 2007, p. 17.

⁵ A. Corpaci, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine, La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 77.

per le pubbliche amministrazioni. Il fenomeno è stato illustrato, più recentemente, con riferimento ai primi due decenni di attività. Su di esso si tornerà tra breve.

Giova innanzitutto dissipare un equivoco, che non di rado sorge quando i sistemi di giustizia amministrativa sono confrontati a un livello di astrazione che non consente di cogliere i tratti che li distinguono. Si può ben dire che i riformatori politici che nel 1865 sostennero la legge abolitiva del contenzioso amministrativo intendessero seguire l'esempio del Belgio⁶. Lo confermano i resoconti dei dibattiti che si svolsero nelle sedi istituzionali e finanche il testo della legge, che mostra un'evidente consonanza con la Costituzione belga⁷. Che gli obiettivi che quei politici si prefiggevano non siano stati raggiunti, è altrettanto noto, così da esimere dal tornarvi in questa sede. Piuttosto, si deve sottolineare che, per quanto le leggi del 1889 e del 1890 abbiano indotto una forte discontinuità nell'assetto istituzionale italiano, attribuendo al Consiglio di Stato la risoluzione delle dispute riguardanti l'esercizio delle potestà discrezionali, la somiglianza con il modello francese è minore di quanto talora si opini. Innanzitutto, nell'assetto istituzionale italiano, l'ambito della giurisdizione spettante al giudice ordinario è più ampio, ha a lungo incluso il contenzioso relativo alla responsabilità⁸. Inoltre, nell'ordinamento francese il riparto della giurisdizione tra il giudice ordinario e quello amministrativo è affidato a un'apposita corte a composizione mista, il *Tribunal des conflits*. Nell'ordinamento italiano, a partire dal 1877, a decidere è – invece – la Corte di Cassazione, cioè una delle parti, legata al mito della giurisdizione unica⁹. Non sorprende che gli esiti siano spesso discutibili, come si dirà più oltre.

2.3. Una giustizia amministrativa 'europea' (1890-1910)

A completamento della succinta ricostruzione prospettata, può essere di qualche utilità dare conto dei risultati della ricerca che – seguendo l'insegnamento di Gino Gorla – ha unito la storia e la comparazione¹⁰, volgendo sull'Europa *fin de siècle*¹¹. Una du-

⁶ A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi, con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Utet, 1904, p. 95.

⁷ La Costituzione belga, all'articolo 144 (1), stabilisce tuttora che «*les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux*», intesi come tribunali ordinari. Ma è stata emendata, nel 1946, ammettendo la giurisdizione del giudice amministrativo: «*toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'état ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions*». Sul ruolo del Consiglio di Stato belga, l'analisi più aggiornata è D. Renders, B. Gors, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Larcier, 2020.

⁸ E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 8; G. Braibant, *La juridiction administrative en droit comparé*, in *La Revue administrative*, 9, 1999, p. 204.

⁹ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 205 (secondo cui il mezzo straordinario spettante all'amministrazione per la verifica della giurisdizione configurava un privilegio); M. Mazzamuto, *L'allegato E e l'infausto mito della giurisdizione unica tra ideologia ed effettività della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2017, 2, p. 740 (per una critica al mito della giurisdizione unica).

¹⁰ G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 89.

¹¹ G. della Cananea, S. Mannoni (a cura di), *Administrative Justice Fin de siècle. Early Judicial standards of Administrative Conduct in Europe (1890-1910)*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

plice premessa, istituzionale e metodologica, può essere di qualche utilità. Sul piano istituzionale, il medesimo meccanismo di impugnazione – nel nostro caso, il processo all'atto amministrativo e, con il passare del tempo, al procedimento – assume un significato diverso a seconda delle modalità con cui il giudice regola il perimetro del proprio controllo giurisdizionale e definisce i principi di cui assicura il rispetto. Sul piano del metodo, quindi, in luogo dell'indirizzo di ricerca incentrato sulla storia del pensiero giuridico¹², si è seguito un approccio di tipo empirico, incentrato sulle decisioni giudiziarie. Gli ordinamenti selezionati per l'indagine comparata sono di tre tipi: quelli con un giudice amministrativo riconducibile al modello del Consiglio di Stato, cioè al tempo stesso consulente del Governo (Francia e Italia); quelli con un giudice amministrativo privo – invece – di attribuzioni di tipo consultivo (Austria e Germania); quelli con il solo giudice ordinario (Inghilterra e Belgio).

I risultati sono apprezzabili sotto vari profili, connessi ma distinti. Vi è, ovunque, quello dell'apertura nei confronti dei nuovi interessi che si affacciavano nella società e reclamavano una tutela non fornita dai tradizionali meccanismi di ricorso. Vi è quello, che può dirsi quasi un principio di specializzazione per categorie di ricorsi, più precisamente per le dispute di diritto pubblico, cioè la categoria destinata a essere codificata nell'ordinamento tedesco alcuni decenni prima che in quello inglese fosse introdotta l'*application for judicial review*. Vi è quello, infine, della risposta al problema riguardante la tutela dall'arbitrio. Relativamente a tale problema, nella seconda metà dell'Ottocento, i principi e gli istituti del diritto privato si mostrarono insufficienti. Emerse un vuoto. Quel vuoto fu colmato dal diritto amministrativo. A crearlo furono i giudici, con il concorso degli studiosi, cui si devono sia la sistematica del diritto amministrativo, sia l'elaborazione dei principi generali, dalla legalità al *due process of law*.

L'indicazione in positivo che si tra da queste considerazioni è che la complessità e la delicatezza delle decisioni riguardanti gli interessi della collettività, oltre a quelli individuali, richiedono strutture giuridiche distinte rispetto a quelle del diritto privato. Esemplifichiamo con riferimento al procedimento amministrativo. Le strutture giuridiche devono assicurare che sia realizzata un'efficiente attività dei pubblici uffici e nel contempo salvaguardare i diritti e gli interessi dei singoli. Devono far sì che gli interessi in gioco possano essere acquisiti e bilanciati. Devono far sì che gli elementi soggettivi e oggettivi di valutazione che si intrecciano in ogni fase del processo decisionale emergano e siano controllabili *a posteriori*. L'iter della decisione non è assimilabile a quella del contratto. I giudici hanno manifestato un grado globalmente alto di adesione ai criteri che abbiamo richiamato. Alcuni studiosi non ne hanno avuto consapevolezza. Considerarne i lavori può comunque essere di qualche utilità, per rendersi conto di quanto è mutato il diritto amministrativo, nella realtà effettuale. Non è di grande utilità, invece, l'apporto dei processualcivili con velleità egemoniche e inadeguata consapevolezza dello specifico contesto. Per essi, non ha perso valore l'antico monito di Alberico Gentili: «*silete theologi in munere alieno*»¹³.

¹² Per questo filone di studi, M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 1, p. 179; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001.

¹³ Questa famosa massima manifestò l'avversione per l'astrattezza dei teologi: per una rilettura, M. Fer-

3. Sistematica

3.1. Il Consiglio di Stato, protettore dei diritti o dell'amministrazione?

Nella cultura giuridica francese, ha avuto un ampio spazio la questione se il *Conseil d'Etat* abbia orientato la propria azione sulla tutela dei diritti dei cittadini o, all'opposto, abbia in fondo preservato determinati privilegi dell'amministrazione. È, molto probabilmente, una questione mal posta. L'analisi storica e istituzionale mostra con chiarezza che, se l'abolizione dei *parlements* dell'antico regime, così avversati da molti francesi per il frequente rifiuto di rendere giustizia, fu opera della Rivoluzione, la creazione del *Conseil* fu opera di Napoleone¹⁴. Soprattutto, la questione è mal posta perché – come notato – il tratto precipuo dell'azione del *Conseil* risiede nella determinazione di punti di equilibrio, variabili a seconda dei contesti, tra gli interessi in gioco, nel perfezionamento delle garanzie giurisdizionali esperibili da quanti lamentino la lesione di un proprio interesse.

Per il Consiglio di Stato italiano, il discorso è simile. Esso ha difeso diritti e interessi, con variabile intensità, anche nel periodo fascista¹⁵. A partire dal secondo dopoguerra, ha preso atto della crescente ampiezza e pervasività dei poteri esercitati dalle pubbliche amministrazioni. Ha progressivamente mostrato consapevolezza che qualsivoglia vaglio successivo della correttezza della decisione deve evitare di basarsi solo sull'esito finale; viceversa, deve riandare alle condizioni esistenti nel momento in cui la decisione fu presa, reconsiderarla sulla scorta degli elementi informativi allora disponibile e dell'elaborazione che ne fu fatta, in relazione agli obiettivi che oggi si direbbero di *policy*¹⁶. Si registra una tendenza ad ancorare le decisioni a basi informative e a tecniche di analisi più complete.

Non tutto è sempre andato per il meglio. Aldo Travi, tra gli altri, ha sottolineato che la legislazione non ha posto limiti d'ordine generale al sindacato sulle valutazioni tecniche e anzi la legge sul procedimento amministrativo ne ha affermato la fungibilità¹⁷. Soprattutto, il Consiglio di Stato non ha ritenuto di poter promuovere un'interpretazione adeguatrice di un limite insito nella legge stessa, cioè il carattere cartolare del contraddittorio, che permane malgrado la tanto celebrata introduzione dell'art. 10-bis. L'auspicio di Feliciano Benvenuti, una funzione amministrativa autenticamente imperniata sul contraddittorio¹⁸, non si è ancora realizzato. Potrà provvedervi il legislatore.

ronato, L. Bianchin, *Silete Theologi in Munere Alieno. Alberico Gentili e la Seconda Scolastica*, Padova, Cedam, 2011.

¹⁴ Y. Gaudemet, *Droit administratif*, cit., p. 58; D. Costa, *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 5.

¹⁵ F. Merusi, E. Frediani, *La giustizia amministrativa nel ventennio fascista*, in *Amministrare*, 2018, 3, p. 355.

¹⁶ F. Merusi, *Lo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 124. Sull'ordinamento francese, non ha perso valore l'impostazione di J. Rivero, *Le juge administratif français: un juge qui gouverne?*, Paris, Dalloz, 1951, p. 23.

¹⁷ A. Travi, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, su *unioneamministrativisti.it*, 2019, <http://www.unioneamministrativisti.it/wp-content/uploads/2019/03/ALDO-TRAVI.pdf>.

¹⁸ F. Benvenuti, *Prefazione*, in G. Pastori (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza,

3.2. L'ampliamento iterativo della giurisdizione esclusiva

Un altro aspetto torna utile per un raffronto con le istituzioni della giustizia amministrativa in Belgio e in Francia. Si tratta dell'ampliamento della giurisdizione detta esclusiva del nostro giudice amministrativo. La locuzione risente dell'origine storica. I limiti del riparto di giurisdizione delineato alla fine dell'Ottocento si sono rapidamente manifestati. L'annodarsi dei diritti e degli interessi è divenuto evidente e con esso l'inadeguatezza dei criteri escogitati. Il legislatore vi ha posto rimedio, allora e oggi, cercando di tagliare il nodo alla radice, attribuendo la giurisdizione all'uno o all'altro giudice. La Costituzione ha avallato questo metodo, stabilendo inequivocabilmente 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» (art. 103).

Tuttavia, l'aver fatto riferimento alle «particolari materie indicate dalla legge» ha comportato due conseguenze di segno opposto. Da un lato, il legislatore si è avvalso sempre di più della potestà che la Costituzione gli ha attribuito, coerentemente con la tradizione instaurata all'inizio del Novecento, facendo leva sul criterio dell'attribuzione di 'blocchi di materie'. Come in Francia, così in Italia, questo criterio ha consolidato la 'specializzazione' del giudice. Dall'altro lato, però, la Corte di Cassazione ha tenacemente contrastato l'indirizzo politico generale seguito dal Governo e dal Parlamento. Le sue iniziative, che hanno in parte ottenuto l'avallo della Corte costituzionale nella sentenza n. 105 del 2000, si inseriscono in una più generale opposizione all'ampliamento della giurisdizione del giudice amministrativo.

Al tempo stesso, la società ha chiesto sempre più spesso protezione dall'incertezza sulla spettanza della giurisdizione. Con la conseguenza che si sono moltiplicate le norme particolari. In sostanza, in aggiunta alla giurisdizione generale del giudice amministrativo sugli interessi legittimi, variamente configurati, vi è una giurisdizione esclusiva sui diritti soggettivi¹⁹. Essa è assai ampia, ma è composta da molti segmenti, per tipi di temi o questioni, pur se tutti attengono al medesimo scopo, cioè proteggere i beni della vita nei confronti dell'amministrazione pubblica.

3.3. Il Consiglio di Stato, giudice dell'Unione europea

La prospettiva europea, già evocata nel paragrafo precedente dall'angolo visuale del fenomeno che Jean Rivero definì il «parallelismo delle soluzioni»²⁰, va ripresa e appro-

1964, pp. 13-14; *Contraddittorio (Principio del) C) Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 739.

¹⁹ A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, Cedam, 2000; Id., *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in E. Picozza (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 131.

²⁰ J. Rivero, *Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, in M. Capelletti (sous la direction de), *Nouvelles perspectives du droit commun de l'Europe*, Firenze-Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 389.

fondita da un diverso punto di vista, quello dell'integrazione più stretta all'interno dell'Unione europea. Alcuni dati, normativi e fattuali, consentono di coglierne l'importanza.

Fin dalla creazione della prima Comunità europea, quella carbossidergica (1952), gli enti fondatori – gli Stati – hanno scelto di non istituire un'organizzazione giudiziaria di tipo federale, simile a quella esistente negli USA. Fin dal 1957, però, hanno instaurato un'innovativa figura di composizione dei sistemi giudiziari nazionali, di tipo funzionale. Essa è incentrata sul rinvio pregiudiziale che i giudici nazionali – a seconda dei casi – possono o devono effettuare alla Corte di giustizia, nei casi in cui si faccia questione dell'interpretazione o della validità d'una norma dell'UE (art. 267 TFUE). Una volta che la Corte ha reso la propria interpretazione, spetta al giudice nazionale trarne le dovute conclusioni all'interno del proprio ordinamento. Tuttavia, dalla pronuncia che la Corte emana scaturiscono effetti di tipo vincolante sia per il giudice che ha effettuato il rinvio, sia per gli altri giudici che affrontino casi analoghi. Può esservi, non di rado vi è, un contrasto tra l'interpretazione consolidata d'una o più norme nazionali e i principi su cui l'UE si fonda. Il più delle volte, il contrasto è risolto dai giudici nazionali in sede interpretativa. Mancando di realizzarsi questa situazione, occorrerà un intervento esterno. Dovrà effettuarlo l'istituzione cui spetta assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati, cioè la Corte di giustizia. Il suo intervento presuppone, peraltro, la cooperazione con i giudici nazionali, visti come giudici di diritto comune dell'UE.

Di tale cooperazione il Consiglio di Stato italiano è stato un protagonista. Lo dimostra un duplice dato statistico, che da qualche tempo è disponibile sia in termini aggregati, sia in modalità disaggregate: si tratta del totale dei rinvii pregiudiziali e di quelli proposti da alcune corti amministrative. Nel periodo 1953-2015, il rinvio pregiudiziale è stato il 'motore dell'integrazione giudiziaria europea', con ben 9146 decisioni rispetto alle 8949 decisioni emanate dalla Corte di giustizia su ricorsi diretti intentati nei confronti degli atti delle istituzioni europee²¹. La gradualità con cui i giudici nazionali hanno instaurato rapporti con la Corte di giustizia si manifesta sia nell'ordinamento italiano, sia in quello francese: due soli casi, in entrambi gli ordinamenti nel quinquennio 1960-1964, 194 casi in Italia e 133 in Francia nel quinquennio 2006-2010. Un dato più specifico suggerisce un interessante raffronto. Nel periodo 1953-2015, in Francia, su 931 rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, 118 sono provenuti dalla Corte di Cassazione e ben 99 dal *Conseil d'Etat*, questi ultimi concentrati soprattutto nel periodo successivo al 1978; in Italia, nel medesimo torno di tempo vi sono stati 1326 rinvii pregiudiziali, dei quali 132 promossi dalla Corte di Cassazione e ben 126 dal Consiglio di Stato²². Un'analisi più aggiornata resta da compiere. Essa sarebbe di estremo interesse. Consentirebbe di sottoporre a verifica la congettura qui affacciata, ossia che – considerando il più limitato ambito di azione – il Consiglio di Stato abbia colto ben più della Corte di Cassazione l'opportunità d'instaurare una proficua cooperazione con la Corte di Giustizia.

Tale cooperazione è stata proficua soprattutto sul terreno dell'elaborazione dei principi generali del diritto pubblico. Prima ancora che il Trattato di Roma vi facesse riferimento ai fini della definizione della responsabilità extracontrattuale dei funzionari e de-

²¹ Corte di giustizia dell'Unione Europea, *Rapporto annuale sull'attività giudiziaria*, Lussemburgo, 2015, pp. 97-98.

²² Corte di giustizia dell'Unione Europea, *Rapporto annuale sull'attività giudiziaria*, cit., pp. 101-102.

gli agenti della Comunità europea, la Corte di Giustizia ne aveva fatto buon uso²³. Aveva attinto agli ordinamenti giuridici nazionali, per elaborare principi generali come la legalità, la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento. Lo ha fatto, altresì, per imporre il rispetto dei principi di proporzionalità e *due process of law*. Ha contribuito, così, all'abbattimento delle frontiere 'lateralì' dei diritti amministrativi nazionali. Una riprova, se ve ne fosse bisogno, è fornita dalla disposizione inserita all'inizio della legge sul procedimento amministrativo (art. 1, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241), che contiene un rinvio ai «principi dell'ordinamento» dell'UE²⁴. Della connessione con l'ordinamento giuridico dell'UE e, grazie ad esso, con gli altri ordinamenti giuridici nazionali il giudice amministrativo può quindi disporre, per consuetudine e per legge. La consuetudine, rafforzata dalla legge, gli ha consentito segnatamente di avvalersi del principio di proporzionalità²⁵. Insomma, come all'epoca del diritto comune il giudice poteva fare riferimento alla *lex alii loci*, così nel periodo attuale il giudice amministrativo svolge una funzione nomopoietica, strettamente raccordata con il ruolo della Corte. Come ha osservato Jean-Bernard Auby per la Francia, «*le juge administratif est au cœur du système de normes, car il en est à peu près le seul interprète autorisé, et il en est, avec la technique des principes généraux du droit, un créateur essentiel*»²⁶.

4. Problematica

Esposti gli argomenti strettamente giuridici che inducono a ritenere che il ruolo del Consiglio di Stato non sia stato sminuito né dalla codificazione dei principi e delle regole riguardanti il procedimento amministrativo, bensì se ne sia giovato e più in generale abbia sfruttato sapientemente il processo d'integrazione europea, si deve ampliare il perimetro dell'analisi per segnalare – soprattutto agli osservatori esterni – che, nella realtà effettuale, quel ruolo è ancora più importante e, al tempo stesso, controverso.

4.1. Il ruolo del Consiglio di Stato in un debole sistema politico-amministrativo

In vista di un confronto con altre esperienze giuridiche all'interno dell'Europa unita, si deve sottolineare che il ruolo del Consiglio di Stato risente inevitabilmente della debolezza dell'amministrazione, della politica e in ultima analisi della società, nell'Italia del XXI secolo²⁷.

²³ P. Reuter, *Le recours de la Cour de Justice des Communautés à des principes généraux de droit*, in *Mélanges offerts à H. Rolin – problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 263.

²⁴ G. della Cananea, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 20.

²⁵ Cons. St., sez. V, 4 aprile 2006, n. 2087.

²⁶ J.-B. Auby, *La Bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, in Actualité. Juridique – Droit Administratif*, 1, 2001, p. 917.

²⁷ Per una succinta retrospettiva, S. Cassese, *180 anni del Consiglio di Stato. Le molte vite del Consiglio di Stato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 12, p. 276.

L'amministrazione italiana, nel suo insieme, è debole: per carenza di informazioni, per incapacità nel valutarle, per il formalismo (che non di rado si coniuga con l'inosservanza delle forme previste dalle norme), per l'ingerenza dei partiti politici e delle organizzazioni sindacali. I primi tre fattori di debolezza hanno origini lontane. È colpa della Politica, dei politici, non averli contrastati proprio mentre le politiche pubbliche assumevano una crescente importanza per realizzare gli obiettivi sanciti dalla Costituzione, per rendere effettivi i diritti da essa sanciti. È colpa massima dei politici, e dei consiglieri da essi scelti e ascoltati, aver ulteriormente rafforzato l'ingerenza esterna sull'amministrazione mediante l'introduzione d'uno *spoils system*, per di più privo dei correttivi e dei limiti che esso ha in altri ordinamenti²⁸.

Per un'amministrazione così debole, l'azione del Consiglio di Stato ha una duplice valenza. Da un lato, il suo intervento in sede consultiva, nei procedimenti volti all'adozione delle regole e delle principali decisioni, viene sovente visto come un fattore di allungamento dei tempi e di complicazione del lavoro da svolgere; il suo intervento in sede giurisdizionale viene sovente considerato come un controllo esterno, invasivo. Dall'altro lato, però, vi è la tendenza a chiederne il parere anche quando non è richiesto dalle norme, ad attenersi alle sue indicazioni, a considerarle alla stregua di un indispensabile sostegno nell'assunzione di decisioni da cui possono derivare responsabilità, da cui gli amministratori rifuggono. Allo stesso modo, è alle sentenze, alle ordinanze e ai decreti del Consiglio di Stato che si fa riferimento. La ragione è presto detta: in presenza d'una legislazione ampia e disordinata, l'amministrazione – intesa come attività – sarà più efficace, nel valutare il da farsi e nell'agire, solo se muoverà da un quadro chiaro della cornice giuridica e degli obiettivi da realizzare²⁹. Dunque, il Consiglio di Stato influisce in modo decisivo, ancorché variegato, sul funzionamento del sistema amministrativo.

Influisce, altresì, sul sistema politico. Un sistema politico in cui quanti hanno competenze tecniche adeguate ai fini della formazione e dell'attuazione delle politiche pubbliche rappresentano una modesta frazione dell'insieme è, inevitabilmente, esposto più di altri all'*implementation gap* descritto da Wildavsky e Pressman³⁰. È, altresì, esposto a crisi di fiducia: dei cittadini e delle formazioni sociali all'interno delle quali essi agiscono, nonché delle istituzioni europee e internazionali, dei mercati. I pratici delle questioni istituzionali hanno compreso da gran tempo, molto prima dei teorici, le ragioni per cui i componenti del Consiglio di Stato, ben più di quelli della Corte dei conti e delle istituzioni parlamentari, sono coinvolti nel governo del Paese. Lo sono per più motivi: perché assumono posizioni di primo piano all'interno dell'apparato della Presidenza del Consiglio dei ministri; perché, nella loro veste di capi di gabinetto e degli uffici legislativi dei ministeri concorrono a determinare gli obiettivi dell'azione amministrativa; perché sono spesso chiamati a far parte degli organi collegiali posti al vertice

²⁸ S. Cassese, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 1, p. 1341.

²⁹ M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 740.

³⁰ J.L. Pressman, A. Wildavsky, *Implementation – How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland*, Berkeley, University of California Press, 1984.

delle autorità indipendenti, di cui al tempo stesso giudicano gli atti e le attività³¹.

Nella letteratura accademica corrente, questi fatti non sono ignorati, ma a volte sono sminuiti da quanti concentrano l'attenzione sugli incarichi esterni, sulle variabili interpretazioni dei limiti che li contrassegna. Sono, invece, enfatizzati da quanti vi rinvencono altrettante dimostrazioni del fatto che la commistione delle funzioni nuoce alla giustizia amministrativa, rendendola insufficientemente 'civile'³². È principio certo, portante, dell'intero assetto istituzionale che chi giudica debba essere imparziale, e anche apparire tale. Pure, in quest'ultimo orientamento, vi è un'idealizzazione della giurisdizione ordinaria non confortata dalla conoscenza dei reali processi in atto al suo interno, ben lontani dai modelli anglosassoni cui tuttora si fa riferimento. Vi è, soprattutto, un'inadeguata consapevolezza della portata delle implicazioni che discendono dalla debolezza della dirigenza politica e amministrativa. Squilibri sistemici derivano, infatti, dalla strutturale debolezza che i pubblici uffici incontrano nel loro operare.

4.2. Una scelta da giustificare: i consiglieri di Stato di nomina governativa

Quanto appena osservato torna utile per inquadrare correttamente, prima ancora che per cercare di risolverla, una questione connessa ma distinta. Essa concerne i consiglieri di Stato di nomina governativa. È una questione ben nota anche Oltralpe, con la locuzione '*nomination par la voie du tour extérieur*'. I termini del problema sono, peraltro, forse meno ben conosciuti di quanto abitualmente si pensi. Da un lato, vi è la questione generale se l'affermazione costituzionale dell'indipendenza del Consiglio di Stato e dei magistrati che vi prestano la propria opera, al pari di quella della Corte dei conti e dei giudici contabili, consenta l'esistenza, in capo al Governo, di un «potere libero di nomina», secondo l'espressione di Mario Nigro³³. Dall'altro lato, vi è una questione meno nota ai più, ma che richiede attenzione per le sue implicazioni più generali, riguardante il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia.

L'esistenza di un potere governativo libero, non astretto da rigorosi presupposti e limiti, era di dubbia legittimità, nel nuovo assetto costituzionale. Lo era, a maggior ragione, in vista delle modalità di esercizio del potere, segnatamente dopo la nomina governativa di ben diciassette consiglieri nel 1973. Solo dopo tale vicenda, il d.P.R. 29 settembre 1973, n. 579 perfezionò il procedimento di nomina, prescrivendo il parere del consiglio di presidenza del Consiglio di Stato. Il limite al potere governativo, in rapporto al numero di posti disponibili, è stato rafforzato dalla l. 27 aprile 1982, n. 186, che ha ridotto il contingente di consiglieri di nomina governativa dalla metà a un quarto.

³¹ Nell'ordinamento francese, il ruolo politico del Consiglio di Stato è riconosciuto da tempo: D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972.

³² A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»* (*Sonn-tagsgedanken*), Milano, Giuffrè, 2005. Per un'analisi recente dei criteri distintivi tra le situazioni giuridiche soggettive tutelate, L. Ferrara, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Diritto pubblico*, 2019, 3, p. 723.

³³ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 342.

Un'ulteriore revisione è stata disposta all'inizio del nuovo secolo³⁴. L'inclusione, nel consiglio di presidenza, di componenti – detti, nella prassi, 'laici' – può avere, in parte ha avuto, ripercussioni positive, attenuando la tendenza naturale alla chiusura delle istituzioni che si autogovernano, senza alcun controllo da parte di soggetti esterni³⁵.

Purtuttavia, ci si può chiedere se gli studiosi possano accontentarsi di constatare che la Corte costituzionale, a suo tempo, ha ritenuto che il potere governativo di nomina sia sufficientemente predeterminato, sicché la cornice legislativa non è incostituzionale. Se la discrezionalità che connota il potere governativo di nomina è, quindi, non illimitata, resta pur sempre da chiedersi se la giustificazione del potere sia adeguata, in astratto e in concreto. In astratto, essa può essere messa in discussione grazie al confronto con l'analoga disposizione di legge concernente la Corte dei conti. Per quest'ultima, vi è una disgiunzione – più volte segnalata da pratici e teorici – tra la funzione di controllo sui conti pubblici e le competenze tecniche di cui i magistrati contabili dispongono, dal momento che è stata chiusa la via dell'accesso – prefigurata dalla riforma del 1994 – a quanti non abbiano la laurea in giurisprudenza. La questione che si pone è perché vi debbano essere giuristi di nomina governativa, visto che essi ben possono accedere all'ufficio attraverso la via del concorso. Non è immune da difetti nemmeno il concreto funzionamento del meccanismo, alla luce di casi recenti e discutibili, in rapporto ai quali non è facile comprendere quale sia l'apporto di competenze specialistiche che viene dall'esterno. Il rischio, tutt'altro che teorico, è che vi sia uno sviamento nell'uso del meccanismo, a favore di dirigenti pubblici con i quali si ritiene – a torto o a ragione – che vi sia un rapporto di fiducia politica, antitetico all'esigenza di imparzialità che deve connotare tale magistratura.

L'altra questione, più specifica, trae origine dalla legislazione regionale che consente d'integrare la composizione dei tribunali amministrativi con persone di nomina politica, per un periodo di tempo prestabilito. Diversamente dal caso prima esaminato, l'assunzione dell'incarico – che non è disgiunta dal godimento delle facoltà connesse con lo status di magistrato – ha un preciso limite temporale. Tuttavia, il Consiglio di Stato, andando in contrario avviso rispetto al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ha ritenuto che talune di quelle facoltà possano essere esercitate anche dopo che l'incarico, e con esso lo status, è venuto meno³⁶. È davvero difficile ricondurre tale soluzione a una logica di sistema.

³⁴ G. Barbagallo, *La nuova composizione del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, 11, p. 1105.

³⁵ Per la tesi che gli articoli 100 e 103 lascino un amplissimo spazio al legislatore, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, p. 1251. Per quanto concerne la Corte dei conti, la Corte costituzionale – nella sentenza 10 gennaio 2011, n. 16 – ha respinto la questione di costituzionalità sulla presenza di un numero di componenti designati dal Parlamento numericamente eguale a quella dei magistrati contabili eletti.

³⁶ La sentenza del Tar Lazio, sez. II bis, 26 giugno 2019, n. 8348 (secondo cui il «componente laico del CGA, designato dalla Regione Sicilia, e dunque non di magistrato di carriera, [ha uno] status equiparato a quello di magistrato del Consiglio di Stato, solo per il periodo dei 6 anni di durata in carica, in ragioni delle funzioni svolte, con conseguente perdita del suddetto status alla scadenza del sessennio») è stata annullata dalla IV sezione del Consiglio di Stato, sentenza 24 marzo 2020, n. 2045, ribadita dalla sentenza 27 ottobre 2020, n. 6558. Per una presa di posizione in parte diversa, relativa all'inquadramento nel ruolo del Consiglio di Stato, si veda la sentenza della V sezione, 14 settembre 2021, n. 6282.

4.3. Verso un'egemonia del giudice della giurisdizione?

Un'ultima questione va quantomeno segnalata, ossia il riproporsi della *vexata quaestio* del sindacato della Corte di Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti).

Può essere utile riguardare la questione nella prospettiva comparata. Si è osservato all'inizio che l'assetto istituzionale italiano si differenzia da quello francese, in cui le questioni di giurisdizione sono risolte dal *Tribunal des conflits*: pur non essendo un organo di tipo giurisdizionale, è il giudice supremo delle competenze, più esattamente della giurisdizione³⁷. Va aggiunto, a fini di completezza, che esso si differenzia anche dall'ordinamento tedesco, per il quale la *Grundgesetz* ha definito una soluzione coerente con la scelta di creare, accanto al giudice ordinario, il giudice amministrativo, quello finanziario e quello sociale³⁸: tale soluzione consiste nell'attribuzione a un apposito organismo composito (detto, appunto, *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*) del compito di risolvere i possibili conflitti³⁹.

La mutevolezza, nei diversi assetti istituzionali, della relazione tra le varie componenti dei sistemi di giustizia amministrativa non consente di affermare che una determinata soluzione, che ha ben funzionato in un dato ordinamento possa funzionare altrettanto bene in un altro. Purtuttavia, l'analisi comparata consente di confrontare i punti di partenza e gli esiti. Tre dati normativi e fattuali paiono rilevanti e significative. Il primo è che negli altri due maggiori sistemi amministrativi dell'Europa continentale, i conflitti di giurisdizione non sono attribuiti a un organo titolare anche della funzione di giudicare. Il secondo dato normativo è che in tali sistemi l'organo incaricato di risolvere i conflitti ha natura mista o composita. Vi è infine il dato fattuale riguardante il rilievo pratico del problema, che altrove è minore rispetto a quanto accade da noi, visto che il *Gemeinsamer Senat* si è riunito solo tre volte nel primo decennio del secolo⁴⁰ e ciascun anno il *Tribunal des conflits* decide una trentina di casi. In particolare, nel 2017, esso ha reso 36 decisioni, rispetto ai 98 provvedimenti adottati dalla Corte di Cassazione. Sembra quindi non infondata una ricostruzione più articolata, che metta in luce l'assenza di un organo a composizione mista e precipuamente adibito alla risoluzione dei conflitti. Non a caso, come si è visto nel dibattito recente, l'unico argomento utilizzato dai volenterosi sostenitori dell'attuale assetto istituzionale è quello di matrice positivista, ossia *lex voluit*.

Ad ogni modo, un coerente utilizzo di questo argomento non può prescindere dal fatto che l'ordinamento italiano individua con chiarezza l'istituzione cui spetta il compito di interpretare l'art. 111. Tale istituzione è la Corte costituzionale. Essa ha assolto

³⁷ R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Monchrestien, 2001, p. 929. Sulla qualificazione del Tribunale come organo non giurisdizionale, B. Plessix, *Droit administratif*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 532.

³⁸ E. Schmidt-Aßmann, L. De Lucia, M.C. Romano, *Prospettive della tutela giurisdizionale in Germania e in Italia*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, 3, p. 711.

³⁹ Sezione XVII del GVG, del *Courts Constitution Act* (come emendato nel 2017).

⁴⁰ E. Schmidt-Aßmann, L. De Lucia, M.C. Romano, *Prospettive della tutela giurisdizionale in Germania e in Italia*, cit., p. 715 sottolineano la divergenza tra il rilievo teorico e pratico dei conflitti di giurisdizione.

tale compito con chiarezza, in particolare nella sentenza n. 6 del 2018, escludendo che il controllo sui ricorsi per “motivi inerenti alla giurisdizione” possa trasformarsi in un controllo sulla legittimità. L’assetto della giurisdizione che la Corte costituzionale ha ribadito è, potenzialmente, messo a rischio dall’interpretazione estensiva che la Corte di Cassazione ha dato alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, includendovi anche alcuni gravi vizi formali, e al cosiddetto rifiuto del giudice amministrativo di esercitare la propria giurisdizione⁴¹. È messo a rischio, altresì dall’ordinanza con cui essa si è rivolta alla Corte di Giustizia chiedendo, in buona sostanza, di ampliare l’ambito della propria giurisdizione nel caso in cui vi sia una violazione del diritto dell’UE⁴². In entrambi i casi, l’assunto è che tale giurisdizione si configuri in modo dinamico e sia, quindi, suscettibile di estendersi ai profili di illegittimità. Più che la (assai discutibile) rilevanza della questione per l’ordinamento europeo, si deve ribadire che l’ordinamento italiano non prevede una giurisdizione unica, nemmeno per la nomofilachia. Il tentativo di alterarlo in modo pretorio è indebito⁴³.

5. Un’evoluzione all’interno delle tradizioni costituzionali comuni

Nel corso del Novecento, lo Stato ha assunto impegni ulteriori rispetto alla salvaguardia dell’eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, intervenendo per regolare l’economia e migliorarne gli andamenti nella prospettiva della riduzione delle differenze esistenti sul piano sostanziale. Ha così suscitato presso i cittadini l’aspettativa di un intervento e di un sostegno, trovando in ciò una nuova legittimazione. Il mutato ruolo dello Stato e degli altri pubblici poteri ha avuto un inevitabile contraccolpo sul versante della tutela giurisdizionale. Nuovi interessi hanno reclamato tutela nei confronti dell’azione (e dell’inazione) dei pubblici poteri. L’incremento delle controversie che li riguardano, l’introduzione – in via interpretativa o per scelta del legislatore – di nuove azioni, l’intensificarsi del vaglio esercitato dai giudici dell’amministrazione sono stati il riflesso di questa mutazione straordinariamente rapida delle attività amministrative. Vi hanno influito le garanzie costituzionali e quelle fornite dai *bills of rights* adottati in sede internazionale e sovranazionale, segnatamente la Convenzione europea dei diritti dell’uomo. In questo senso, è emersa un’oggettiva convergenza nel senso del miglioramento della tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri, soprattutto della sua effettività. In ciò, può rinvenirsi una vera e propria tradizione costituzionale comune, nel senso che a tale locuzione è dato dall’articolo 6 TUE⁴⁴.

⁴¹ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 356.

⁴² Corte di Cassazione, ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598, la cui impostazione non è stata accolta dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea nella sentenza 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad Italia SpA c. Umana Spa*, § 81.

⁴³ M. Mazzamuto, *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 4, p. 1677.

⁴⁴ S. Cassese, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» of the European Union*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 4, p. 939; G. della Cananea, *Common Constitutional Traditions Taken Seriously: Process Rights*, in *European Review of Public Law*, 33, 2021, p. 119.

Non si è, però, consumata la fine della giustizia amministrativa, malgrado le persistenti lamentele degli estimatori della legge abolitiva del contenzioso amministrativo. Anzi, nonostante le diversità che derivano dalla storia, dalla cultura e dalle scelte politiche contingenti, è emersa con chiarezza una tendenza comune. Essa concerne la specializzazione della tutela giurisdizionale riguardante le dispute che possono dirsi di diritto pubblico, perché riguardano le autorità incaricate di adempiere funzioni amministrative e disciplinate dal diritto pubblico. All'interno di questa tendenza, comune anche agli ordinamenti che restano ispirati al monismo, come il Regno Unito, il caso belga assume una specifica rilevanza: da un lato, perché, dopo essere stato nell'Ottocento il punto di riferimento per quanti – in Germania e in Italia – si opponevano a una soluzione di tipo 'francese', nel secondo dopoguerra, il Belgio ha modificato la propria Costituzione proprio per assicurare il necessario supporto di legittimità alla giurisdizione amministrativa; dall'altro lato, perché, l'ambito di tale giurisdizione e i poteri esercitati dal giudice amministrativo restano ben diversi rispetto alla Francia. Le diversità, anzi, sono ancor meglio apprezzabili all'interno d'una più accentuata comunanza nei principi e negli assetti istituzionali.

L'Italia si iscrive a pieno titolo nella tendenza generale al rafforzamento della tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri e in quella, più circoscritta, al rafforzamento del ruolo del giudice amministrativo. Nello scorcio del nuovo secolo, nondimeno, sono riemersi e si sono diffusi i dubbi – mai sopiti nella teoria – sull'indipendenza dei giudici amministrativi che fanno parte del Consiglio di Stato. Quei dubbi sono stati in primo luogo alimentati dal crescente coinvolgimento dei consiglieri di Stato nel governo quotidiano delle politiche pubbliche. Essi sono stati vieppiù alimentati dai dissensi registrati circa le nomine governative di nuovi consiglieri di Stato. Come in Francia, così in Italia, l'esercizio di questo potere governativo è avvenuto senza che di pari passo si rafforzassero gli accorgimenti – procedurali e sostanziali – volti a render conto della ragionevolezza delle scelte effettuate. Resta così per molti aperto il quesito se la legittimazione fornita dalla Costituzione alla giurisdizione amministrativa basti a dare supporto alla legislazione ordinaria e alle norme secondarie o se i difetti di queste ultime, anche alla luce della prassi, non richiedano di perfezionare la disciplina costituzionale. È un quesito importante, che richiede un'autonoma trattazione, in altra sede.

Institutionalism and Comparative Administrative Law Beyond the Liberal State: Extrapolations from Santi Romano as seen by D'Alberti

Joana Mendes

«Non basta osservare e descrivere il disordinato moltiplicarsi delle funzioni svolte dalle amministrazioni pubbliche; occorre costruire un sistema concettuale e individuare i principi comuni a più settori. Così creando i presupposti per trovare un baricentro nella complessità.»¹

Summary: 1. Institutionalism and the administrative state. – 2. The Law in Comparative Administrative Law in the EU. – 3. EU Administrative Law Beyond the Liberal State. – 4. The Law in Santi Romano and Comparative Administrative Law as a Method. – 4.1. Law as Institution. – 4.2. Romano's institutionalism and EU administrative law: comparison as method. – 5. Returning to D'Alberti.

1. Institutionalism and the administrative state

In 2014, Marco D'Alberti highlighted the importance of Santi Romano's theory of law, famously exposed in *L'Ordinamento Giuridico* as a construction that sought to face the complexity of his time and «*save the State from [its] crises*». ² Faced with deep transformations that the State underwent in the first half of the 20th century, Santi Romano's institutionalism provided concepts that reflected a reality unmatched by the premises of the 19th century normativism. In that essay, written on the occasion of the publication of *L'Ultimo Santi Romano* (Milano, Giuffrè, 2013), D'Alberti stressed not the pluralism in Romano's theory, but the central role that the State nevertheless retained in a context of pluralism, and the openness to jurisgenerative phenomena that ensued from institutionalism. In Romano's work, as seen by D'Alberti, the State was

¹ M. D'Alberti, *Santi Romano e l'Istituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2014, pp. 579-592, 581.

² Ibidem.

the «most important of the institutions», subordinated only to the international community that, however, has in the State its necessary and essential premise.³ Statutory law was demystified: no longer the fulcrum (“*baricentro*”) of law, it is one among other sources of law that, rather than command, serves the ordering of the system, by providing guidance and programmes that give ample room for interpretation.⁴ Institutionalism «allowed the lawyer (“*giurista*”) to widen her analysis to problems that had been disregarded by normative theory». ⁵ Among these, D’Alberti stressed the organisation and the exercise of public power.

Santi Romano’s work has been the object of a century-long discussion, to which it is hard to do justice in a short piece such as this.⁶ Arguably, his pluralism, rather than the richness of his institutionalism (though linked), have prevailed in the success that Santi Romano’s theory has had in some legal academic circles, in particular outside Italy.⁷ The aspects that Marco D’Alberti stressed in his 2014 essay appear to have remained relatively secondary in Santi Romano’s revival.⁸ And yet, they are arguably important to find that “fulcrum” that is essential to navigate the complexity of today’s administrative law. Combined, the role that Santi Romano reserves for the State among the institutions and the relative role of statutory law reveal the importance of his theories to understand the administrative state. It is noteworthy that his institutionalism – endorsing a view of law that goes beyond formal sources to include political and social facts and practical needs – stemmed from Romano’s awareness of the «excess of the administrative sphere relative to the legality of the liberal state». ⁹ Legal formalism had

³ Ibidem, p. 583 (citing S. Romano, *L’Ordinamento Giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, p. 42 and p. 147). This role of the State, in particular in Romano’s later writings, has been pointed out as one of the contradictions in his work (for an account of how this aspect reflects the “authoritarian ideology” characteristic of Italian legal scholarship of public law of Romano’s time, see M. Fioravanti, *Per l’Interpretazione dell’Opera Giuridica di Santi Romano: Nuove Prospettive della Ricerca*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1981, pp. 169-219, 174-175).

⁴ M. D’Alberti, *Santi Romano e l’Istituzione*, cit., pp. 583-586.

⁵ Ibidem, p. 591.

⁶ See, among many, S. Cassese, *Le Alterne Fortune de ‘L’Ordinamento Giuridico’ di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, 1, pp. 433-444; the various contributions in the special issue by M. Croce (ed.) of *Ethics & Global Politics* 2, 2018. Earlier, in the Italian context, S. Cassese, *Ipotesi sulla Formazione de l’Ordinamento Giuridico di Santi Romano*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, 1, pp. 243-283; M. Fioravanti, *Per l’Interpretazione dell’Opera Giuridica di Santi Romano: Nuove Prospettive della Ricerca*, cit.

⁷ In the transnational academic world where English still prevails, the recent work of M. Goldoni, M. Croce, *The Legacy of Pluralism: The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, Palo Alto, Stanford University Press, 2020, met D’Alberti’s call that it be better known outside continental Europe. See also Mariano Croce’s English translation of Santi Romano’s *L’ordinamento giuridico*: S. Romano, *The Legal Order*, trans. M. Croce, London, Routledge, 2017.

⁸ On his institutionalism, see, however, M. Loughlin, *Santi Romano and the Institutional Theory of Law*, in S. Romano, *The Legal Order*, cit., pp. xi-xxix and M. La Torre, *Law as Institution*, Berlino, Springer, 2010, in particular Chapter 4.

⁹ G. Itzcovich, *‘Something More Lively and Animated Than the Law’: Institutionalism and Formalism in Santi Romano’s Jurisprudence*, in *Ratio Iuris*, 2, 2020, pp. 241-257, 244. See also S. Cassese, *Le Alterne Fortune de ‘L’Ordinamento Giuridico’ di Santi Romano*, cit.; Id., *Ipotesi sulla Formazione de l’Ordinamento Giuridico di Santi Romano*, cit. On the centrality of the administration and its law in Romano’s work,

left in the shade the legal problems ensuing from the exercise of public power as manifested in an administrative state, which the categories of legal liberalism were ill-suited to capture.¹⁰

Taking the cue from Marco D'Alberti's analysis, this essay will also focus on this aspect of Santi Romano's work, as it provides a critical lens to analyse the role that comparative administrative law has had in shaping EU administrative law and may open a new way of approaching some of its core aspects. Section 2 reiterates a story that is well-known among administrative lawyers: the conceptual system and the principles common to different sectors (D'Alberti's words in the epigraph) that underpin EU administrative law stem largely from comparative administrative law; the latter was a fundamental source to define the fulcrum of administrative law in the EU. Section 3 argues that the normativism that ensued from this method remains, in important aspects, deficient to understand the complexity of EU administrative law, specifically: the public interest dimension of the exercise of public authority, the role of soft law, and the public-private collaboration. These are core elements of administrative law, pertaining, respectively, to competences, sources and actors. Finally, Section 4 highlights selected aspects of Santi Romano's institutionalism and argues that his theory can be a starting point to build a conceptual system for EU administrative law that better grasps some of its aspects that have either remained in the shade, or that are ill-understood from the perspective of normativism; it stresses, in this regard, the operation of law in technically complex regulatory regimes. This chapter, therefore, proposes that institutionalism may be a needed complement to normativism in EU administrative law, following some of the premises of Santi Romano's *Legal Order*.¹¹

2. The Law in Comparative Administrative Law in the EU

The novelty and complexity of the Community legal order, as it started emerging in the 1960s, met with the constructive jurisprudence of the Court of Justice, to which the legal services of the different institutions also contributed. Comparative law was key in building

see M. Fioravanti, *Stato di Diritto e Stato Amministrativo nell'Opera Giuridica di Santi Romano*, in M. Fioravanti, *La Scienza del Diritto Pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione Tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 405-449. The centrality that the state has among the institutions in Romano's later work has been a source of puzzlement regarding his whole work (see in this respect, A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 178; on the fading of pluralism in Romano's latter work, see S. Cassese, *Le Alterne Fortune de 'L'Ordinamento Giuridico' di Santi Romano*, cit.; Id., *Ipotesi sulla Formazione de l'Ordinamento Giuridico di Santi Romano*, cit.

¹⁰ On the tensions between institutionalism and formalism in the work of Santi Romano, see G. Itzcovich, *Something More Lively and Animated Than the Law': Institutionalism and Formalism in Santi Romano's Jurisprudence*, cit.

¹¹ S. Romano, *L'Ordinamento Giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, p. 5 (the conception of law as a legal norm must be «integrated with other elements that are usually not considered and that, instead, appear more essential and characteristic»; one must highlight «other aspects of law, more fundamental and prior [to the norm], be it for the logical demands of the concept be it for the exact assessment of the reality in which the law manifests itself»).

a conceptual system and in identifying the structuring principles of what became EU law.¹² While resorting to the legal bases that the Treaties provided (not least the headings of judicial review set in the Treaty of Paris and in the Treaties of Rome), the Court showed a «great liberty» in defining the legality of the Communities; it resorted to general principles of law and, thereby, «opened the path to the protection of fundamental rights of the citizen of the Community[; it] defined, in the same spirit, the norms of an ordered Community administration as much as the requirements of proper judicial protection».¹³ Faced with the many lacunae that the sector-based Treaty articles left open, the Court turned to comparative law. Its purpose was to research «the spirit of national laws, their orientation and their evolution», in the search for the solutions that could represent «a completion and a technical progress» and «coincide with the economic principles of the Treaty».¹⁴ The use of comparative law in this spirit was, and continues to be, a pervasive aspect of the work of the Court, straying far beyond instances of lacunae.¹⁵ The Court has identified in the constitutional traditions common to the Member States the normative basis for resorting to comparison when developing EU law.¹⁶ Those traditions have been not only a resource for establishing concepts and institutions for a non-state legal order; they also provided it with legitimacy, while empowering the Court in fashioning which of those traditions can or must be considered common *and* brought to bear in European law.¹⁷

Scholars, not least administrative law scholars, endorsed and reinforced this method of the Court to establish and progressively develop EU administrative law. Jean Rivero first inquired the possibilities of a horizontally common administrative law in Europe after the onset of integration.¹⁸ Jürgen Schwarze followed suit.¹⁹ Schwarze used the

¹² This section draws on J. Mendes, *The Foundations of EU Administrative Law as a Scholarly Field: Normativism, Functional Comparison and Integration*, on file with author, where these arguments are further developed.

¹³ P. Pescatore, *Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1, 1974, pp. 5-19, 10-11 (all translations are mine).

¹⁴ P. Reuter, *Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit*, in *Mélanges Offertes à Henri Rolin. Problèmes de Droit des Gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 263-283, 273-4, 276. On the role of the Court in developing administrative law, see, *inter alia*, M.P. Chiti, *I Signori del Diritto Comunitario: La Corte di Giustizia e lo Sviluppo del Diritto Amministrativo Europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, 3, p. 796-831; C. Harlow, *Three Phases in the Evolution of EU Administrative Law*, in P. Craig, G. de Burca (eds.), *The Evolution of Eu Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 439-464, 444-450.

¹⁵ K. Lenaerts, *Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 52, 2003, pp. 873-906, 874-876; T. von Danwitz, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, in *Fordham International Law Journal*, 5, 2014, pp. 1311, at 1317-1318.

¹⁶ The Treaty referred to «the general principles common to the laws of the Member States» in its provision on non-contractual liability (former Article 215(2) EEC Treaty, current Article 340 TFEU). Today, on matters of fundamental rights, the Treaty explicitly refers to the constitutional traditions common to the Member States (Articles 6(3) TEU and 52(4) of the Charter of Fundamental Rights), which famously made its way into EU law into the case law in European Court of Justice, judgment 17 December 1970, C-11/70, *International Handelsgesellschaft*.

¹⁷ See, further, S. Cassese, *Ruling from Below: Common Constitutional Traditions and Their Role*, in *New York University Environmental Law Journal*, 3, 2021, pp. 591-618, in particular at pp. 597-599.

¹⁸ J. Rivero, *Vers un Droit Commun Européen: Nouvelles Perspectives en Droit Administratif*, in M. Cappelletti (ed.) *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 389-406.

Court's comparative approach as the grounds to establish the existence and characteristics of an administrative law of the European Communities, that, applying also to its institutions, could vertically integrate the laws of the Member States. His landmark monograph largely set the foundations of a scholarly field. It drew on judge-made principles both to assert the existence of Community administrative law and to establish «a doctrinal content of the case law» by resorting to comparison.²⁰ The general principles that the Court had established were, in Schwarze's view, «the core and the point of crystallisation for European administrative law».²¹ While that was not explicitly stated as a purpose of his work, these principles and the doctrinal elaboration that Schwarze undertook both implied transposing to the administrative law of the Communities the same premises and normative foundations of State administrative law. That meant replicating for the European Communities the dialectical relationship between the exercise of public power and the protection of individual rights, which, while present also in the exercise of public authority by the Community institutions, was not its fulcrum. Indeed, such dialectical structure occurred only in limited areas (competition law and civil service), certainly in the late 1980s when Schwarze was writing, as he recognised in passing.²² For the most part, as is well-known, the EU administration was a “second grade” administration which interacted mostly with the Member States' administrations, in a complex system of «intermingling bureaucracies», the specificity of which Schwarze largely ignored in this work.²³ His focus on general principles and on case law led him

On the earlier roots of such common law, see, inter alia, M. D'Alberti, *Units and Methods of Comparison*, in P. Cane, H. Hofmann, E. Ip, P. Lindseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, 2020, pp. 119-136.

¹⁹ J. Schwarze, *European Administrative Law*, Mytholmroyd (UK), Sweet & Maxwell, 1992[2006], (as is well-known, this was the English translation of two volumes (*Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1988), French version of which was published by Bruylant in 1994).

²⁰ A detailed analysis of his method, purposes, premises and normative implications thereof can be found in J. Mendes, *The Foundations of EU Administrative Law as a Scholarly Field: Normativism, Functional Comparison and Integration*, cit. (also noting the significant differences between Rivero and Schwarze's approaches).

²¹ J. Schwarze, *European Administrative Law*, cit., pp. 7, 38.

²² E.g. J. Schwarze, *European Administrative Law*, cit., p. 858.

²³ Referring to the Commission as «a second grade institution», S. Cassese, *The European Administration*, Brussels, International Institute of Administrative Sciences, 1987, p. 10 (more recently, Brito Bastos refers to «second order administration»: F. Brito Bastos, *Beyond Executive Federalism: The Judicial Crafting of the Law of Composite Administrative Decision Making*, EUI PhD Thesis, 2018). The expression «intermingling bureaucracies» is from S. Pag, *The Relations between the Commission and National Bureaucracies*, in S. Cassese, *The European Administration*, cit., pp. 443-496, 455 (see, in this respect, also S. Cassese, G. della Cananea, *The Commission of the European Economic Community: the Administrative Ramifications of its Political Development (1957-1967)*, in E. Volkmar Heyen (hrsg.), *Jarhbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1992, pp. 81-94. The trait of Schwarze's work mentioned in the text is referenced also in A. Sandulli, *Il Ruolo del Diritto in Europa. L'Integrazione Europea dalla Prospettiva del Diritto Amministrativo*, Roma, Franco Angeli, 2018, p. 176; F. Brito Bastos, *Doctrinal Methodology in EU Administrative Law: Confronting the “Touch of Stateness”*, in *German Law Journal*, 4, 2021, pp. 593-624 and J. Mendes, *The EU Administrative Institutions, Their Law and Legal Scholarship*, in P. Cane, H. Hofmann, E. Ip, P. Lindseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford Handbook, 2020, pp. 527-550.

to identify the reconciliation of the rights of individuals with the pursuance of an effective and efficient Community administration as the main normative concern of its administrative law.²⁴

The tenets of the liberal constitutional state on the relative role of law and administration – the protection of private rights and the legal control of the administration – became the fulcrum of EU administrative law. Comparative administrative law allowed judges and scholars to set its foundations in a way that replicated the normativism of the 20th century administrative law within the EU. Normativism is premised on the limits placed to the exercise of public power to respect pre-existing rights, on the need to restrict the scope of government to protect the individuals' ability to pursue freely their own goals, on a core set of formalised procedures to ensure individual protection and judicial review thereof.²⁵ It reproduces at the EU level core tenets of separation of powers and of government's subjection to law as developed in the state setting, namely, the primacy of parliamentary law and the existence of principles conceived to keep executive and administrative authority within legal bounds, objective and neutral to the political content of their action. The functional method of comparison was central in this "translation".²⁶ The principle of functionality, Schwarze stated, «is generally recognised as the basic methodological principle of every comparison of laws». ²⁷ Here he followed closely Zweigert and Kötz, according to whom «great differences in [...] historical development, conceptual structure, and style of operation» of legal systems do not preclude the similarity of the problems and of the solutions found in the different legal systems.²⁸ Schwarze, in particular, looked for functional equivalents that EC law offered as a way to identify universalities. Indeed, the functional method invites the comparatist to «eradicate the pre-conceptions of his native legal system' and to focus on the areas of the foreign legal system to 'find the analogue to the solution which interests him». ²⁹ In tune with the Court's approach, Schwarze applied that method to vertical comparison, irrespective of the structural aspects that set the EU and the national legal orders apart.

The premises of administrative law of the liberal constitutional state were anchored on the separation between the state and the society, on the citizen invested with rights and with protections given by law that serve as a counterpoint to the public powers attributed to public institutions. These premises were, however, transposed to a functional polity whose interventionist institutional structures – needed for the establishment, development and functioning of a common market – presupposed an imbrication between the newly established administrative structures and those of the Member States,

²⁴ J. Schwarze, *European Administrative Law*, cit., p. 9, 73.

²⁵ On normativism, see, further, M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, in particular pp. 101-104, 206-210, with reference to the UK legal system and political theory.

²⁶ The term translation is taken from N. Walker, *Postnational constitutionalism and the problem of translation*, in J.H.H. Weiler, M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 27-54.

²⁷ J. Schwarze *European Administrative Law*, cit., p. 82.

²⁸ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 39.

²⁹ *Ibidem*, p. 35.

as well as the collaboration between these holders of public power and private actors active in the internal market.

3. EU Administrative Law Beyond the Liberal State

It results from the above that current EU administrative law, as a field of law, displays the classic problem of transposition in comparative law. It is not the case that «transposed to a different political climate, [the] formerly strong qualities [of administrative law] have tarnished and almost disappeared», to use the words of Santi Romano (referring, in the early 20th century, to the transposition of political representation from British constitutional law to Italy).³⁰ Nevertheless, EU administrative law was built on the normative underpinnings of national administrative laws, largely oblivious to the distance between the respective political and constitutional characteristics. The different nature of the EU was duly acknowledged in academic writings. Later on – in particular since the 2000s – the study of the administrative structures and procedures that enabled the articulation of Member States, EU institutions and bodies, as well as private actors flourished. But that does not necessarily mean that the constructions of administrative law that scholars advanced for the EU were in line with its specific constitutional features.³¹ Functional comparison was compelling to the point that conceptual frameworks within which administrative law scholars were developing their analyses remained often only implicit. There is little doubt that a public power had developed at the EU level which needed to be subject to legal control, that the Court of Justice resorted amply to techniques of judicial review and established principles that stemmed from national administrative law, fulfilling the mandate that the Treaties gave it. To the extent that similarities could be established – and, at least insofar as private legal spheres were impacted by the exercise of public authority, they could – transposition was due. That does not mean, however, that the same concepts and principles of national administrative law could capture the distinct characters of the EU administrative legal order.³² Neither does it mean that the protection of private legal spheres through procedural principles and judicial remedies, and the subjection of public powers to principles of legality, was the suitable fulcrum to understand the specific complexity of EU administrative law.

Be that as it may, the dichotomy authority-liberty that is at the heart of national administrative law, in line with its anchoring normativism, became part of the EU legal order and of its development. This way of approaching administrative law in the EU, however, does not easily match the fundamental composite character of this legal order, which was squeezed in the conceptual legal frameworks known from national administrative laws. Crucial elements of that composite nature remained, arguably, with-

³⁰ S. Romano *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in G. Zanobini (ed.), *Scritti minori. Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 311-325, 322.

³¹ F. Brito Bastos, *Beyond Executive Federalism: The Judicial Crafting of the Law of Composite Administrative Decision Making*, cit.

³² Ibidem, proposing a method that perfects the dogmatic categories of EU administrative law, which the author draws from the German new public law scholarship.

out satisfactory legal response: the «organisational instability or fluidity, polysynodal organisation and diffuse structures» that characterise composite systems;³³ the multi-polar relationships established between public and private parties that those systems generate. In such relationships, the legal position of private person may be such that allows them to choose between the public authorities with whom it wishes to establish a legal relationship.³⁴ This dynamic subverts the binary logic of authority-liberty that had underlined most of categories of national administrative law, since the private person does not necessarily emerge as in need of legal protection before a unilateral exercise of public power. And, yet, EU administrative law denotes the same tensions between the protection of the individual sphere and corresponding rights, on the one hand, and the needs of intervention of public powers that justify administrative powers, on the other. Largely shaped by the tenets of normativism, EU administrative law – as a field of law and as a scholarly field – emphasises the legal controls over public power to ensure the protection of the private sphere, which must be compatible with the spheres of autonomy that the administration should retain. Such controls, together with the establishment of administrative power, has been one of the main purposes of EU administrative law over the past decades, reflecting to a great extent the emergence and development of Western administrative laws.³⁵

Against this background, three fundamental points should be made. First, normativism in public law is framed by constitutions that give prevalence to legislative norms in the system of sources of law, which corresponds to the prevalence that the parliament (in the case of the EU, representative institutions more broadly) should have in the political system. Both conceptions stem from public law conceptions of sovereignty that fit uneasily the EU legal system.³⁶ Here, the legislative norm is not the expression of popular sovereignty, but the expression of the synthesis between the intergovernmental, representative and supranational components of the decision-making process that the Treaties now call legislative, which lend it a specific kind of legitimacy distinct from that of legislation in constitutional states.³⁷ Second, from the perspective of normativism, EU administrative law has largely attained its goals. The «art of bending the executive [and administrative] power to respect the law» is today largely achieved, to paraphrase Jean-Bernard Auby in his elegant diagnosis of French administrative law in

³³ S. Cassese, *Che Tipo di Potere Pubblico è l'Unione Europea* in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, pp. 141-167, at p. 160, arguing that the model of the empire is better suited than that of the state to understand EU law.

³⁴ *Ibidem*, p. 163 and S. Cassese, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, 3, pp. 601-650.

³⁵ E. Chiti, J. Mendes, *The Evolution of EU Administrative Law*, in P. Craig, G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

³⁶ M. Loughlin, *Why Sovereignty?*, in R. Rawlings, P. Leyland, A. Young, *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

³⁷ On EU law-making as a synthesis of different logics, see D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001; on legitimacy of administrative law, see E. Schmidt-Aßmann, *La legitimación de la Administración como concepto jurídico*, in *Documentación Administrativa*, 234, 1993, p. 163-229; on the tensions between the normative and the functional legitimacy foundations of EU administrative law, see E. Chiti and J. Mendes, *The Evolution of EU Administrative Law*, cit.

the early 2000s.³⁸ That success is to a large extent due to the general principles of administrative law that, stemming originally from national laws, protect the legal sphere of the legal persons confronted with the exercise of authority by the EU (even if they function differently in different sectors of EU law). Many of them (such as the often-invoked proportionality) constitute core tools for the judicial review of administrative action. That the administrative rule of law has been achieved to a significant extent in the EU is no small feat. Existing lacunae keep on being filled on the “humus” that comparative administrative law provided, by now already resorting to an established catalogue of fundamental rights and to the techniques of judicial review that the Courts solidified over the years. The convergence among Member States legal orders, much by effect of Europeanisation, and between these and the EU legal order – both at the core of academic debates in the 1980s and 1990s – have also been largely realised.³⁹ But – and this is the third point – that convergence occurred when deep transformations of the State and of its administrative law were under way and affected fundamentally the authority of administrative powers, the relationship that they establish with natural and legal persons by effect of its exercise, as well as the relationship between state and society that underpinned normativism (presupposing separation between the public and the private spheres).⁴⁰ Intervening in complex normative structures of market regulation, the legal norm to which administrative action must conform does not predetermine all or the essential aspects of the administrative action, which are ever more reliant on procedural norms for the definition of its content and dependent on extra-legal aspects of decision-making. They are also heavily dependent on composite administrative structures and procedures, which intermingle (in various degrees and shapes) different types of legal sources, from national and EU law, and different actors, public and private.

By replicating the tension authority-liberty characteristic of national administrative law, EU administrative law developed irrespective of the complex articulation between different administrations that are a structural part of its legal system. Those administrations are not only situated at different territorial levels. They reflect different administrative cultures, are subordinated to different governments and political priorities or, if independent from them, convey different socio-economic problems and needs, all manifested within the context of EU integration, framed by different, albeit interlocked, legal orders.⁴¹ Despite the existence of a very rich body of literature that analyses the EU

³⁸ J.-B. Auby, *La Bataille de San Romano. Réflexions sur les Évolutions Récentes du Droit Administratif*, in *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, 11, 2001, pp. 921-926, 926.

³⁹ M. D'Alberty, *Units and Methods of Comparison*, in P. Cane, H. Hofmann, E. Ip, P. Lindseth (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 119-136, 123-129.

⁴⁰ For these transformations, see, among many, J.-B. Auby, *La Bataille de San Romano. Réflexions sur les Évolutions Récentes du Droit Administratif*, cit., with reference to French administrative law, but mapping traits that are not exclusive thereto (such as the internationalisation of the sources of law, the increasing relevance of the market, the fragmentation of the state apparatus).

⁴¹ The terms interlocked is taken from K. Lenaerts, *Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 4, 2003, p. 873. On composite administrative procedures, see inter alia, H. Hofmann, *Composite Decision-Making Procedures in EU Administrative Law*, in H.C.H. Hofmann, A.H. Türk (eds.), *Legal Challenges in EU Administrative Law: To-*

administration, its specific traits and challenges (developed at the margin of, or irrespective of, the orbit of Schwarze's influential work),⁴² the conceptual system and the principles common to different sectors of the EU administration – those mentioned in the epigraph to this chapter – are those of normativism. They were as such developed both by the EU courts and by the scholars of EU administrative law.⁴³ One prominent example is the judgment in *Berlusconi*, where the difficulties in matching a two-layered system of judicial review with composite procedures, and the requirement to ensure the effective judicial review, ultimately gave jurisdiction to the EU Courts to assess the validity of national acts (hence, precluding review by national courts when discretion lies with EU bodies), and asserted the jurisdiction of national courts over the validity of EU acts, to the extent that these are preparatory of national final decisions.⁴⁴ How to determine where discretion is located, however, may be far from a straightforward exercise, and is core to understand the implications of this doctrine.

From the perspective of normativism, a fundamental aspect of the exercise of public power remains largely in the shade: how executive bodies arrive at the determination of public interests, within the constant evolution of structures and forms directed at delivering regulatory outcomes.⁴⁵ Legal norms provide the grounds and limits of administrative power, within which discretion lives and should live without an intrusion of judicial review, and, hence, indirectly, of legal considerations. Discretion becomes a sphere free of legal normative considerations.⁴⁶ Judicial review is presumed limited to manifest errors of assessment, whereby courts – with different degrees of stringency – verify compliance (mostly) with procedural norms to establish whether the powers exercised remained within the limits defined by law (i.e. whether they do not «manifestly exceeded the limits of discretion») and whether they constitute misuse of power.⁴⁷ The

wards an *Integrated Administration*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009; S. Alonso de León, *Composite Administrative Procedures in the European Union*, Iustel, 2017; and F. Brito Bastos, *Beyond Executive Federalism: The Judicial Crafting of the Law of Composite Administrative Decision Making*, cit.

⁴² See, among many, E. Chiti, C. Franchini, *L'Integrazione Amministrativa Europea*, Bologna, il Mulino, 2003 and more recently, M. Ruffert, *Law of Administrative Organization of the EU. A Comparative Approach*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020.

⁴³ On this interplay, see in more detail, in J. Mendes, *The Foundations of EU Administrative Law as a Scholarly Field: Normativism, Functional Comparison and Integration*, cit.

⁴⁴ European Court of Justice, judg. 19 December 2018, C-219/17, *Berlusconi and Fininvest v Banca d'Italia and Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS)*, para 44, 46, 49 and 50. On the significance of this judgment for the evolution of EU administrative law see, inter alia, E. Chiti and J. Mendes, *The Evolution of EU Administrative Law*, in P. Craig, G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, cit.

⁴⁵ On the relevance of the exercise of administrative power, see A. Cioffi, *Due Problemi Fondamentali della Legittimità Amministrativa (a Proposito di Santi Romano e di M.S. Giannini)*, in *Diritto Amministrativo*, 2009, 3, pp. 601-661, 644. From a different but equally relevant perspective, see J.M. Rodríguez de Santiago, *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de Racionalidad para la Adopción y el Control de la Decisión Administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

⁴⁶ J. Mendes, *Bounded Discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU*, in *Modern Law Review*, 4, 2017, p. 443, and references therein.

⁴⁷ See, among many, H.P. Nehl, *Judicial Review of Complex Socio-Economic, Technical, and Scientific Assessments in the European Union*, in J. Mendes (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, and references therein.

latter grounds of review is largely irrelevant in current judicial practice. In the former – the most significant to control the exercise of discretion – the possible lack of congruity with the public interests for which administrative power was attributed is hard to establish. This is not for lack of judicial tools or for an insufficiently stringent degree of review. Simply, the legal norms which set the boundaries of both the administrative and of the judicial intervention are not – and cannot be, given the nature of the matters subject to regulation – sufficiently determined regarding the goals to be pursued, which are often plural and conflicting. In addition, the fact that the way public interests are established and pursued often does not reach the courts (for a variety of different reasons, including the procedural norms that filter out access to judicial review) means that, to a large extent, the way legal regimes are shaped depends on administrative processes that, even if grounded and limited by law, are also jus-generative and define the way public interests are protected in our societies.⁴⁸

At the same time, normativism fails to provide an adequate understanding of phenomena that, far from exclusive to it, are characteristic of the EU administration and fundamental to its operation, namely two: soft law (ever more important in the actions of the EU agencies) and the collaboration between public and private actors in ways that largely transcend the bilateral scheme of legal relationships. Soft law remains in many respects a puzzle, whose relevance in EU law increases with the progressive centralisation of administrative powers in EU bodies and institutions. That is clear in the case of financial regulation, where European Supervisory Authorities (ESAs) have acquired significant powers of regulation and supervision, while the convergence of regulatory standards continues to depend, to a very significant degree, on the action of national competent authorities. Here, soft law plays a crucial “bridge” role. But, from the perspective of normativism, it remains a para-legal phenomenon, that fits strangely within the scheme of sources of law, even though it is intrinsic to the functioning of the EU legal order. Albeit with different roles in different fields, it embodies an exercise of authority needed to fulfil the purposes of integration, not least as a solution to compensate the limits of intervention of EU bodies, as in the case of the ESAs.⁴⁹ In important areas of the internal market, the role of private actors in the definition of norms and in their enforcement – mediated in different degrees by legislative norms – is in continuity with that of public actors, all essential to bring about the changes in social reality that EU law intends to produce. Nowhere is that more evident than in the so-called new approach to technical harmonisation.⁵⁰ Here, the Commission “contracts out” the making of technical standards and presumes compliance therewith as equivalent to compliance with EU legislation. The obvious public interest entailed in consumer safety and health protection led the making of private standards to be progressively subject to public

⁴⁸ J. Mendes, *Constitutive Powers of Executive Bodies: a Functional Analysis of the Single Resolution Board*, in *Modern Law Review*, 6, 2021.

⁴⁹ On the difficulties of the court to address that diversity, see P. Hubkova, *Judicial Review of EU Soft Law: A Revolutionary Step Which Has Not Happened Yet* (Case Note on *BT v. Balgarska Narodna Banka*, C-501/18), in *Revista General de Derecho Público*, 55, 2021.

⁵⁰ See, inter alia, H. Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of the Integrating Markets*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

law procedural principles and, more recently, to judicial review by the EU Courts.⁵¹ Neither, however, capture the nature of such standards and may be rather limited in solving the legitimacy issues that ensue from the specific institutional setting in which voluntary standards developed by industry acquire law-like normative power.⁵²

These are core aspects of administrative law that pertain, respectively, to competences, sources and actors. For all, institutionalism can be a fruitful complement to the shortcomings of normativism, not least because of its openness regarding the modes of law formation.⁵³ It may potentially advance the understanding of how administrative law structures and should structure the exercise of administrative power, which is not only unilateral, not only public, and not only binding, and, moreover, is situated in an evolving constitutional setting.

4. The Law in Santi Romano and Comparative Administrative Law as a Method

The revision of the dogmatic tools of public law to ensure a better understanding, reflection and, eventually, correction of positive law, was the challenge that scholars faced in the early 20th century, among whom, Santi Romano.⁵⁴ This is not the place to analyse the similarities and differences between the context of that time and today's. For the purposes of the analysis, it suffices to place the parallelism at a rather superficial level: then as now, the state, as much as public powers more generally and the law that governs them, struggle to keep up with the socio-economic and technical mutations, which, far from steering unilaterally, they shape in complex processes of political and socio-economic interaction.⁵⁵

Perhaps a legal sociologist *avant la lettre*, Romano incorporated political and social facts in his scientific construction of the law, largely as a reaction to the dissonance between the legal constructions of the liberal State and the socio-political context of his time.⁵⁶ Distinctively, however, his concern was one of legal dogmatic that could over-

⁵¹ Regulation (EU) no 1025/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on European standardisation; European Court of Justice, judg. 12 July 2012, C-171/11, *Fra.bo SpA v. Deutsche Vereinigung des Gas und Wasserfaches*; European Court of Justice, judg. 27 October 2016, C-613/14, *James Elliott Construction Limited v Irish Asphalt Limited*.

⁵² M. Gérardy, *The embedding of private international standards into the EU legal order*, paper presented at the Society of International Economic Law, Milan, 7-9 July 2021, on file with author.

⁵³ See M. D'Alberti, *Santi Romano e l'Istituzione*, cit., p. 587, noting such openness.

⁵⁴ For a brief account of the context of the time, including comparative references, see A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, cit., pp. 153-156.

⁵⁵ On Romano's time and the difficulties of such parallelism, P. Grossi, *Santi Romano: Un Messaggio da Riprendere nella Odierna Crisi delle Fonti*, in P. Grossi (ed.), *Società, Diritto, Stato. Un Recupero per il Diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 143-162, referring both to the «*incapacità ordinativa dello Stato*», p. 145, and to the virtual identity between «*il nucleo dei suoi momenti di crisi*», p. 160. Crisis in 2005 surely meant something different from crisis in 2021, but, arguably, that kernel remains today.

⁵⁶ See, among many, A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, cit., pp. 169-170.

come legal positivism, and legal myths as ensued from the 19th century conceptions of public law.⁵⁷ His was a constructive approach to law that could overcome the flaws of normativism in understanding and ‘ordering’ the society of his time, even if the notion of institution remained somewhat vague.⁵⁸

4.1. Law as institution

In Romano’s institutional theory, the norms that provide and regulate the authority of public powers, and that pertain to legal relationships between public entities and individuals, are only one of law’s manifestations.⁵⁹ Law is institution, a social entity that establishes the norm; before being norm, law is ‘an organisation, a structure, and a position of the society in which it develops’.⁶⁰ There is, therefore, a legal moment that precedes the emanation of the norm, which stems from society, and is part of the law as legal order.⁶¹ Norm and institution are two distinct moments of the law, equally needed to have a judicious understanding of its nature. Romano, however, gives precedence to the institution over the norm: the legal norm cannot be properly «defined and assessed if isolated from the whole of which it is part and with which it is in organic connection».⁶² They are but «elements of a vaster and more complex order, and rest on it, as it is its necessary and inescapable basis».⁶³

Because law reflects the incarnation of the social self,⁶⁴ “necessity” has a role in Romano’s legal theory, but one that is not expressed in his *opus magnum*. From other writings, it emerges that necessity is a normative fact (part of law) that stems from society and from the forces that animate it. While «law can evolve from law, through successive modifications and manifestations, it may also have a formation, that one may designate original, that arises immediately from the demands and needs of social life ... representing the transformation of the fact into law».⁶⁵ Such necessity, which

⁵⁷ S. Romano, *L’Ordinamento Giuridico*, cit., p. 96-97. See also P. Grossi, *Santi Romano: Un Messaggio da Ripensare nella Odierna Crisi delle Fonti*, in P. Grossi (ed.), *Società, Diritto, Stato. Un Recupero per il Diritto*, cit., pp. 145, 146-49, 152-157. On his method and approach, see, inter alia, S. Cassese, *Ipotesi sulla Formazione de l’Ordinamento Giuridico di Santi Romano*, cit., pp. 266-269. Given this emphasis in Romano’s approach, my claim that his theory can ground the development of a different conceptual system for EU administrative law is arguably not contradictory with his rejection of conceptualist thinking.

⁵⁸ G. Itzcovich, ‘Something More Lively and Animated Than the Law’: *Institutionalism and Formalism in Santi Romano’s Jurisprudence*, cit., p. 248.

⁵⁹ S. Romano, *L’Ordinamento Giuridico*, cit., pp. 19-20.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 27, 35, 42.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 18-22.

⁶² *Ibidem*, p. 97 (and 27).

⁶³ *Ibidem*, p. 97.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 19 («The process of objectification that gives rise to the legal phenomenon does not begin with the emanation of a rule, but at a prior moment»).

⁶⁵ S. Romano, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901), in S. Romano, *Scritti minori. Vol. I, Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 149-150. On the relevance of the concept of necessity in Santi Romano’s work, see M. Fioravanti, *Per l’Interpretazione dell’Opera Giuridica di Santi Romano: Nuove Prospettive della Ricerca*, cit., pp. 204-211 and P. Grossi, P.

may be at the origin of the transformation of facts into law, means «correspondence with social needs and requirements». ⁶⁶ Such dimension of law conditions the legal norm, insofar as the legislature needs to reflect it in the norms that it establishes. ⁶⁷ Necessity, understood in this way, poses limits to the sovereign power of the State. ⁶⁸

Law has an «immobilising function», that is, it «determines, fixes, immobilises, crystallises, ..., the manifestations of social life to which its efficacy extends, which is varied according to the nature and purposes of the individual orders». ⁶⁹ Such function is in syntony with its character of institution, of legal order. ⁷⁰ But it does not exclude the possibility of renewal or even of «radical and profound transformations of its structure and of its functioning». ⁷¹ Such transformative capacity, one presumes, is innate in the necessity that is source and part of law. ⁷²

This conception of law as legal order is particularly relevant in the realm of constitutional law, which regards the State, its elements, structures and functions irrespective of legal relationships. But it is no less pertinent for administrative law. The latter, according to Romano, is first and foremost «the law that establishes the organisation of the entities that exercise [the administrative function]», before it governs the legal relationships that stem from that very exercise. ⁷³ As Loughlin noted, Romano's institutional theory of law allows for the integration of administrative measures within the legal order. ⁷⁴ That integration, I submit, allows the jurist to manage better the tensions that intercede – in particular in fields of economic regulation – between norms and administrative dominance, and the ensuing relative authority of different public powers. From an institutionalist perspective, the administrative state can be approached as an unavoidable trait of contemporary politics grounded by law, and not as strange element to a normative system where general and abstract rules are the paragon of law.

These are only a few selected aspects of a rich and complex work that, as mentioned earlier, has been the object of manifold – and, at times, contradictory – interpretations. Risking the oversimplification that Cassese rightly warned against, ⁷⁵ I would like nevertheless to propose that one can find in these tenets of Santi Romano's institu-

Grossi, *Santi Romano: Un Messaggio da Ripensare nella Odierna Crisi delle Fonti*, in P. Grossi (ed.), *Società, Diritto, Stato. Un Recupero per il Diritto*, cit., pp. 153-154.

⁶⁶ Ibidem, p. 153.

⁶⁷ S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1901), in S. Romano, *Scritti minori. Vol. I, Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 194-195, 199.

⁶⁸ Ibidem, p. 186-187, see, in this regard, M. Fioravanti, *Per l'Interpretazione dell'Opera Giuridica di Santi Romano: Nuove Prospettive della Ricerca*, cit., pp. 208-209.

⁶⁹ S. Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, 1983, p. 81.

⁷⁰ Ibidem, pp. 82-83.

⁷¹ Ibidem, p. 86.

⁷² S. Romano, S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901), in S. Romano, *Scritti minori. Vol. I, Diritto costituzionale*, cit., p. 153.

⁷³ Ibidem, p. 98.

⁷⁴ M. Loughlin, M. Loughlin, *Santi Romano and the Institutional Theory of Law*, cit., p. xix, noting the contemporary character of Romano's theory.

⁷⁵ S. Cassese, *Le Alterne Fortune de 'L'Ordinamento Giuridico' di Santi Romano*, cit., p. 443, pointing to the need to study Romano's work as the product of a specific historical period and to avoid searching therein «dogmas to apply to new realities».

tionalism the seeds to develop an approach to administrative law that, in the European Union, can usefully complement (or even, in certain aspects, possibly supplant) the normativism that legal scholars and judges have prevalingly conveyed. It may provide a conceptual ground to move the fulcrum of EU administrative law from rights' protection to the development of precepts possibly more suitable to navigate the complexity of regulation in highly technical fields and give law a suitable steering role therein. In this regard, the element of "the living experience" that Romano's institutionalism brings into law is particularly fitting to approach administrative law in the EU, where it is a core part of the project of integration.⁷⁶

Before moving on, however, a brief reference to one of the many contradictions found in the interpretation of the work of Santi Romano is due. Romano's institutionalism has been seen both as «the theoretical foundation of the autocratic power of the administration» and as the facilitator of the transformation of the State from the liberal legal state to the democratic State of the 20th century. Both assessments have been made regarding Italy, in relation to its 1920s shift to a totalitarian regime and to its transition to a democratic social state from the 1950s on. Alberto Massera termed this disparity of interpretations «*la questione romaniana*».⁷⁷ The first position was expressed by Maurizio Fioravanti;⁷⁸ the second, already made in the late 1970s, appeared again more recently (and in slightly different terms) through the hand of Massimo La Torre, who sees in Romano's work an alternative to liberal constitutional theory, not least because of its anti-individualism.⁷⁹ The potential of the latter position does not seem to have been spelt out in detail by its proponents.⁸⁰ Fioravanti, in turn, drew his conclusion from a detailed analysis of Santi Romano's conception of the administrative state, taking as a starting point how Romano conceived the role of the Parliament in relation to the administration and focusing on the function of formal law in relation to administrative action.⁸¹ In his analysis, Romano's efforts to tackle the increasing com-

⁷⁶ That reference to S. Romano is in M. Loughlin, *Santi Romano and the Institutional Theory of Law*, cit., p. xxv.

⁷⁷ A. Massera, *Santi Romano Tra 'Diritto pubblico' e 'Ordinamento Giuridico'*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1989, pp. 617-632, 630-631.

⁷⁸ M. Fioravanti, *Stato di Diritto e Stato Amministrativo nell'Opera Giuridica di Santi Romano*, in M. Fioravanti, *La Scienza del Diritto Pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione Tra Otto e Novecento*, cit., p. 449.

⁷⁹ M. La Torre, *Institutionalism as alternative constitutional theory: on Santi Romano's concept of law and his epigones*, in *Jurisprudence*, 1, 2020, pp. 92-100. The author cited by Massera is A. Tarantino in P. Biscaretti di Ruffia (eds.), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977. Referring also to Romano's anti-individualism, see A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, cit., p. 175. Biscaretti di Ruffia (eds.), in turn, pointed in 1975, to the relevance of Romano's theory to tackle issues of contemporary Italian constitutional law, P. Biscaretti di Ruffia, *Le Dottrine Giuridiche di Oggi e l'Insegnamento di Santi Romano: Il Diritto Costituzionale*, in *Il Politico*, 4, 1975, pp. 574-592, 592).

⁸⁰ I have not had access to the chapter by Tarantino cited in the note above before concluding this text, so this statement may need to be qualified.

⁸¹ M. Fioravanti, *Stato di Diritto e Stato Amministrativo nell'Opera Giuridica di Santi Romano*, in M. Fioravanti, *La Scienza del Diritto Pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione Tra Otto e Novecento*, cit., pp. 409, 420-431.

plexity of public law make it encounter and enter «the world of interests and exchange, but with the precise intention of creating a *publicist logic* of domination of that world». ⁸² Fioravanti's view that Romano's institutionalist order bears the theoretical seeds of the autocratic administration stems mainly from the secondary role that Romano attributed to the Parliament, to legislative norms (in a formal sense) and their «effective capacity to direct public administrative action». ⁸³ Such conclusion is also enmeshed with Fioravanti's view that the administrative state, as Romano delineated it, became in Italy «the victorious political-state form until the Constitution of 1948 ... throughout the whole fascist period». ⁸⁴

«*La questione romaniana*» raises complex matters. Romano's formal link to the fascist regime (appointed by Mussolini, he presided the Council of State between 1929 and 1944) has further influenced the reception of his work, even if his positioning and the extent to which his work should be read in this light is far from settled and deserves a dedicated analysis in the historiographical analysis of Romano's work. ⁸⁵ For current purposes, I trust it suffices to stress that some of Romano's propositions with regard to the role of the legislative norm in relation to the activity of executive and administrative bodies – e.g. in certain areas it serves a control function rather than an “active” function – is, *nolens volens*, a reality of the contemporary administrative state, at least in areas of complex technical regulation. Here, the relationship between the law and the state raises different concerns from other administrative law areas where there is “only” a direct intervention in the private legal sphere. I do not take here a position regarding the normative desirability of an administrative state, but limit myself to note that, where it exists or is manifested more strongly, the function it ought to have needs to be properly accounted for by law, if law is to retain any capacity to steer administrative activity, whether in isolation or in interaction with private actors. Law must be one of the elements that guarantees the conditions of collective life, where citizens can develop their capabilities, and protects democratic ideals on which the polity is founded. ⁸⁶ Those conditions and ideals must be fulfilled and pursued in a democratic polity, whether they depend or not on the action of administrative bodies. The usefulness of Santi Romano's general institutional theory in this regard must be assessed for the pre-

⁸² Ibidem, p. 415 (emphasis in the original). Fioravanti draws here on a text by Romano to which I did not have access before completing the manuscript of this chapter (S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V. E. Orlando (ed.), *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1897). He stresses that Romano brings out the law that is emerging within the social activity of the State. The social activity of the state was distinct from its legal activity (*attività giuridica*), a contraposition that came from Orlando's work and from which Romano takes distance, pp. 418-419.

⁸³ Ibidem, p. 420.

⁸⁴ Ibidem, p. 424.

⁸⁵ On his relationship to fascism and ideological positioning, see A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, cit., p. 181-183 and 175 (respectively). Sandulli characterises Romano as politically conservative, philosophically anti-individualist and anti-illuminist, and socially belonging and defending the rural bourgeoisie from which he emerged (Sandulli sees in this last trait the source of the use of its theory by fascism – *ibidem*, p. 175, fn 65).

⁸⁶ M. Feintuck *The 'public interest' in regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 13-24, 26-27, 56.

sent conditions, and within the limits of constitutional democracies, irrespective of the usages that may have been made of it under authoritarian regimes.

Santi Romano's work has opened many fronts of academic debate. Whether his construction of the administrative state born the seeds of authoritarianism remains a moot point. At a time in which deep inequalities, climate crisis and health emergencies call for a change in the role of the state and public powers, the potential of Romano's institutionalism to overcome the current flaws of legal structures that underpin liberal democracy is worth exploring in depth. "*La questione romaniana*", however, stands for a much deeper debate on the role of law and of the administrative state, and may very well be the watershed where the future of public law can be decided.

4.2. Romano's institutionalism and EU administrative law: comparison as method

As just stated, the «excess of administration...relative to the legality of the liberal state» that Santi Romano noted is a reality in contemporary polities.⁸⁷ Through different historical stages and characteristics shaped by political and administrative reforms, it has been so for almost a century. The presence – often dominant – of executive powers and their relevance in defining how public goods are produced in our societies is a long-standing feature of public law (not only of the EU's), which, as such, is unlikely to change, even if the forms and means through which it manifests itself vary considerably, also in the short-run. Domains of complex technical regulation are, today, mostly domains of public administrations, in which the legislative norms often remain indeterminate, may be essentially procedural in their structure and constraints, and are dependent on specialised knowledge that is largely non-legal which may be found only outside of public institutions. Judicial review, if intense, immerses itself in the technicalities that define the meaning and scope of legal norms.

If comparative administrative law served to build a model of EU law prevailing in the image of normativism, it is a "legal technology" which can be deployed to draw out patterns of public law that adapt or overcome, if and where needed, the normativism typical of the liberal state.⁸⁸ Comparative administrative law can be deployed to tease out from the different legal systems the elements that, showing how the legal norm is only one part of the law (understood in Romano's terms), may bring to light the specific legal traits of a deeply imbricated legal and institutional system such as the EU's.⁸⁹

⁸⁷ G. Itzcovich, 'Something More Lively and Animated Than the Law': Institutionalism and Formalism in Santi Romano's Jurisprudence, cit., p. 244.

⁸⁸ On the term "legal technology", see R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁸⁹ On the methodological consequences of institutionalism and the lack of clarity by Romano on how to apply his theory and on its practical usefulness, see G. Itzcovich, 'Something More Lively and Animated Than the Law': Institutionalism and Formalism in Santi Romano's Jurisprudence, cit., pp. 247-248. Mentioning the difficulties of applying his method, see V. E. Orlando, *Ancora del Metodo in Diritto Pubblico*

Overcoming the deficiencies of normativism and of legality as conceived of in the liberal state, so that law can cope with legal issues that that model does not sufficiently account for, was, in fact, the role of the institution in Romano's work.⁹⁰ Such path may help identifying which of the elements that were brought to EU administrative law from national experiences it should retain; which could be adapted and created in addition, to reflect the specific characteristics of the EU polity, as it is rapidly evolving, and, possibly, provide it with means to face its current challenges.⁹¹

Resorting to comparative law as a method to analyse the institutional aspects of law appears to be particularly pertinent in those areas where the issues that are the object of executive or administrative power are not – most times, cannot – be ruled through normative criteria that can be contained in a significant manner by legal norms. A prominent example is monetary policy, but also the nature of norms applicable in the area of financial regulation – characterised by open-textured norms, uncertainty, necessary reliance on prognostic assessments and purposive action – open the way to the constitutive action of executive powers in ways that normativism arguably cannot capture.⁹² Fields with such characteristics require an understanding of the “living entity” – the institution to which the norms appertain – without which the interpretation and application of such norms risks remaining imperfect, if not flawed, when considered in relation to the realisation of the public interests that they delimit or to which they are instrumental.

In fields such as these, it is particularly apposite the view that law is «an entity that moves in part according to the norms, but above all moves the norms, almost as pawns on a chessboard – norms that therefore represent more the object, as well as the means of its activity, than an element of its structure».⁹³ Arguably, comparison that starts from this premise can assist the analyst to develop the structural elements of law, identify what animates its operation and changes, and bring to light crucial elements for the understanding of public law that normativism leaves in the shade. How norms can steer the realisation of public interests – and the extent to which they can – is arguably one of such elements. The exercise of public power, seen from this material perspective, tends to be considered as the realm of discretion, approached as a sphere that, while delimited by legal norms, operates largely devoid of legal considerations.⁹⁴ An institutionalist perspective may highlight the specific intertwinement of the different elements that animate the law, and help to analyse their imbrication with law itself. Perhaps this

Con Particolare Riguardo all'Opera di Santi Romano, in AA.VV., *Scritti Giuridici in Onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, pp. 3-23, 19.

⁹⁰ G. Itzcovich, *'Something More Lively and Animated Than the Law': Institutionalism and Formalism in Santi Romano's Jurisprudence*, cit., p. 248. Itzcovich compellingly shows why and how institutionalism, in combination with Romano's formalism, can be suitably applied to EU law (pp. 252-254).

⁹¹ On the later, see E. Chiti and J. Mendes, *The Evolution of EU Administrative Law*, in P. Craig, G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, cit. On the aspects that normativism obfuscates, see Section 3 above.

⁹² On constitutive powers, see J. Mendes, *Constitutive Powers of Executive Bodies: a Functional Analysis of the Single Resolution Board*, cit.

⁹³ S. Romano, *L'Ordinamento Giuridico*, cit., p. 15.

⁹⁴ See, further, J. Mendes, *Bounded Discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU*, cit.

will mean working with a “liminal” concept of law, which refers to an undefined «something livelier and animated» than the norms, to «some other aspect of law, more fundamental and above all prior [to the abstract definition of law as norms], both because of the logical demands of the concept and to achieve the correct assessment of the reality in which law manifests itself».⁹⁵ But, arguably, that will nevertheless enrich our understanding of how law functions – and how such functioning can be modified where needed in view of the constitutional principles it should abide by – in ways that may be unparalleled by conceptions of law shaped by normativism. Seen from the perspective of normativism, EU administrative law is by now a complete undertaking; seen from the perspective of institutionalism, its specific institutes – collaboration (manifested both organisationally and procedurally), its structurally sectorial character, its instrumentality to integration – are still begging for a distinct conceptual system and common principles that provide a fulcrum in the midst of complexity (re-calling again D’Alberty’s words in the epigraph).

While the concrete possibilities of this path remain still vaguely formulated in this contribution, the proposition arguably stands. The specificity of the administrative law of the EU has been downplayed by the stress placed on commonalities, which the functional method of comparison applied through the lens of normativism favoured.⁹⁶ Against this background, an understanding according to which «the norm is nothing but ... one of [law’s] voices, one of the ways in which it operates and achieves its end» – that «the objectivity of norms», of which law’s existence and structure are the most characteristic hallmarks, «is merely a much weaker and sometimes a downright pale reflection of the objectivity of such an entity»⁹⁷ – is potentially a much needed complement to build a public law that is reflective of the specificity of the EU’s legal order.

5. Returning to D’Alberty

One of D’Alberty’s arguments to defend the continuous relevance of comparative law in Europe, at a stage where convergence seems to have been reached, is its useful-

⁹⁵ That the concept of institution was “liminal” was an assessment made by Giannini (see S. Cassese, *Le Alterne Fortune de ‘L’Ordinamento Giuridico’ di Santi Romano*, cit., p. 435). The reference to that undefined «something» and to the «other aspects of the law» is in S. Romano, *L’Ordinamento Giuridico*, cit., p. 15 and 5, respectively (the part in square brackets is not self-evident from the text; it expresses my interpretation, which may be contested, but that may be backed up by V.E. Orlando, *Ancora del Metodo in Diritto Pubblico Con Particolare Riguardo all’Opera di Santi Romano*, in AA.VV., *Scritti Giuridici in Onore di Santi Romano*, cit., p. 15 – this piece includes an account of the critiques that Romano’s work enticed in the early days, including the critique that it is not properly a legal proposition, as well as Orlando’s defence of his “allievo”’s work – ibidem, p. 17-20). That undefined “something” serves as heading and *fil rouge* of the analysis of G. Itzcovich, ‘*Something More Lively and Animated Than the Law*’: Institutionalism and Formalism in Santi Romano’s Jurisprudence, cit.

⁹⁶ J. Mendes, *The Foundations of EU Administrative Law as a Scholarly Field: Normativism, Functional Comparison and Integration*, cit.

⁹⁷ S. Romano, *L’Ordinamento Giuridico*, cit., pp. 19-20.

ness as a means to better understand the specificity of the Union and of its law.⁹⁸ While not appearing to have institutionalism in mind, D'Alberti serendipitously pointed that direction, by indicating the need to consider the effective content of the legal units that are compared and the way they are practiced, which can bring to light less the commonalities and more the differences and specificities of the legal orders considered.⁹⁹ That can be done, of course, at the level of different units of comparison – or by combining different units of comparison, whether jurisdictions, specific issues or sectors – as D'Alberti suggested.¹⁰⁰ In each unit of comparison, in particular when considering legal orders as diverse as the Union's or global regulatory regimes, approaching law as institution can be an important means both of understanding their specific traits (as D'Alberti argued) and, addition, the limits of translation.¹⁰¹

⁹⁸ M. D'Alberti, *Comparazione giuridica, diritto europeo e diritto globale*, in G. Della Cananea, C. Franchini (eds.), *Il diritto che cambia. Liber Amicorum per M. P. Chiti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 179-188, 181-182.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 184.

¹⁰⁰ M. D'Alberti, *Units and Methods of Comparison*, in P. Cane, H. Hofmann, E. Ip, P. Lindseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, cit., p. 130.

¹⁰¹ On translation, see N. Walker, *Postnational constitutionalism and the problem of translation*, in J.H. H. Weiler, M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, cit.

A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?

Giulio Napolitano

Sommario: 1. Le autorità indipendenti in prospettiva comparata. – 2. Origini e sviluppi in Italia. – 3. Il panorama attuale: un'indipendenza variabile e differenziata. – 4. L'inquadramento nella scienza giuridica e nella giurisprudenza. – 5. Trasformazioni e 'snaturamenti'. – 6. I conflitti con la politica. – 7. Conclusioni: i fattori di crisi e le oscillazioni del pendolo.

1. Le autorità indipendenti in prospettiva comparata

Le autorità indipendenti sono un modello organizzativo dei pubblici poteri estraneo alla tradizione amministrativa italiana. Come prontamente evidenziato da Marco D'Alberti all'indomani della loro comparsa nel nostro ordinamento, infatti, esse, così come oggi conosciute in tutto il mondo, nascono negli Stati Uniti¹. La più antica è la *Inter-state Commerce Commission* (ICC), istituita nel 1887 con il compito di regolare il trasporto ferroviario e di garantire eque condizioni di accesso alla rete e ai servizi. Nel 1914 sorge la *Federal Trade Commission* con il mandato di contribuire, insieme al Dipartimento della giustizia, all'*enforcement* della disciplina della concorrenza. Mano a mano vengono istituite le altre agenzie volte a regolare le varie industrie a rete e di pubblica utilità in ragione della loro gestione da parte di monopoli privati: è il caso della *Federal Power Commission* e poi della *Federal Communication Commission* (FCC).

Il crollo di *Wall Street* nel 1929 e la stagione del *New Deal* conducono alla definitiva affermazione del modello, la cui compatibilità con la Costituzione, dopo alcune iniziali contestazioni, viene espressamente sancita dalla Corte Suprema. Nel 1934 nasce la

¹ Ci si riferisce al contributo di M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 97 ss. (ora in versione rivista e aggiornata, Id., *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 123 ss.). Sullo sviluppo delle autorità indipendenti in chiave storico-comparata si vedano anche L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001; sui profili di diritto positivo, sia consentito il rinvio a G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 179 ss.

Securities and Exchange Commission (SEC), ancora oggi forse la più importante agenzia indipendente degli Stati Uniti. Altre agenzie federali sono chiamate a prevenire o risolvere conflitti sociali, anche attraverso misure discrezionali di *policy-making* e di redistribuzione, come nei casi della *National Recovery Administration* (1933), della *Federal Housing Administration* (1934), del *National Labor Relations Board* (1934) e della *Social Security Administration* (1935)².

Subito dopo la fine della Seconda guerra mondiale e la conclusione della lunga stagione del *New Deal*, la continuazione del sistema di regolazione federale eretto nel decennio precedente è assicurata grazie all'approvazione dell'*Administrative Procedure Act*, che introduce speciali garanzie di partecipazione e di rispetto del *due process* per le attività sia di *rulemaking* sia di *adjudication* delle agenzie. Da allora, fasi di fortuna e di decadenza delle agenzie si alternano a seconda delle diverse stagioni politiche di deregulation e *re-regulation*. Il panorama delle agenzie muta inevitabilmente nel corso del tempo, per effetto di riasseti, scioglimenti, nuove comparse. E si ripropongono ciclicamente alcune rilevanti questioni giuridico-costituzionali, come quelle relative alla soggezione o meno ai poteri presidenziali di riesame preventivo delle analisi costi-benefici e di rimozione discrezionale (*at will*) dei vertici delle agenzie³. Nonostante che, secondo una parte della scienza giuridica, la linea di distinzione con le agenzie esecutive diventi via via meno chiara e netta di quanto abitualmente si creda, le agenzie indipendenti costituiscono ancora oggi un pilastro fondamentale e un tratto caratteristico del sistema amministrativo americano⁴.

Intanto, anche a causa della crescente influenza globale del diritto americano, a partire dagli anni Settanta e Ottanta dello scorso secolo, le autorità indipendenti cominciano a diffondersi in Europa e nel resto del mondo, diventando oggetto di trapianti, adattamenti, reinvenzioni, anche alla luce dei diversi contesti istituzionali, economici e sociali⁵.

² Per una ricostruzione storica, R.L. Rabin, *Federal regulation in historical perspective*, in *Stanford Law Review*, 38, 1986, p. 1189 ss.; sulle ragioni sottostanti, P.M. Corrigan, R.L. Revesz, *The Genesis of Independent Agencies*, in *New York University Law Review*, 92, 2017, p. 637.

³ Da ultimo, con sentenza del 29 giugno 2020 (*Seila Law LLC vs. Consumer Financial Protection Bureau*), la Corte Suprema sancisce l'incostituzionalità della struttura del *Consumer Financial Protection Bureau*. Secondo la Corte, in particolare, le restrizioni al potere di rimuovere il Direttore del *Bureau* (solo per «inefficienza, negligenza o malafede nell'esercizio delle proprie funzioni») sono incostituzionali, perché impediscono al Presidente di esercitare tale potere *at will*. Il problema nasce dal fatto che mentre il Direttore è titolare di «poteri regolamentari ed autoritativi che impattano su un'ampia porzione dell'economia», egli «non ha un superiore, ma neanche dei pari o almeno degli elettori ai quali rendere conto». Discende da ciò che il suo potere deve essere almeno bilanciato da quello del Presidente di rimuoverlo anche sulla base di una valutazione puramente politico-discrezionale. Sull'argomento, da ultimo, J. Manners, L. Menand, *The Three Permissions: Presidential Removal and the Statutory Limits of Agency Independence*, in *Columbia Law Review*, 121, 2021, p. 1.

⁴ Per tutti, P. Strauss, *Politics and agencies in the administrative state: the U.S. case*, in S. Rose Ackerman, P. Lindseth, B. Emerson (a cura di), *Comparative administrative law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 44 ss.; S. Rose Ackerman, *Democracy and Executive Power*, New Haven-London, Yale University Press, 2021, p. 86 ss. In chiave decostruttiva, invece, R.L. Revesz, *Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*, in *Cornell Law Review*, 98, 2012, p. 769 ss.

⁵ Con particolare riguardo al ruolo del dato costituzionale, D. Halberstam, *The promise of comparative administrative law: a constitutional perspective on independent agencies*, in S. Rose Ackerman, P. Lind-

In alcuni ordinamenti, come quello inglese, trovano terreno particolarmente fertile, grazie alla preesistenza di un'autonoma tradizione di uffici, commissioni e 'tribunali' autonomi, che anticipa e in qualche modo ispira la successiva invenzione del modello americano delle agenzie indipendenti. Gli antecedenti possono rinvenirsi nel sistema di *boards* e *commissions*, come la *Poor Laws Commission* e il *General Board of Health*, istituiti già nella prima metà dell'Ottocento in posizione largamente indipendente dal controllo del Parlamento e del Governo. Un'altra significativa esperienza è quella degli *administrative tribunals*, retti da esperti nominati dall'esecutivo ma operanti con ampia autonomia di giudizio e di valutazione, con compiti di soluzione dei conflitti sia tra amministrazioni e privati sia tra privati.

Le agenzie di regolazione del mercato maggiormente ispirate al modello americano si sviluppano a partire dagli anni Sessanta e Settanta del Novecento, quando vengono istituite la *Monopolies and Merges Commission* nel 1965, la *Civil Aviation Authority* nel 1972, l'*Independent Broadcatsing Authority* nel 1972, il *National Consumer Council* nel 1975. Un'altra significativa ondata si lega alla stagione della privatizzazione delle imprese di servizio pubblico avviata all'inizio degli anni Ottanta del XX secolo. La persistenza di aspetti monopolistici e l'esigenza di assicurare prestazioni universali impongono l'istituzione di autorità di regolazione sulla base del modello importato dagli Stati Uniti: tra queste, gli *Offices of Gas Supply* (Ofgas), *Electricity Regulation* (Offer), *Water Services* (Ofwat), *Telecommunications* (Ofotel). Negli anni successivi, l'assetto degli organismi di regolazione preposti ai servizi di pubblica utilità è più volte modificato, anche per effetto di aggregazioni e fusioni. Ma è proprio l'esperienza inglese a esercitare una profonda influenza in tutto il continente europeo e a ispirare i vari pacchetti dell'Unione per il completamento del mercato interno e la definizione di una cornice regolatoria omogenea⁶.

In generale, la comparsa di commissioni e uffici indipendenti non genera nel Regno Unito tensioni e conflitti paragonabili a quelli sorti negli Stati Uniti o in altri paesi europei. Le ragioni sono diverse. Da un lato, manca una costituzione scritta a segnare limiti e paletti invalicabili. Dall'altro, l'istituzione di agenzie indipendenti è frutto della cooperazione pragmatica tra governo e parlamento e non del tentativo di prevaricazione dell'uno sull'altro. Le agenzie, d'altra parte, non sono del tutto sottratte alla sfera di influenza governativa e in particolare dei ministri competenti per materia, sui quali, almeno sulla carta, continua a gravare la responsabilità politica di fronte al Parlamento.

seth, B. Emerson (a cura di), *Comparative Administrative Law*, cit., p. 139 ss. Per un confronto tra l'esperienza americana e quella europea, M. Shapiro, *A comparison of US and European independent agencies*, in S. Rose Ackerman, P. Lindseth, B. Emerson (a cura di), *Comparative Administrative Law*, cit., p. 234 ss.

⁶ Sul modello inglese di regolazione dei servizi di pubblica utilità, T. Prosser, *Law and the Regulators*, London, Clarendon Press, 1997; sulla sua influenza su scala europea, F. Gilardi, *Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: A Comparative Empirical Analysis*, in *Journal of European Public Policy*, 9, 2002, p. 125 ss.; in particolare sull'esperienza europea, M. Thatcher, *Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation*, in *West European Politics*, 25(1), 2002, pp. 125-147. Per un recente bilancio, S. Thomas, *Is the ideal of independent regulation appropriate? Evidence from the United Kingdom*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 20(3), 2019, pp. 218-228.

Ciò spiega anche perché il problema del difetto di legittimazione democratica sia avvertito meno intensamente che in altri ordinamenti. Il riconoscimento di adeguate garanzie procedurali, d'altra parte, è assicurato dall'applicazione di principi generali di *due process* di *common law* e dalle scarse norme riferite alle singole agenzie, senza bisogno di passare per l'approvazione di una legge generale sul procedimento amministrativo.

Si comprende così perché, accanto alle grandi ondate di sviluppo durante la seconda metà del XX secolo, anche in anni recenti è continuata la tendenza a ricorrere a nuove autorità e agenzie per rispondere a bisogni specifici o per perseguire singoli obiettivi dei programmi di governo. Si tratta, tuttavia, di organismi non rispondenti a caratteri unitari e dotati di gradi di autonomia e di indipendenza estremamente variabili. Non deve quindi stupire che oggi nel Regno Unito si contino addirittura circa novanta *regulators*. Essi coprono una vasta gamma di settori, dall'istruzione, alla sanità ed enti di beneficenza per i trasporti, le comunicazioni e i media, i servizi pubblici e l'ambiente. Al loro interno vi sono veri e propri regolatori economici indipendenti, ma anche agenzie e uffici di servizio, operanti ora a beneficio del governo, ora della collettività. Alle varietà funzionali si accompagnano quelle di forma giuridica. Quasi tutte le *regulatory agencies* sono *non-departmental public bodies*. Esse hanno comunque un *Department* di riferimento e la loro attività rientra nella responsabilità politica di un ministro. Tuttavia, il potere d'influenza di quest'ultimo è limitato e anche le nomine sono sottoposte al controllo di uno speciale organo parlamentare, il *Commissioner for Public Appointments*. Altre autorità operano «*to a greater extent at arm's length from Ministers*» pur avendo diverse forme giuridiche, ad esempio di *statutory corporation*, di *public corporation* o addirittura di *company limited by guarantee*.

In altri ordinamenti, come la Francia, invece, prevalgono piuttosto gli elementi di reinvenzione creativa, con l'istituzione di commissioni e 'mediatori' a protezione di libertà pubbliche e diritti civili, piuttosto che in funzione di regolazione dei mercati. Campo originario di coltura, infatti, non è la regolazione del mercato e dei rapporti economici, ma la protezione delle libertà pubbliche e dei diritti individuali. È, infatti, la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, chiamata a vigilare sul corretto trattamento dei dati personali dalle prime minacce degli elaboratori elettronici e degli schedari nominativi, la prima a ricevere dalla legge la qualifica di «*autorité administrative indépendante*» (art. 11, co. 1, l. n. 1978-17). Caratteristiche analoghe presentano organismi e commissioni posti a presidio di diritti, libertà e valori nell'ambito della sfera pubblica e in particolare dei rapporti tra amministrazione e amministrati, come il Mediatore (istituito già nel 1973 e poi trasformato in Difensore dei diritti), la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (istituita nel 1978), la Commissione nazionale per il dibattito pubblico (istituita nel 1995 e trasformata in autorità indipendente nel 2000), l'Alta Autorità per la trasparenza della vita pubblica (2013). In tutti questi casi, si tratta di istituzioni tipicamente francesi, sorte per processi endogeni, anche se non mancano ascendenze americane e nordeuropee⁷. E sin dall'inizio ne è ben

⁷ R. Elgie, *Why Do Governments Delegate Authority to Quasi-Autonomous Agencies? The Case of Independent Administrative Authorities in France*, in *Governance*, 19(2), 2006, pp. 207-227.

chiara la natura schiettamente amministrativa: un'etichetta invece inusuale nel mondo anglosassone⁸.

Diversa, e più recente, è la genesi delle autorità di regolazione e di vigilanza sui mercati. Anche qui non mancano gli antecedenti, come la Commissione di controllo sulle banche (1941), la Commissione per le operazioni di borsa (1967), il Consiglio dell'audiovisuale (1981) e il Consiglio della concorrenza (1987). L'istituzione di autorità di regolazione e il rafforzamento del loro status di indipendenza sono però la conseguenza soprattutto di un vincolo esterno, proveniente dall'ordinamento europeo, per effetto del quale l'adozione del modello e il rafforzamento delle garanzie di indipendenza e di neutralità sono imposte da regolamenti e direttive dell'Unione e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹.

Nel frattempo, si moltiplicano le riserve sulla proliferazione delle autorità e i dubbi sulla loro compatibilità con il sistema costituzionale, già negli anni Ottanta oggetto di alcune pronunce del Consiglio costituzionale di squalifica della delega in loro favore di poteri regolamentari. Si sollecita così una più adeguata determinazione di vincoli e controlli, anche in sede giurisdizionale¹⁰. Quindi, interviene il Parlamento che, con la l. 20 gennaio 2017, n. 2017-55, provvede a un elenco di ben ventisei autorità indipendenti e, unico caso in Europa, definisce un quadro di regole almeno in parte comune.

La nascita e la diffusione di autorità indipendenti sono ancora più contrastate in Germania, nonostante la forma di Stato federale come quella americana¹¹. Le ragioni dipendono soprattutto dal peso che la Legge fondamentale riserva al principio democratico come principio reggitore del funzionamento non solo del sistema politico, ma anche di quello amministrativo. Ai sensi dell'art. 20, co. 2, della Legge fondamentale, infatti, ogni forma di potere pubblico deve emanare dal popolo. Di conseguenza è necessaria una catena continua di legittimazione tra la sovranità popolare e l'esercizio dell'autorità statale. L'istituzione di autorità indipendenti, pertanto, costituisce un'eccezione che deve trovare adeguata giustificazione costituzionale. La Legge fondamentale, d'altra parte, al pari della maggior parte delle Costituzioni adottate fino a quel tempo, menziona e regola soltanto i tre poteri ai quali sono convenzionalmente attribuiti, e in linea di principio riservati, la funzione legislativa, quella esecutiva e quella giudiziaria. L'unica eccezione, essendo l'indipendenza predicata dalla Legge fondamentale, è la Corte dei conti federale, la quale però è assimilata a un'autorità giurisdizionale.

Per il resto, la Legge fondamentale si limita a prevedere la possibilità di istituire agenzie federali. Nel secondo dopoguerra, in effetti, queste nascono e si sviluppano

⁸ C.A. Colliard, G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Puf, 1988; M.J. Guedon, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 1998.

⁹ P. Idoux, *Les autorités administratives indépendantes: des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européanisé*, in *Droit et Société*, 93, 2016, pp. 275-283.

¹⁰ S. Dubiton, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique?*, Paris, LGDJ, 2016. Specificamente sul sindacato giurisdizionale, Martin Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003. Per un quadro di insieme offerto dal Consiglio di Stato in sede consultiva, si veda Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public annuel, Parigi, 2001.

¹¹ Per una comparazione con gli Stati Uniti, U. Kischel, *Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law*, in *Administrative Law Review*, 46, 1994, p. 213 ss.

come «animali nello zoo amministrativo», così contraddicendo l'idea convenzionale di un sistema burocratico unitario e ben ordinato¹². Oggi si contano circa settanta agenzie federali. Ma il loro grado di indipendenza e di autonomia è variabile e dipende da scelte contingenti del legislatore. Quest'ultimo, tuttavia, è sempre attento a non uscire dal perimetro della responsabilità politica dell'esecutivo e del controllo parlamentare. Quando, nel 1957, è istituito il *Bundeskartellamt*, con il compito di tutelare la concorrenza, questo è un ufficio solo parzialmente indipendente dal governo federale, dovendo comunque rispondere al Ministero dell'economia, il quale dispone di poteri di indirizzo e per lungo tempo di decisione finale in materia di autorizzazione delle concentrazioni¹³. Soluzioni non dissimili sono adottate trent'anni dopo quando cominciano a essere istituite autorità di regolazione e di vigilanza settoriale. Divergono almeno in parte soltanto le autorità poste a garanzia dei diritti di libertà, come quella per la protezione dei dati personali. Quest'ultima, ad esempio, è retta da un Garante, eletto dal Parlamento su proposta del governo.

È soltanto per effetto del rafforzamento del processo di integrazione europea, e in particolare della costruzione di un vero e proprio mercato interno e dell'adozione della moneta unica, che si impone un almeno parziale superamento della tradizionale ritrosia tedesca. Ciò però richiede specifiche modifiche costituzionali. Nella Legge fondamentale, infatti, viene inserito un espresso riferimento all'indipendenza della Banca centrale europea quale legittima destinataria del trasferimento di competenze in materia di politica monetaria fino a quel momento spettanti alla *Bundesbank*, la cui indipendenza rimane invece sancita soltanto dalla legge. E si autorizza il passaggio da un sistema di amministrazione diretta a uno di amministrazione indiretta nei grandi servizi a rete, così consentendo l'adozione di misure di privatizzazione e di liberalizzazione dei mercati, sotto la vigilanza di autorità di regolazione.

Queste ultime, tuttavia, inizialmente godono di un'autonomia limitata trattandosi comunque, per espressa previsione costituzionale, di amministrazioni federali, in quanto tali sottoposte a indirizzo politico. Inoltre, nella determinazione delle misure regolatorie sono talora soggette a invasioni di campo da parte del legislatore, a dispetto della riserva di amministrazione stabilita dalla Legge fondamentale e di quella di regolazione sancita dall'Unione europea, che, non a caso, nel settore delle telecomunicazioni, giunge a qualificare tali condotte come vere e proprie infrazioni. Anche alla luce di tale precedente è quindi istituita un'originale Autorità (unica) delle reti, avente competenza in materia di energia, comunicazioni e trasporti. Essa agisce sotto la guida tecnico-operativa ed è sottoposta al potere decisionale su casi individuali dei direttori delle singole aree di mercato e dunque, da questo punto di vista, con ampia indipendenza, in coerenza con le prescrizioni dell'ordinamento europeo. Tuttavia, rimane pur sempre soggetta alla vigilanza dei due ministeri competenti per materia, quello dell'economia, energia e telecomunicazioni e quello dei trasporti e delle infrastrutture di-

¹² T. Bach, *Animals in the administrative zoo: organizational change and agency autonomy in Germany*, in *International Review of administrative sciences*, 76(3), 2010, pp. 443-468.

¹³ A. Van Aaken, *Independent administrative agencies in Germany*, in R. Caranta, M. Andenas, D. Fairgrieve, *Independent administrative authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 65-91.

gitali. Inoltre, in seno all'Autorità, opera un organo consultivo composto da trentadue parlamentari (sedici per ognuno dei due rami), al quale spetta esprimere indirizzi e opinioni di carattere generale e proporre i candidati per le posizioni di presidente e di due vice presidenti.

Nonostante assestamenti ed evoluzioni, la questione dell'ammissibilità di autorità pienamente indipendenti rimane controversa. Lo conferma la lunga saga delle pronunce della Tribunale costituzionale federale sui programmi di intervento della Banca centrale europea. Secondo il Tribunale, il problema rimane quello del carattere assolutamente eccezionale della delega di poteri ad autorità indipendenti (siano esse nazionali o europee) sottratte all'indirizzo politico, e conseguentemente della rigorosa verifica del rispetto dei limiti del relativo mandato. La Corte di giustizia, invece, con alterne fortune, riconosce un più ampio margine di flessibilità in capo alla Bce facendo leva sui meccanismi di *accountability* e di garanzia propri del diritto amministrativo europeo, come la trasparenza, l'obbligo di motivazione, la proporzionalità, e il sindacato giurisdizionale della stessa Corte.

L'esistenza di autorità indipendenti, peraltro, non caratterizza soltanto il mondo occidentale. La loro presenza, infatti, è un dato costante della *governance* regolatoria in tutto il mondo¹⁴. Nelle economie emergenti e nei paesi in via di sviluppo del c.d. *Global South*, però, l'adozione del modello è, più che in Europa, l'esito di un trapianto imposto, o comunque indotto, dalle organizzazioni internazionali negli ultimi due decenni del XX secolo, sotto l'egida del c.d. *Washington consensus*. La loro introduzione, infatti, è strumentale all'avvio di processi di apertura del mercato alla concorrenza anche globale e al conseguimento di finanziamenti da parte di istituzioni internazionali. In alcuni ordinamenti, peraltro, dove l'affermazione di un regime democratico segue una lunga stagione autoritaria o è instabile, l'istituzione di agenzie indipendenti persegue l'ulteriore obiettivo di contribuire alla predisposizione di un ordinato sistema di pesi e contrappesi e all'arretramento della presa dello Stato e della politica sul funzionamento dei mercati e sul godimento delle libertà fondamentali. Si tratta, tuttavia, di innesti non sempre riusciti, soprattutto quando i tentativi di apertura dei mercati si scontrano con il persistente intervento diretto dello Stato nell'economia e con l'adozione di misure dirigiste o protezioniste e quando le autorità, pur disegnate come indipendenti, finiscono ostaggio di un potere politico non ben temperato¹⁵.

¹⁴ C. Sartoretti, V. De Falco, *Le autorità amministrative indipendenti in un'indagine comparata. Argomentazioni su problematiche contemporanee*, in *DPCE Online*, 47(2), 2021.

¹⁵ Con riferimento al Sud America, nella letteratura italiana, C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato. Indirizzo politico e mercato nel mondo latino-americano*, Bologna, Bononia University Press, 2018. Sull'esperienza brasiliana, M. Mota Prado, *Assessing the theory of presidential dominance: empirical evidence of the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil*, in S. Rose Ackerman, P. Lindseth, B. Emerson (a cura di), *Comparative administrative law*, cit.; su quella indiana, A. K. Thiruvengdam, *Flag-bearers of a new era? The evolution of new regulatory institutions in India (1991-2016)*, in S. Rose Ackerman, P. Lindseth, B. Emerson (a cura di), *Comparative administrative law*, cit.; su quella di Taiwan, J.-r. Yeh, *Experimenting with independent commissions in a new democracy with a civil law tradition: the case of Taiwan*, tutti in S. Rose Ackerman, P. Lindseth, B. Emerson (a cura di), *Comparative administrative law*, cit.

2. Origini e sviluppi in Italia

Rispetto allo scenario internazionale qui sinteticamente descritto, l'Italia si trova in una posizione mediana. La comparsa di autorità indipendenti, infatti, è più recente che in altri paesi, come il Regno Unito e la Francia. Una volta introdotte, però, esse proliferano rapidamente e, almeno all'inizio, senza rilevanti contrasti e obiezioni. Ciò avviene soprattutto nel corso degli anni Novanta del XX secolo, al punto che si parla di un vero e proprio «erompere» delle stesse¹⁶. L'ordinamento italiano non inventa il modello, limitandosi a recepirlo da esperienze estere. Eppure, nel fare ciò, apporta adattamenti a volte anche significativi, mescola gli esempi americani, inglese e francesi, sperimenta applicazioni originali. Decisive in tal senso sono le diverse stagioni di crisi della politica e dei partiti, di instabilità della finanza pubblica, di trasformazione dell'intervento pubblico nell'economia, nonché di esplosione di casi di malgoverno e di corruzione, che segnano l'avvento delle autorità. A ciò si aggiungono valutazioni specifiche sulla inefficienza e sulla bassa qualità dell'amministrazione tradizionale, in particolare quella ministeriale, tali da indurre a ricercare soluzioni alternative al di fuori della stessa.

Storicamente, d'altra parte, sin dall'inizio del XX secolo il sistema amministrativo italiano si caratterizza per la moltiplicazione di strutture ed enti al di fuori dell'amministrazione centrale dello Stato, che vengono a costituire la c.d. amministrazione parallela. Nella maggior parte dei casi, tali enti sono preposti alla gestione diretta di attività economiche o di servizi sociali, operando come organismi strumentali dell'amministrazione ministeriale oppure come soggetti rappresentativi o 'corporativi' degli interessi amministrati. Con l'arrivo dell'onda lunga del crollo di *Wall Street*, la risposta è l'estensione dell'intervento pubblico diretto, sotto la regia del neonato Istituto per la ricostruzione industriale, che da ente provvisorio diventa stabile. I problemi di instabilità dei mercati finanziari vengono affrontati non con l'istituzione di un'autorità indipendente come la Sec negli Stati Uniti, ma con l'intensificazione dei controlli amministrativi sul settore del credito. Allo stesso tempo, peraltro, si rafforza l'intervento diretto, mediante l'estensione della presenza delle banche pubbliche. L'ente reggitore di settore, la Banca d'Italia, è ancora lontana dall'assumere i tratti di autorità indipendente che le sono oggi propri. I legami con l'amministrazione ministeriale sono ben forti. E al capitale sociale partecipano le stesse banche sottoposte alla sua vigilanza. L'intervento pubblico diretto, affidato ad enti economici e a società a partecipazione statale, rimane dominante anche nel secondo dopoguerra. Negli anni Settanta e Ottanta, anche gli altri mercati finanziari sono sottoposti a regole e controlli pubblici sempre più organici. Questi vengono affidati a commissioni e istituti appositamente creati, la Consob nel 1974 e l'Isvap nel 1982. In origine, però, non si tratta, di organismi indipendenti: la prima è addirittura un organo del Ministero del tesoro, il secondo un ente pubblico dotato soltanto di una parziale autonomia.

A fare da apripista nell'affermazione del modello delle autorità indipendenti è invece la legislazione degli anni Ottanta e Novanta a tutela di libertà e diritti. Si tratta di una scelta in parte influenzata dall'ordinamento francese, dove, a partire degli anni Set-

¹⁶ A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997.

tanta, come prima ricordato, compaiono i primi organismi indipendenti. Nel 1981, è istituito il Garante dell'editoria, le cui competenze, nel 1990, sono estese alla radiodiffusione. Sempre nel 1990 nascono la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per lo sciopero nei servizi essenziali e, soprattutto, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Quest'ultima rappresenta una vera e propria novità, non solo per l'Italia, ma anche in chiave comparata. Nessun'altra autorità di concorrenza, né negli Stati Uniti, né in Europa, godeva allora di un grado paragonabile di autonomia e indipendenza, coniugata a un insieme di poteri di accertamento, prescrizione e sanzione molto penetranti. Si tratta di poteri ricalcati su quelli spettanti alla Direzione generale della Concorrenza della Comunità europea. Ma mentre quest'ultima opera all'interno della Commissione europea e sotto la responsabilità del Commissario alla concorrenza, cioè di un organo politico, l'Autorità italiana è posta nelle mani di un collegio di commissari nominati dai Presidenti delle Camere e quasi completamente sottratta a indirizzi e controlli, sia governativi, sia parlamentari.

Un ulteriore salto di qualità si determina nella seconda metà degli anni Novanta con l'istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, a cominciare da quelle per l'energia elettrica e il gas e per le comunicazioni. Su questo versante, il modello ispiratore è quello inglese, dove, sin dal decennio precedente, operano appositi uffici 'monosettoriali' di regolazione e di controllo ad accompagnare il processo di privatizzazione degli ex monopolisti pubblici. Anche questo, però, è un recepimento adattivo. Invece degli uffici monocratici inglesi, si adotta la struttura collegiale propria della tradizione americana. Non potendosi fissare un meccanismo di provenienza *bipartisan*, viene introdotto il parere vincolante a maggioranza dei due terzi delle commissioni parlamentari competenti. In parallelo, anche gli organismi preposti alla vigilanza sui mercati finanziari sono trasformati in vere e proprie autorità indipendenti. Si tratta di un'evoluzione graduale, che si consolida nel contesto del nuovo quadro europeo, con il Testo unico bancario del 1993 e con il Testo unico della finanza del 1998 e poi, ancora più chiaramente e nettamente, con la legge di riforma del risparmio del 2005.

Alla fine degli anni Novanta, quello delle autorità indipendenti appare un trapianto di successo. Le autorità godono di grande prestigio, anche grazie all'autorevolezza delle personalità nominate ai loro vertici: ex presidenti o vice presidenti della Corte costituzionale, come Francesco Saja ed Enzo Cheli, ex avvocati generali presso la Corte europea di giustizia, come Giuseppe Tesauro, ex Presidenti del Consiglio dei ministri, come Giuliano Amato, ex ministri come Luigi Spaventa, ex direttori generali della Banca d'Italia, come Tommaso Padoa Schioppa, professori riconosciuti come massimi esperti del settore come Pippo Ranci. La autorità costituiscono davvero gli arbitri dei mercati. Spetta a loro l'ultima parola su ogni questione rilevante che riguarda i loro assetti e le relative prospettive di sviluppo anche alla luce dell'evoluzione tecnologica¹⁷.

Già all'inizio degli anni duemila, però, l'idillio comincia a rompersi, anche a causa del consolidamento del bipolarismo e della maggiore stabilità dei governi politici¹⁸. Il

¹⁷ M. D'Alberty, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'Alberty, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 11 ss.

¹⁸ S. Cassese, *Chi ha paura delle autorità indipendenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 3, pp. 471-474.

completamento del disegno istituzionale e regolatorio si interrompe. I ministeri cercano di riappropriarsi di alcuni poteri, soprattutto nei campi dell'energia e delle comunicazioni elettroniche, mentre le annunciate autorità per i settori dell'acqua, delle poste e dei trasporti non vengono istituite. A metà degli anni duemila, il bilancio è in chiaroscuro¹⁹. La pur rilevante riforma delle autorità di vigilanza finanziaria adottata alla fine del 2005 si presta a letture ambivalenti²⁰. Mentre non ha esito il disegno di legge presentato dal secondo governo Prodi nel 2007, volto a completare il sistema di regolazione indipendente e a dettare alcune norme di disciplina comune²¹.

Il percorso è riavviato alla fine del 2011, con l'insediamento di un altro governo 'tecnico', quello presieduto da Mario Monti, e portato avanti da quelli successivi. Si apre così una fase di «rinascita della regolazione per autorità indipendenti»²². I servizi postali sono assegnati all'Autorità delle comunicazioni; quelli idrici e dei rifiuti all'Autorità dell'energia. Si istituisce una nuova Autorità di regolazione dei trasporti. Nel frattempo, l'Italia diventa il primo paese a prevedere un'autorità indipendente per la vigilanza sui contratti pubblici e quindi per la prevenzione della corruzione. A quest'ultima sono trasferite anche le competenze in materia di promozione della concorrenza e della trasparenza nell'affidamento di appalti e di concessioni. L'estensione del raggio d'azione delle autorità e la riarticolazione delle loro competenze, però, si innestano su organismi non sempre in ottime condizioni di salute ed esposti a fattori patogeni interni ed esterni.

3. Il panorama attuale: un'indipendenza variabile e differenziata

Nell'ordinamento italiano vi sono oggi diverse autorità indipendenti. Una ha competenza generale sull'intero mercato (l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – Agcm, istituita dalla l. n. 287/1990). Altre sono preposte alla vigilanza sui mercati finanziari (la Banca d'Italia, che ora governa anche l'Ivass, e la Consob, così come riformate dalla l. n. 262/2005 e dalla l. n. 135/2012). Altre ancora si occupano di regolazione dei servizi di pubblica utilità (l'Autorità per le reti, l'energia e l'ambiente – Arel, derivante dalla trasformazione e dall'estensione delle competenze al settore dei rifiuti dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico – Aeegsi, istituita dal-

¹⁹ M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, I, pp. 588-597, in part. pp. 595-596; con specifico riferimento al settore dei servizi pubblici, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005; nella letteratura politologica, A. La Spina, S. Cavatorto, *Le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2008.

²⁰ Per due valutazioni opposte dell'impatto della legge sul risparmio, L. Torchia, *Verso una Banca d'Italia repubblicana ed europea?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 3, p. 273 ss., e G. della Cananea, *Una riforma "perversa": l'autonomia della Banca d'Italia e la legge n. 262 del 2005*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, 2, p. 205 ss.

²¹ Su questo tentativo, G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, Arel – il Mulino, 2009.

²² G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 3, p. 229 ss.

la l. n. 481/1995; l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni – Agcom, istituita dalla l. n. 249/1997; infine, l'Autorità per la regolazione dei trasporti – Art, istituita dal d.l. n. 201/2011 conv. in l. n. 214/2011). Anche il mercato dei contratti pubblici, caso unico in Europa, è sottoposto al controllo di un'Autorità indipendente (prima, l'Autorità di vigilanza sui contratti e sui lavori pubblici – Avcp, istituita dalla l. n. 109/1994 e riformata dal d.lgs. n. 163/2006; poi, l'Autorità nazionale anticorruzione – Anac, istituita dal d.l. n. 90/2014 conv. in l. n. 114/2014). Alle autorità preposte alla vigilanza sui mercati si aggiungono quelle poste a protezione di diritti e valori costituzionali, come il Garante per la protezione dei dati personali e la Commissione di garanzia dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. L'Anac, oltre a vigilare sul mercato dei contratti pubblici, mira a prevenire la corruzione in ogni settore della pubblica amministrazione, contribuendo così a garantirne l'imparzialità e il buon andamento.

Tutte queste autorità condividono il «valore dell'indipendenza», costituito da due tratti caratterizzanti, quello della elevata expertise tecnica e quello dell'impermeabilità sia alle ingerenze del potere politico sia alla pressione degli interessi organizzati, a cominciare da quelli delle imprese regolate. All'origine di ognuna di esse vi è la combinazione di una o più ragioni istitutive: la notevole tecnicità, la sensibilità delle materie e delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, l'esigenza di garantire la parità delle armi nel mercato, la spinta derivante dagli ordinamenti sopranazionali²³.

Tuttavia, per quanto costituiscano un modello istituzionale distinto e con alcuni significativi tratti comuni, le autorità indipendenti, analogamente a quanto avviene in quasi tutti gli ordinamenti, differiscono l'una dall'altra, perché la loro istituzione e regolazione rispondono a bisogni specifici²⁴. Né, diversamente da quanto recentemente accaduto in Francia, vi è una legge generale di almeno parziale omogeneizzazione e razionalizzazione. I meccanismi giuridico-istituzionali posti a presidio dell'indipendenza delle autorità, dunque, sono molteplici e presentano diversi gradi di intensità. Ciò consente al decisore politico, e in particolare al governo e al parlamento, di calibrare la sua scelta istituzionale quando decide di istituire autorità indipendenti in determinati campi e di attribuire loro taluni poteri. I meccanismi in questione operano su almeno tre diversi fronti o dimensioni: lo *status* del presidente e dei commissari; l'autonomia organizzativa, gestionale e finanziaria; l'indipendenza funzionale.

Con riguardo allo *status* del presidente e dei commissari, si può ritenere che il grado di indipendenza di un'autorità è massimo quando: *a*) la durata del mandato è superiore a quella della legislatura (è quanto accade in Italia per l'Agcm, l'Arera, l'Agcom, l'Art e la Consob, i cui componenti restano in carica sette anni, e per la Banca d'Italia e l'Anac, nominati invece per sei anni); *b*) la fonte della nomina è affidata a meccanismi di consenso tra governo e parlamento a maggioranza qualificata (come avviene per tutti

²³ Per riprendere la felice espressione e l'efficace sintesi di M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, cit., p. 12 ss.

²⁴ Come rilevava tra gli altri già F. Merloni, *Fortuna e limiti delle cosiddette Autorità amministrative indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1997, 28(4), pp. 639-656. Di recente, G. della Cananea, *Autorità indipendenti?*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, Bononia University Press, 2018, p. 199-217, ha adombrato la tesi che «fare riferimento alla categoria teorica dell'indipendenza costituisca una enfattizzazione» (qui p. 214).

i membri del collegio dell'Arera, dell'Art e per il presidente dell'Agcom); c) le candidature sono pubbliche (come avviene abitualmente nel Regno Unito e talora in Italia sulla base di un auto-vincolo caso per caso assunto dagli organi nominanti); d) la revoca è impossibile (come nel caso dell'Agcom); e) il fenomeno delle porte girevoli è escluso sia rispetto a incarichi politico-elettivi, sia rispetto a incarichi professionali nel settore privato (le norme più rigorose in proposito riguardano le incompatibilità successive alla cessazione dell'incarico dei commissari dell'Aeegsi e dell'Agcom); f) il mandato non è rinnovabile (come accade per l'Agcm, l'Aeegsi, l'Agcom, l'Art, non per la Banca d'Italia e il Garante della *privacy*); g) i requisiti per la nomina sono particolarmente elevati e sono fissati in modo puntuale (nella maggior parte dei casi, invece, sono aggirati attraverso il ricorso a clausole che fanno riferimento a criteri generici di professionalità ed esperienza).

Anche per quanto riguarda l'autonomia organizzativa, gestionale e finanziaria, non tutte le autorità ne beneficiano nella stessa misura. Molte dispongono di un autonomo potere regolamentare in materia di organizzazione degli uffici e del personale. Sono invece previste discipline miste per quel che concerne le procedure decisionali, dove principi e vincoli legislativi sono specificati talora dalle stesse autorità, talora da regolamenti governativi (come avviene, ad esempio, per l'Agcm e l'Arera), e i controlli sulla gestione, sottratti a qualsiasi valutazione governativa, ma non all'esame della Corte dei conti.

Quanto all'autonomia finanziaria, spesso prescritta anche dalla normativa europea di settore, questa implica che le autorità dispongano di risorse sufficienti e siano libere nel deciderne l'impiego. In relazione alle modalità di approvvigionamento, bisogna considerare che le autorità, nella maggior parte dei casi, beneficiano non di stanziamenti a carico del bilancio pubblico ma di contribuzioni obbligatorie dei soggetti operanti nei mercati vigilati. Come chiarito dalla la Corte costituzionale con la sentenza n. 69/2017, si tratta di un meccanismo costituzionalmente legittimo. Poiché il contributo è una prestazione patrimoniale imposta, la sua previsione è soggetta a riserva relativa di legge. Inoltre, la determinazione concreta della sua entità deve avvenire in misura proporzionata e ragionevole, in correlazione «al fabbisogno complessivo della medesima, risultante dai bilanci preventivi e dai rendiconti della gestione, soggetti al controllo della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale». Decisivo, inoltre, risulta l'intervento nel procedimento di fissazione della stessa del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro dell'economia e delle finanze quale «significativo argine procedimentale alla discrezionalità» dell'autorità di regolazione. Al di là delle questioni di incostituzionalità, tuttavia, non mancano critiche da parte di chi denuncia come il finanziamento a carico del mercato aumenti il rischio di 'cattura' delle autorità e avvalori una fuorviante concezione privatistica della funzione regolatoria. L'autonomia della provvista finanziaria, tuttavia, rappresenta un importante indice di indipendenza dal potere politico, liberando le autorità dalla pressione della decisione governativa e parlamentare espressa annualmente nella legge di bilancio. Inoltre, può costituire un vincolo all'efficienza gestionale delle autorità e alla loro *accountability* nei confronti del mercato, soprattutto se viene riconosciuto ai soggetti regolati il diritto a scrutinare la gestione contabile delle autorità e il corretto impiego delle risorse prelevate. L'autonomia finanziaria sul fronte della spesa, a sua volta, non è violata al punto da minare l'indi-

pendenza e l'imparzialità delle autorità dal loro assoggettamento, in via generale, alle norme in materia di finanza pubblica e, in particolare, alle disposizioni in tema di contenimento e razionalizzazione della spesa delle amministrazioni (Corte giust. UE, 28 luglio 2016, C-240/15).

L'indipendenza funzionale, infine, è massima quando l'autonomia di giudizio e di valutazione è esplicitamente proclamata (come avviene per tutte le autorità esistenti nel nostro ordinamento); quando non esistono poteri di indirizzo *ex ante* (previsti, tuttavia, in materia di operazioni di concentrazione sottoposte al controllo dell'Agcm e di regolazione, in special modo tariffaria, nei servizi di pubblica utilità) e di approvazione *ex post* (di norma assenti nell'ordinamento italiano); quando le competenze di regolazione e vigilanza sono integralmente devolute all'autorità (secondo un processo di concentrazione maggiormente avanzato nel settore della vigilanza finanziaria, anche se con competenze incrociate tra Banca d'Italia e Consob, e via via decrescente nel settore delle comunicazioni elettroniche, nel quale permangono talune competenze ministeriali, e in quello dell'energia, ove le competenze ministeriali sono in talune materie addirittura dominanti).

I meccanismi di *accountability* nei confronti degli organi costituzionali si basano soprattutto sugli obblighi di informazione nei confronti del parlamento e del governo. Inoltre, assumono un ruolo crescente le audizioni parlamentari, sebbene queste non diano normalmente luogo all'espressione di un voto. In materia di vigilanza finanziaria permane un potere ministeriale di alta vigilanza. Non esistono invece poteri di annullamento d'ufficio degli atti adottati dalle autorità; vi è, però, un potere di sostituzione in caso di inazione (del Ministro per lo sviluppo economico nei confronti dell'Arera in materia energetica). Entrambi questi poteri sono scritti sulla carta, ma non sono di fatti esercitati. La Corte dei conti esercita il controllo contabile sulla gestione. Non sono invece previste forme di *audit* e di valutazione della *performance* regolatoria.

4. L'inquadramento nella scienza giuridica e nella giurisprudenza

In Italia, diversamente da quanto accaduto in altri ordinamenti, l'istituzione di autorità indipendenti è accolta positivamente nella scienza giuridica e nel dibattito pubblico. Essa, infatti, è intesa come un'occasione di modernizzazione e professionalizzazione dell'amministrazione, rispetto a un corpo centrale dello Stato sempre più debole e privato di competenze tecniche. L'istituzione di autorità indipendenti è poi facilitata dalla crisi del sistema dei partiti; non a caso i governi a guida 'tecnica' avvicendatisi negli ultimi trent'anni svolgono un ruolo importante nel processo di costituzione delle autorità e nel rafforzamento del loro tasso di indipendenza. All'opposto, il ritorno al potere di governi politici relativamente forti, soprattutto nell'epoca del maggioritario, coincide talora con il tentativo di 'restituire' funzioni ai ministeri o di aumentarne comunque i poteri di indirizzo e controllo.

Nella scienza giuridica, sono soprattutto gli studiosi di diritto amministrativo a guardare con favore, a volte persino con entusiasmo, al trapianto e al recepimento adattivo delle autorità indipendenti nell'ordinamento italiano. Essi, tuttavia, si dividono in due fazioni. La prima, anche sulla scorta della letteratura anglosassone, guarda alle autorità come a una sorta di quarto potere, non inquadrabile nella tradizionale tripartizio-

ne. Più di tutti, però, per la precipua funzione di garanzia in posizione di terzietà, sono assimilabili ai giudici. Pertanto, il controllo giurisdizionale sui loro atti dovrebbe svolgersi in modo più circoscritto o addirittura soltanto in secondo grado²⁵. La legittimità del loro operare va invece costruita dall'interno, introducendo forme di democrazia partecipativa e meccanismi di *due process*²⁶. La seconda fazione, più vicina all'esperienza francese, invece, sottolinea il carattere pur sempre amministrativo delle autorità ed evidenzia la loro quasi integrale sottoposizione al regime comune delle amministrazioni e degli enti pubblici²⁷.

Gli studiosi di diritto costituzionale, invece, adottano un orientamento ambivalente. Non mancano voci preoccupate circa i problemi di legittimazione democratica e di potenziale lesione della tripartizione dei poteri²⁸. E anche chi incoraggia il loro sviluppo – anzi talora ne è protagonista in prima persona – si sente in dovere di distinguere tra autorità indipendenti e autorità solo parzialmente tali, dunque «semi-indipendenti»²⁹. La scienza del diritto privato, infine, prima osserva con iniziale distacco, poi si divide. Chi rimane prigioniero dell'approccio formalista, denuncia, non senza allarme, il moltiplicarsi delle fonti di limitazione dell'autonomia contrattuale e i rischi di lesione del principio di legalità. Chi invece privilegia un approccio realistico, guarda con curiosità allo svilupparsi di un nuovo diritto privato regolatorio³⁰.

Il complessivo favore per il fenomeno si riflette anche nella giurisprudenza. Non è forse un caso che, diversamente da quanto accaduto ad altre latitudini, dagli Stati Uniti alla Francia, dalla Germania a Taiwan, non giungano all'esame della Corte costituzionale questioni rilevanti che involgano lo status o i poteri delle autorità. Spetta così soprattutto alla giurisprudenza amministrativa definire il regime giuridico applicabile alle

²⁵ In questa prospettiva, si vedano i vari contributi raccolti nel volume, rivelatore già dal titolo, S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, il Mulino, 1996, e, in particolare, S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, ivi, p. 223 ss.

²⁶ In tal senso, tra i primi, S. Cassese, *Negoziare e trasparenza nel procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Quaderni del Consiglio di Stato, 1999, p. 37 ss.; M. D'Alberty, *Procedimenti "generalisti" e "singolari": problemi attuali e miglioramenti possibili*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 95 ss.; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi giallo"*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 83 ss.; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, 3, p. 679 ss., spec. p. 705 ss.

²⁷ G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, ora in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 165 ss., in part. p. 222 ss., e F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, cit., p. 143 ss., spec. p. 182 ss. Sulla riconduzione della regolazione al paradigma delle funzioni amministrative si vedano anche S. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, e L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 157 ss.

²⁸ Con varietà di accenti, M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; S. Nicolai, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, ETS, 1986; più di recente, G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006.

²⁹ G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, p. 659 ss.

³⁰ Si vedano, per i vari approcci, i contributi raccolti in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2006; sulle prospettive del diritto privato regolatorio, A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, il Mulino, 2020.

autorità al di là delle disposizioni contenute nelle singole leggi istitutive. Ciò è l'inevitabile conseguenza della scelta legislativa di attribuire la giurisdizione esclusiva sugli atti delle autorità al giudice amministrativo. Quest'ultimo, dunque, svolge un'importante opera di legittimazione complessiva delle autorità. Per farlo, però, è naturalmente portato a estendere il regime amministrativo delle autorità, seppure con adattamenti e correzioni.

Il contributo più rilevante è l'*enforcement* di un meccanismo di legittimazione procedurale delle autorità, basato sull'imposizione di obblighi di consultazione degli interessati, anche in mancanza di disposizioni espresse nella legislazione. È infatti la giurisprudenza amministrativa italiana, anche sulla scorta di rilievi e indicazioni della scienza giuridica, ad affermare che, in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del governo, l'indipendenza e la neutralità delle autorità devono trovare un «fondamento dal basso», assicurando il giusto procedimento e la protezione giurisdizionale di diritti e interessi legittimi. Nei settori di competenza delle autorità, pertanto, anche in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento, con obblighi e divieti fissati dal legislatore, «la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio» (Cons. Stato, VI, n. 7972/2006; Cons. Stato, VI, n. 1532/2015). In questo modo, le autorità indipendenti diventano, tra le varie forme organizzative dei pubblici poteri, quelle in cui il processo decisionale è più trasparente, anche se ciò naturalmente di per sé non basta né a impermeabilizzarle dall'influenza politica, né a immunizzarle dal rischio di 'cattura' da parte degli operatori.

Analogamente, è la giurisprudenza amministrativa a definire, non senza oscillazioni, l'intensità del sindacato giurisdizionale. Dopo un'iniziale stagione di controllo penetrante e intrusivo, a volte anche eccessivamente formalistico, soprattutto sui provvedimenti dell'Autorità della concorrenza e di quella dell'energia, il giudice amministrativo introduce la distinzione tra «un controllo di tipo "forte", che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione» ed un «controllo di tipo "debole"», in cui «le cognizioni tecniche acquisite (eventualmente) grazie al consulente vengono utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa» (Cons. Stato, IV, n. 5287/2001). Sulla base di questi presupposti, le attività di giudizio tecnico-discrezionale delle autorità sarebbero passibili soltanto di sindacato debole. Il giudice, pertanto, non potrebbe sostituire la propria valutazione tecnica o il proprio modello logico di attuazione del concetto normativo indeterminato a quelli adottati dall'autorità. La conclusione discende dalle particolari esigenze di «efficienza e buon andamento dell'amministrazione», di cui all'art. 97 Cost., e dalla rilevanza della materia affidata dal legislatore ad un'autorità, sì amministrativa, ma caratterizzata da una «particolare composizione e qualificazione tecnica», oltre che da un «elevato grado di autonomia e indipendenza» (Cons. Stato, VI, n. 2199/2002). È questo il momento di massima 'deferenza' del giudice amministrativo nei confronti delle autorità.

Dopo poco, però, le oscillazioni giurisprudenziali riprendono, aprendo nuovamente la strada a un sindacato maggiormente intrusivo, che, ad esempio, può estendersi sino

al «controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità» (Cons. Stato, VI, n. 926/2004). La giurisprudenza amministrativa decide allora di liberarsi anche dell'antinomia tra sindacato debole e forte, definita talora sterile, schematica, addirittura «sclerotizzata». Si attesta, invece, su una linea di controllo che, ribadita l'impossibilità di «ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità», assicuri la «legalità sostanziale del suo agire», soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo. Si pongono così le basi per un controllo sulla correttezza del modello economico in concreto applicato dall'autorità, verificando se sia coerente nei suoi sviluppi con le finalità che la scelta regolatoria, nel suo complesso, mira a perseguire. Il giudice può dunque arrivare a censurarlo quando lo ritiene fondato «su considerazioni del tutto astratte e irrealistiche, che rischiano di perdere qualsivoglia legame di verificabilità rispetto al dato empirico», così come l'adozione di uno schema regolamentare che, ad avviso del giudice, mostra un «deficit strutturale» nella sua costruzione teorica. Una volta annullato su queste basi il provvedimento, la decisione torna nelle mani dell'amministrazione. Questa, però, è tenuta a motivare non solo la coerenza ma anche la superiore efficienza della scelta adottata rispetto a soluzioni alternative (Cons. St., III, n. 1837/2013). Dunque, «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della amministrazione può oggi svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo» (Cons. Stato, VI, n. 6093/2021).

In conclusione, la 'consegna' delle autorità nelle mani della giustizia amministrativa determina un esito ambivalente. Per un verso, consente di inquadrare natura, funzioni e poteri delle autorità entro un consolidato sistema di regole e istituti, contribuendo così alla loro piena legittimazione nell'ordinamento e alla correzione di condotte non sempre coerenti con standard di buona amministrazione. Per l'altro, comporta una 'banalizzazione' del loro regime giuridico, con la negazione o comunque la riduzione dei profili di specialità e di originalità. Una conferma significativa proviene dalla Corte costituzionale quando nega all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la natura di giudice *a quo* ai fini della proposizione incidentale della questione di costituzionalità nel corso dei suoi procedimenti sanzionatori: e ciò proprio sul rilievo della sua natura puramente amministrativa (Corte cost. 31 gennaio 2019, n. 13).

5. Trasformazioni e 'snaturamenti'

Nel frattempo, le autorità si trasformano, cambiano gradualmente pelle, in parte si snaturano.

All'inizio, sono concepite per adottare e far osservare regole di carattere 'condizionale', volte cioè semplicemente a ripristinare la parità delle armi alterata da fallimenti strutturali del mercato o da condotte imprenditoriali *contra legem*. Per questa ragione, anche quando chiamate dalla legge a esercitare poteri di regolazione *ex ante*, sono comunque considerate come dei 'garanti', più vicine alla posizione del giudice che a quella del legislatore. L'interesse affidato alla loro cura è essenzialmente uno, quello

del funzionamento concorrenziale e trasparente del mercato: dunque, un interesse pubblico soltanto indiretto o riflesso³¹.

Con il tempo, la loro funzione diventa via via più complessa, si ‘imbastardisce’. Alle misure di regolazione condizionale si aggiungono quelle di regolazione finalistica, volte cioè a curare direttamente interessi pubblici, collettivi e diffusi, come la tutela di consumatori e utenti. Questi ultimi, in particolare, cominciano a essere protetti non solo nella dimensione di mercato di acquirenti di beni e servizi, ma anche in quella di cittadinanza. Ciò avviene quando si impone la fornitura universale di taluni servizi, a beneficio anche di clienti non remunerativi per collocazione geografica o condizioni soggettive. Alla regolazione economica si affianca così quella sociale. E al *modus operandi* tipico del giudice, neutro e terzo, si aggiunge quello del *policy maker*, seppure a elevato contenuto tecnico, chiamato a ponderare interessi e compiere scelte con effetti redistributivi. Si tratta di trasformazioni non dissimili da quelle conosciute in altri ordinamenti, a cominciare da quello americano. Esse però si innestano su corpi pubblici più giovani e ancora in fase di crescita, generando così possibili distorsioni³².

Ulteriori deviazioni si determinano per effetto della crescente attribuzione alle autorità di compiti di consulenza in favore dei ministeri. Alle autorità viene chiesto di formulare proposte ai ministeri, di fornire loro informazioni, di svolgere istruttorie funzionali all'esercizio di poteri governativi, di attuare norme e indirizzi dell'esecutivo. Si tratta di soluzioni indotte non tanto da un disegno ‘punitivo’ nei confronti delle autorità, quanto dal bisogno dei governi di colmare le carenze strutturali dei propri uffici serventi, avvalendosi di quelli delle autorità. In questo modo, però, si incrina così la ‘separatezza’ all'origine considerata premessa indefettibile dell'indipendenza. Nello svolgimento di tali funzioni, la posizione delle autorità viene di fatto degradata a quella di meri uffici tecnici dell'amministrazione ministeriale³³.

Con la comparsa sulla scena dell'istituto di derivazione europea degli impegni, poi, le autorità, almeno in apparenza, lasciano lo scranno per scendere nell'arena e assumere la veste di abili (anche perché comunque sovraordinati) ‘negoziatori’. Ciò esalta la dimensione delle autorità quali mediatori di interessi, soprattutto quando la conclusione di procedimenti istruttori con impegni finisce per soppiantare quantitativamente gli atti di accertamento e di sanzione. Per quanto la parentesi appaia oggi chiusa, l'assegnazione legislativa di compiti di mediazione continua. Da ultimo, l'Agcom è chiamata a svolgere una funzione di arbitraggio, al fine di determinare l'equo compenso spettante ad autori e editori per la diffusione via *web* di opere e notizie.

Le autorità poi non sempre resistono alla tentazione di privilegiare le funzioni di tutela dei consumatori e di andare alla ricerca di casi particolarmente visibili e di sicura eco mediatica. Esse cercano così di acquisire sempre maggiore consenso nell'opinione pubblica e tra i cittadini, spogliandosi almeno in parte di quell'aura sapienziale che all'origine aveva funto da diaframma. Si tratta di una trasformazione indotta dal mutare

³¹ L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 65 ss.

³² Su queste trasformazioni, G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2005.

³³ Questo fattore di contraddizione del modello delle autorità è evidenziato da S. Cassese, *La legge n. 481/1995. Crisi delle autorità indipendenti*, in *Energia*, 2015, 4, pp. 10-11.

della sensibilità collettiva e del timore di apparire 'catturati' dalle imprese regolate o vigilate. Ma non vi sono estranee le strategie di difesa dell'indipendenza, attraverso la fortificazione delle proprie mura, e di competizione verso altre autorità e amministrazioni per l'acquisizione di sempre maggiori competenze, oltre che, talora, umane aspirazioni di successo e di visibilità³⁴.

Da ultimo, le autorità, anche per effetto di scelte legislative non sempre ben calibrate negli effetti di medio-lungo periodo, vengono elevate a custodi della moralità pubblica e intitolate a sfidare le decisioni di altre amministrazioni o a contestarne le condotte. Alcune, a cominciare da quella a tutela della concorrenza, ricevono la legittimazione speciale a impugnare i provvedimenti di altre autorità pubbliche ritenuti distorsivi del mercato. Altre, come l'Autorità nazionale anticorruzione, sono chiamate a verificare la correttezza delle modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici sottoponendo le stazioni appaltanti a quella che, con singolare ossimoro, è chiamata vigilanza collaborativa.

Trasformazioni e 'snaturamenti' delle autorità producono conseguenze ambivalenti. Da un lato, normalizzano ulteriormente le autorità, facendole rientrare più agevolmente nel proteiforme e 'caotico' sistema amministrativo italiano. Dall'altro, ne accentuano i profili di anomalia, in particolare se si considerano i molteplici profili di atipicità e persino di eccezionalità dei relativi poteri³⁵.

6. I conflitti con la politica

In questi trent'anni i conflitti tra sistema politico e autorità indipendenti sono rimasti nel complesso limitati e, nella maggior parte dei casi, sono stati composti in via informale.

Tra quelli diventati in qualche modo di dominio pubblico, uno dei primi, a cavallo del nuovo millennio, è quello tra governo e autorità dell'energia a proposito della definizione dei vincoli delle tariffe elettriche. Il tema è allora delicato in vista del collocamento sul mercato di una quota di Enel. Il governo, infatti, in virtù della sua posizione di socio alienante ha un naturale interesse alla massimizzazione del ricavo da privatizzazione, il quale, ovviamente dipende anche dal livello prospettico delle tariffe elettriche. Oggetto di contestazione, allora, è dunque il loro livello asseritamente troppo basso. Il conflitto, tuttavia, viene abbastanza facilmente ricomposto senza rilevanti conseguenze. Nell'adozione delle normative di adozione delle direttive di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas, però, si opera un primo 'riequilibrio' di poteri tra ministero e autorità.

Il governo di opposto colore politico che si insedia subito dopo promuove l'approvazione di una riforma che rafforza ulteriormente, almeno sulla carta, i poteri di indi-

³⁴ Sull'evoluzione dello stesso diritto della concorrenza al servizio «anche di diritti fondamentali dei cittadini» si veda peraltro M. D'Alberti, *La legge sulla concorrenza, trent'anni dopo*, in *Munus*, 2020, 2, p. 9 ss., in part. p. 18.

³⁵ Su questi ultimi insiste particolarmente M. Ramajoli, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, 2, p. 170 ss.

rizzo e di controllo del governo. Nel frattempo, il principale timore è diventato opposto: quello di livelli tariffari troppo alti e dunque impopolari, considerato il consumo essenziale e diffuso dell'energia. Da allora il tema tariffario rimane uno dei più sensibili, soprattutto nei periodi di rialzo dei costi delle materie prime, e anche ora di fronte agli inevitabili oneri della c.d. transizione ecologica. A ciò concorre anche il prolungato mantenimento di un sistema regolato di tariffa di riferimento, nonostante l'ormai completa liberalizzazione del mercato.

Un secondo conflitto emerge a causa delle accuse di carenze e omissioni nella vigilanza della Consob e della Banca d'Italia su intermediari finanziari e banche a danno dei risparmiatori. Dopo mesi di tensioni, l'avvio di indagine penali e le dimissioni del Governatore della Banca d'Italia, il conflitto torna nei binari istituzionali. L'esito è l'approvazione, con il sostegno anche dell'opposizione parlamentare, di una legge di riforma del risparmio. Mutano gli equilibri e i rapporti tra le autorità (talune competenze della Banca d'Italia passano all'Autorità antitrust e alla Consob, si eliminano antiche norme singolari (come il mandato a vita del governatore), si rafforzano le garanzie partecipative di operatori e risparmiatori. Nel complesso, però, la riforma rafforza l'autonomia e l'indipendenza delle autorità invece di comprimerla, sebbene non manchino opinioni di segno contrario.

Più di recente, l'efficacia della vigilanza della Banca d'Italia è di nuovo messa in questione a causa della situazione di insolvenza e della conseguente procedura di risoluzione di quattro banche nel 2014. Si istituiscono persino due commissioni parlamentari d'indagine e poi addirittura di inchiesta, i cui lavori però non danno esiti significativi. Alla scadenza del mandato del Governatore, il segretario del Partito democratico (già Presidente del Consiglio ai tempi della crisi di quelle banche) esprime pubblicamente la sua contrarietà al rinnovo, spingendo i propri parlamentari a far approvare una mozione in tal senso. La posizione, tuttavia, è ignorata dal Presidente del Consiglio (pur espressione del medesimo partito), il quale porta alla firma del Presidente della Repubblica la conferma del Governatore uscente.

Tensioni ancora maggiori si producono durante il pur breve governo 'populista' basato sull'alleanza tra il Movimento cinque stelle e la Lega, soprattutto nei confronti di Banca d'Italia e Consob³⁶. I vertici della prima vengono sollecitati a non proporre la conferma integrale del Direttorio uscente e a 'sacrificare' il Direttore generale (sebbene ormai prossimo alla pensione). Il Presidente della Consob, invece, è indotto alle dimissioni (unico caso in Italia) a causa della contestazione circa il possesso del requisito dell'indipendenza, in virtù del suo regime di impiego in aspettativa presso la Commissione europea. Al suo posto è nominato un ministro in carica, ancorché dotato di adeguata esperienza e competenza nel settore, trattandosi di un accademico in passato già membro del Direttorio della Banca d'Italia.

Finita la breve esperienza del governo 'populista', le tensioni tra potere politico e autorità indipendenti di stampo per così dire ideologico si sopiscono³⁷. Non mancano,

³⁶ M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, 1, p. 2 ss.

³⁷ L'attacco del populismo all'indipendenza delle autorità, peraltro, è fenomeno non solo italiano: si veda M.H. Van Herpen, *Reinforcing the independent agencies*, in *The end of populism*, Manchester, Manchester University Press, 2021.

tuttavia, voci di frizioni, soprattutto con il Garante dei dati personali e l'Autorità anti-corruzione, sospettati di intralciare le misure di contrasto alla pandemia e di rilancio dell'economia nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). Più in generale, il ritorno di un forte intervento diretto dello Stato nell'economia rende oggettivamente più impervio e meno terzo il loro ruolo. L'esistenza di un governo di larga coalizione guidato da un Presidente del Consiglio, già Governatore della Banca d'Italia e Presidente della Banca centrale europea, tuttavia, apre una finestra di opportunità per correttivi non sospetti di partigianeria politica o di scarsa sensibilità per il mondo delle autorità indipendenti. Va in questa direzione, ad esempio, la proposta, contenuta nel disegno di legge sulla concorrenza, di istituire presso le Camere e il Governo commissioni indipendenti di selezione e proposta di candidature ai fini dell'esercizio del potere di nomina da parte degli organi competenti.

7. Conclusioni: i fattori di crisi e le oscillazioni del pendolo

Trent'anni dopo la loro istituzione, quello delle autorità può definirsi nel suo complesso un trapianto di successo. L'ascesa è stata fulminante, più che in altri paesi, per una serie di fattori peculiari di contesto. A ciò è seguita una fase di inevitabile assestamento, per taluni versi anche di declino. La loro espansione ha registrato fasi di arresto, persino di arretramento, seguite però da fasi di ulteriore sviluppo. Per questo, più che di una parabola, inevitabilmente destinata al tramonto o al rigetto di un modello, deve parlarsi di un'oscillazione pendolare, con l'alternarsi di periodi di fortuna ora maggiore ora minore, naturalmente variabili da autorità ad autorità.

Il fatto che le autorità costituiscano oggi una parte importante e relativamente stabile del panorama istituzionale deriva da almeno due cause. La prima è la naturale vischiosità di ogni apparato istituzionale, una volta istituito e in attività. Nella maggior parte dei casi, infatti, la dipendenza dal contesto scoraggia o comunque attenua gli effetti di eventuali interventi di riassetto o addirittura di 'controriforma'. La seconda causa è il velo protettivo steso quasi ovunque, anche se in modo non omogeneo, dal diritto europeo. Per alcune autorità, come la Banca d'Italia, la protezione è molto elevata, al punto da renderle quasi intoccabili dai parlamenti e dai governi nazionali. Per altre, il margine di manovra è maggiore, ma comunque limitato. Interventi manipolativi troppo smaccati correrebbero il serio rischio di essere squalificati dalla Commissione e dalla Corte di giustizia³⁸.

La protezione europea, tuttavia, è a doppio taglio. Il prezzo, infatti, è di aprire la strada a un crescente trasferimento di competenze a livello europeo (anche se poi bilanciato da applicazioni decentrate, come nel caso del diritto della concorrenza) o comunque alla sempre maggiore soggezione a indirizzi comuni sovranazionali, esito a volte di determinazioni 'tra pari', perché assunte da colleghi di rappresentanti delle auto-

³⁸ Su questo rischio, ancora di recente, G. della Cananea, *Autorità indipendenti?*, cit., pp. 216-217. Muovendo dalla ricognizione di denunce e infrazioni a livello internazionale ed europeo, S. Battini, G. Vesperini, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, cit., p. 61 ss.

rità nazionali, a volte di orientamenti e indirizzi della Commissione³⁹.

Più in generale, l'indipendenza delle autorità e la loro forza e credibilità appaiono oggi erose e minacciate, più o meno consapevolmente, da una serie di fattori esogeni ed endogeni.

In primo luogo, operano negativamente alcune misure normative adottate negli ultimi anni per ragioni di contenimento della spesa pubblica. Tra queste, vi sono la fissazione di rigorosi tetti agli emolumenti di presidenti, commissari e dirigenti, e l'imposizione di altri vincoli finanziari comuni a tutte le pubbliche amministrazioni. Anche come conseguenza di ciò è facile registrare un significativo cambiamento dei profili professionali dei nominati: ai titolari delle massime cariche pubbliche, o a professori e professionisti particolarmente noti e stimati, sono succeduti ex sottosegretari, dirigenti dello Stato, magistrati non di vertice. Al di là di alcune ottime *performance* individuali, ciò inevitabilmente comporta una riduzione del prestigio e dunque del peso specifico delle autorità.

In secondo luogo, contano i comportamenti degli organi istituzionali e di indirizzo politico. Non sempre il potere di nomina è esercitato in modo virtuoso. Le scelte così a volte ricadono su persone in possesso soltanto di titoli generici, privi di effettiva competenza e/o di rilevante esperienza nelle materie di riferimento. Controversa è anche la tendenza a nominare titolari di cariche politiche in corso o da poco cessate, sebbene in alcuni casi non difettino certo né l'*expertise* né l'autorevolezza. Ancora più grave è il protrarsi di talora lunghe vacanze nell'integrazione e nel rinnovo dei collegi e dei conseguenti (in quest'ultimo caso) regimi di proroga.

In terzo luogo, rilevano negativamente talune condotte delle stesse autorità: condotte razionali dal punto di vista del comportamento burocratico, ma non sempre virtuose ed efficienti dal punto di vista dell'interesse generale. Tra queste, la durata eccessiva e con termini troppo facilmente aggirabili di alcuni procedimenti, l'esercizio a volte disinvolto dei poteri, la ricerca della visibilità e del consenso, a scapito della adeguatezza del monitoraggio e delle istruttorie nella 'scelta' e nella decisione finale dei casi, la tendenza a privilegiare la competizione invece che la collaborazione tra autorità.

Ecco, perché, a trent'anni dalla loro istituzione, le autorità avrebbero bisogno di continui *check-up* e di una cura costante, dall'esterno e dall'interno, per evitare che il trapianto di successo e la successiva assimilazione lascino il passo a crisi di rigetto a scoppio ritardato e disfunzioni quotidiane.

³⁹ Sul timore di una 'ripolitizzazione' per effetto delle ingerenze della Commissione, P. Idoux, *Les autorités administratives indépendantes: des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé*, cit., pp. 280-281.

Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: l'esperienza italiana in prospettiva comparata*

Alfredo Moliterni

Sommario: 1. Il paradigma delle autorità indipendenti e l'ordinamento amministrativo italiano. – 2. Il controverso rapporto tra autorità indipendenti e potere giurisdizionale. – 3. Le concrete vicende del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti. – 4. Autorità indipendenti e giudice nell'esperienza comparata. – 5. Per una razionalizzazione del rapporto tra autorità indipendenti e giudice nel contesto euro-continentale: la “giustizia amministrativa” oltre la dimensione giurisdizionale.

1. Il paradigma delle autorità indipendenti e l'ordinamento amministrativo italiano

Le autorità indipendenti rappresentano uno dei più importanti fattori di novità che hanno interessato l'ordinamento amministrativo italiano nell'ultimo trentennio¹. Le *problematiche*² sollevate da tale nuovo paradigma di amministrazione (e di ammini-

* L'oggetto del presente scritto intercetta uno dei temi più cari al contributo scientifico di Marco D'Alberti, a cui si deve la stesura della prima voce enciclopedica italiana sulle *Autorità indipendenti* (1995), e, soprattutto, la solida collocazione dello studio di tale modello di amministrazione in una prospettiva storica e comparata (come emerge sin dal *Diritto amministrativo comparato* del 1992). Al contempo, proprio il tema del controllo giurisdizionale sugli atti di tali autorità ha rappresentato la prima occasione di incontro con il prof. Marco D'Alberti nel 2007 per la preparazione della tesi di laurea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università “Sapienza” di Roma.

¹ Su cui, M. D'Alberti, *Autorità indipendenti*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1995; S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, il Mulino, 1996; G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 1996; G. Amato, *Le Autorità indipendenti*, in L. Violante (a cura di), *Storia di Italia*, Annali, XIV, Torino, Einaudi, 1998, p. 377 ss.; F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg., VI, Milano, 2001; M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, II, Giuffrè, Milano, 2006; M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, il Mulino, 2010; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019.

² Per riprendere la categoria proposta da M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, ora in Id., *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, p. 161.

strare) hanno toccato, in maniera trasversale, i principali istituti del diritto amministrativo, contribuendo ad arricchire il dibattito scientifico e le stesse prospettive di studio della disciplina.

E così, la controversa questione della collocazione costituzionale di tali soggetti ha rinvigorito il dibattito sullo statuto costituzionale dell'amministrazione e, in particolare, sulla possibilità di rinvenire nel testo Costituzione una pluralità di modelli amministrativi, a seconda del diverso livello di collegamento degli enti pubblici con il vertice politico³.

Sul piano funzionale, la disciplina giuridica sulle autorità indipendenti ha favorito un ampliamento della tradizionale prospettiva di studio sul procedimento amministrativo, anche al di là dei procedimenti di natura individuale: e questo, proprio nel momento in cui veniva invece adottata una legge sul procedimento che escludeva l'applicazione delle relative garanzie ai procedimenti preordinati all'adozione degli atti normativi e di carattere generale⁴. Similmente, l'esperienza delle autorità indipendenti ha arricchito l'analisi teorica sugli istituti di partecipazione, consentendo di valorizzare adeguatamente tanto la prospettiva garantistica della tutela dei diritti in contraddittorio, quanto la prospettiva della rappresentazione degli interessi di cui sono portatori la società e il mercato nell'ambito dei procedimenti regolatori⁵.

Infine, il modello delle autorità indipendenti ha contribuito a rendere assai evidente – e in un certo qual modo a cristallizzare anche sul piano istituzionale – il processo di progressiva riduzione della discrezionalità amministrativa a vantaggio delle valutazioni tecnico-complesse⁶. L'esigenza di garantire una protezione *neutrale* dei diritti economici (ma anche sociali) sottesi all'istituzione di tali soggetti ha infatti trovato una naturale risposta nell'accentuazione della rilevanza tecnico-scientifica delle relative decisioni, a scapito della dimensione politico-amministrativa⁷: si tratta di un profilo che si

³ Secondo la nota prospettiva di M. Nigro, *La pubblica amministrazione fra costituzione e formale e costituzione materiale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1985, p. 162 ss. Sul problema della posizione costituzionale delle Autorità, si veda, da ultimo, V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione costituzionalizzata*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 25 ss.; nonché N. Longobardi, «Amministrazioni indipendenti» e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica (1993), ora in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, II ed., Torino, Giappichelli, 2009, p. 43; sulla valorizzazione della "neutralità" come caratteristica estranea alle amministrazioni tradizionali, V. Caianiello, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e Stato civile*, in *Il Foro amministrativo*, 1997, 1, p. 341 ss.

⁴ Sulle «incompiutezze» della partecipazione in relazione all'attività amministrativa generale, M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 411 ss.

⁵ Sulla trasformazione dei procedimenti delle autorità indipendenti, AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, Giappichelli, 1999. Sulla diversa funzione della partecipazione nei procedimenti generali e singolari, si veda M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 1, p. 1 ss.

⁶ Già messo in luce da Giannini in M. D'Alberti, *Intervista a Massimo Severo Giannini: Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, 2, p. 104 ss.

⁷ Sulla tendenza alla riduzione della discrezionalità amministrativa nella regolazione economica, anche a vantaggio di poteri tecnici, M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 99 ss. In un simile contesto, come sottolineato da G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 292, la tecnica può venire a costituire una «speciale fonte di legittimazione del potere di organizzazioni amministrative che, in ragione di una specifica competenza tecnica, sono attributarie di valutazioni in ordine all'interesse da curare».

viene indissolubilmente a legare tanto alla garanzia di adeguata qualificazione tecnica del personale, quanto alla garanzia di forte indipendenza dal Governo⁸.

2. Il controverso rapporto tra autorità indipendenti e potere giurisdizionale

Le peculiari caratteristiche istituzionali, organizzative e funzionali che hanno contraddistinto l'emersione e il consolidamento del modello delle autorità indipendenti si sono ben presto riverberate anche sul terreno dei rapporti con il potere giudiziario e, in particolare, sulla questione delle modalità (e dell'intensità) del sindacato giurisdizionale esercitabile sui relativi atti⁹. Al punto che, a partire dalla fine degli anni Novanta, la stessa riflessione teorica attorno al tema della discrezionalità tecnica si è venuta ad intrecciare, e talvolta a confondere, con il problema del controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti¹⁰.

Alcune ricostruzioni teoriche hanno inizialmente tentato di valorizzare la specialità funzionale e organizzativa delle autorità indipendenti per auspicare un atteggiamento di maggiore prudenza da parte del giudice, anche alla luce dell'esperienza maturata negli ordinamenti giuridici in cui è nato e si è consolidato il modello delle *independent agencies*¹¹. La peculiare *expertise* di tali soggetti avrebbe infatti giustificato – già solo sul piano logico – un sindacato giurisdizionale più deferente rispetto a quello garantito sulle ordinarie amministrazioni¹². D'altra parte, veniva al contempo sottolineato che alcune delle funzioni attribuite a tali soggetti (come quelle in materia antitrust) si sarebbero potute anche affidare – in astratto – allo stesso potere giurisdizionale: tuttavia, l'inequivoca volontà del legislatore di assegnarle ad amministrazioni pubbliche (altamente specializzate) sarebbe stata contraddetta se fosse poi stato consentito un controllo pienamente sostitutivo da parte del giudice (generalista)¹³.

⁸ Profili che costituiscono i veri tratti qualificanti del modello: sul punto, M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 1 ss.

⁹ Su cui si vedano, tra gli altri, R. Caranta, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole*, cit., p. 165 ss.; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 2, p. 181 ss.; E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2006; A. Lalli, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 165 ss.

¹⁰ Si vedano, in particolare, P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001 e F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹¹ Si veda, in questo senso, S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 219 ss.

¹² Ancora S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, cit., p. 218 si interrogava sul motivo per cui venisse attribuito «il compito di decidere questioni di interesse collettivo ad autorità dotate di indipendenza, i cui membri vengono scelti con criteri particolarmente selettivi e sottoposti ad incompatibilità ben superiori a quelle dei giudici, per assoggettare, poi, la loro attività all'ordinario sindacato giurisdizionale».

¹³ In questa prospettiva, ad esempio, è stato messo in luce da L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 179, che la peculiare struttura neutrale del procedimento dell'Antitrust renderebbe assai problematico un intervento diretto da parte del giudice che mai riuscireb-

In una direzione opposta, altre ricostruzioni hanno invece valorizzato la necessità di assicurare un controllo giurisdizionale assai penetrante sulle autorità indipendenti, anche e soprattutto in virtù della limitata legittimazione democratica delle relative decisioni¹⁴: il rafforzamento delle garanzie – non solo giurisdizionali, ma anche procedurali – avrebbe infatti contribuito a *stemperare* il problema del *deficit* di legittimazione di tali soggetti e ad assicurarne un più solido inserimento nell'ordinamento costituzionale¹⁵.

D'altra parte, un più penetrante controllo giurisdizionale sarebbe stato facilitato dalla stessa connotazione tecnica e para-giurisdizionale delle relative decisioni: e infatti, sia l'assenza di veri margini di discrezionalità (se non in ambiti limitati e circoscritti), sia la tendenziale operatività di modelli di azione ispirati a processi di applicazione e interpretazione di clausole generali¹⁶ avrebbero consentito al giudice di intervenire con maggiore decisione all'interno del processo decisionale e valutativo delle autorità indipendenti¹⁷; e questo, secondo alcuni, anche in virtù della peculiare consistenza delle situazioni giuridiche soggettive vantate dal privato, che in molti casi avrebbero assunto i tratti di un vero e proprio *diritto soggettivo* al libero svolgimento dell'attività economica¹⁸.

Tale seconda prospettiva ha trovato conforto anche nel parallelo processo di tra-

be a ripercorrere interamente la vicenda e la sua complessità. Con riguardo al Garante della *privacy*, ci si è chiesti «perché mai, una volta ravvisata la necessità di ricorrere ad un nuovo soggetto di tutela, non si sia percorso fino in fondo questo itinerario innovativo, sostituendo pienamente il Garante agli organismi giurisdizionali»: così M. Mazzamuto, *Brevi note in tema di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento dei dati personali*, in *Foro italiano*, 1998, 5, c. 51.

¹⁴ Il controllo giurisdizionale sarebbe stato, in definitiva, il fattore in grado di garantire la «chiusura del sistema» a costituzione invariata. Anche in mancanza di un pronunciamento espresso sul punto da parte della Corte Costituzionale, il giudice amministrativo (Tar Lazio, sez. I, 21 luglio 1993, n. 1157 in *Foro italiano*, 1994, 1, c. 147) in uno dei primi interventi relativi alle garanzie procedurali dinanzi ai provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato non mancò di rilevare che «la garanzia giurisdizionale effettiva [è] una delle condizioni di compatibilità con la Costituzione delle Autorità indipendenti». Sul punto G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 251 secondo cui «la riconducibilità al sistema costituzionale delle autorità indipendenti richiede una loro sottoposizione al pieno controllo giurisdizionale, come svolgimento della loro soggezione alla legge, considerando che difettano controlli amministrativi e controlli politici, ed essendo in gioco valori costituzionali».

¹⁵ Non a caso D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, p. 321 ss., nell'analizzare i diversi circuiti che assicurano la legittimazione organizzatoria della p.a. – e consapevole della presenza nell'ordinamento di organismi neutri o con diversi livelli di rappresentatività a cui sono affidati poteri tecnici – sottolineava il fatto che il carattere democratico dell'organizzazione amministrativa non sarebbe stato un legame sufficiente perché comunque si sarebbe trattato di un principio mediato da altre esigenze e principi; e che la democraticità sarebbe stata assicurata innanzitutto dal principio di legalità.

¹⁶ Si veda M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 151, che evidenzia come il ruolo neutrale di tali Autorità determini la configurazione di un potere che si sostanzia «nella mera applicazione della legge al caso concreto», senza alcuna ponderazione di pubblici interessi.

¹⁷ Come evidenziato, con riguardo all'autorità antitrust, da A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

¹⁸ Sulla prevalenza di «situazioni di diritto soggettivo, spesso addirittura di rango costituzionale», G. Scarselli, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, in *Foro italiano*, 2002, 3, c. 491; sul tema si veda anche F.G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 2, p. 277; in giurisprudenza, Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, ha sottolineato che alcune autorità indipendenti – e in particolar modo il Garante per la protezione dei dati personali e l'AGCM – si vedono attribuiti dei «poteri decisori in materia di diritti soggettivi di rango costituzionale».

sformazione del sistema di giustizia amministrativa alla luce del principio di effettività della tutela¹⁹. D'altra parte, a fronte del notevole ampliamento dei mezzi istruttori che ha caratterizzato la disciplina del processo amministrativo, anche il giudice amministrativo sarebbe stato messo nelle condizioni *materiali* di verificare internamente le decisioni poste in essere dalle autorità indipendenti e di ripercorrere la relativa ricostruzione dei fatti complessi, senza alcuno spazio per attribuire – in un processo realmente fondato sul principio della parità delle parti – un'attendibilità privilegiata alla valutazione dell'amministrazione²⁰: il consulente – in quanto esponente della comunità scientifica di riferimento – consentirebbe, infatti, di rendere pienamente verificabile (e falsificabile) il giudizio dell'amministrazione²¹.

In definitiva, l'*erompere* delle autorità indipendenti ha contribuito a declinare, in maniera assai peculiare, il problema del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche complesse, rafforzando gli argomenti e i motivi a sostegno di una maggiore pervasività del controllo del giudice²². Si tratta di argomentazioni che, più di recente, sono state peraltro valorizzate anche alla luce della giurisprudenza euro-convenzionale che, proprio in materia di sanzioni amministrative adottate da alcune autorità indipendenti (Antitrust e Consob), ha prospettato la necessità di un controllo *pieno* del giudice sulle valutazioni (più o meno tecniche) poste a fondamento dell'esercizio del potere amministrativo fortemente afflittivo²³.

3. Le concrete vicende del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti

Le iniziali incertezze nella configurazione del modello *astratto* di sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti si sono in parte riverberate sul piano dei *concreti* orientamenti giurisprudenziali, i quali hanno a lungo risentito delle stesse in-

¹⁹ Per tutti, A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, Cedam, 2000, p. 308 ss.; con specifico riguardo all'estensione del sindacato giurisdizionale, N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000.

²⁰ Sull'importanza della consulenza tecnica per ridurre i margini di insindacabilità nel contesto di «un 'processo amministrativo paritario', nel quale l'amministrazione non goda di un'attendibilità privilegiata», si veda A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2004, 2, p. 439 ss.

²¹ In questo senso, G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 178, secondo cui la tecnicità che ispira la valutazione costituisce «la premessa della sua verificabilità o falsificabilità» dal momento che «è propria della comunità scientifica (che può essere rappresentata nel processo dal consulente tecnico), la capacità di verificare i giudizi espressi al suo interno: un interno che comprende anche le strutture amministrative con competenze scientifiche».

²² Sul punto, S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 1, p. 97 ss.

²³ In questo senso, M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 4, p. 1602 ss.; nonché F. Goisis, *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 1, p. 1 ss. In una prospettiva diversa, F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 2, p. 507 ss.

coerenze che hanno caratterizzato – e che continuano a caratterizzare – l’atteggiamento del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche dell’amministrazione²⁴, con la prevalenza spesso di equilibri interni ai singoli settori in cui interviene la valutazione tecnica, anche alla luce del peso attribuito agli specifici precedenti in materia²⁵.

Al netto delle (non infrequenti) discrasie riscontrabili all’interno del medesimo contenzioso sulle singole autorità²⁶, è comunque innegabile che in una fase iniziale si sia assistito, nel complesso, ad un atteggiamento assai prudente del giudice amministrativo, il quale è sembrato valorizzare i profili di novità che caratterizzavano sul piano istituzionale e funzionale l’attività di tali soggetti al fine di confermare il tradizionale approccio deferente sulla «discrezionalità tecnica» dell’amministrazione o sulle «valutazioni tecniche complesse»²⁷. E così, in molti casi si è sottolineato il fatto che l’autorità fosse comunque titolare di un «potere di valutazione tecnica»²⁸, con la conseguenza che il sindacato del giudice si sarebbe dovuto limitare a controllare dall’esterno – e quindi in maniera “debole” – l’eventuale manifesta irragionevolezza o illogicità delle valutazioni²⁹. Talvolta, il giudice ha espressamente ricollegato la maggiore deferenza alla peculiare *expertise* e alla specifica conformazione organizzativa di tali soggetti³⁰.

²⁴ Su cui sia consentito il rinvio a A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra giudice e amministrazione. Concrete dinamiche dell’ordinamento*, Napoli, Jovene, 2021.

²⁵ In questo senso, A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., p. 454; ma si veda già C. Marzuoli, *La «discrezionalità tecnica» nella giurisprudenza dei T.A.R.: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, p. 633 ss.

²⁶ Ove si possono scorgere orientamenti assai differenti rispetto alla stessa tipologia di valutazione e di controversia: ad esempio, in ambito antitrust a fianco a pronunce caratterizzate da un controllo «pieno e particolarmente penetrante» (Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479; Cons. Stato, sez. VI, 21 dicembre 2019, n. 8695), si riscontrano orientamenti fondati su approcci assai più deferenti (Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479).

²⁷ Con riguardo alle autorità indipendenti, il giudice ha fatto spesso riferimento al concetto di discrezionalità tecnica, soprattutto allorché si è voluto legittimare un atteggiamento maggiormente deferente: ad esempio, in materia antitrust, Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291 ha fatto riferimento alle «scelte di merito dell’Autorità, nell’esercizio della propria discrezionalità tecnica». Spesso si è tuttavia richiamato il concetto di «valutazioni tecniche complesse»: si veda ad esempio, con riguardo alla vigilanza bancaria, Tar Lazio, sez. I, 9 agosto 2005, n. 6157, la quale ha sottolineato che la verifica della «sana e prudente gestione» sarebbe «riconducibile alla categoria delle valutazioni tecniche complesse».

²⁸ Secondo Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6022, «la individuazione del mercato, sul piano geografico e merceologico, è espressione del potere di valutazione tecnica che può essere sindacato solo quando viola il principio di ragionevolezza» (corsivo aggiunto).

²⁹ Come sottolineato da M. D’Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, 2, p. 347 ss., in relazione ai primi orientamenti del giudice amministrativo sulle valutazioni antitrust «non solo la complessità delle valutazioni, ma anche il carattere quasi-giurisdizionale delle funzioni dell’Autorità hanno indotto il giudice a praticare un sindacato ‘debole’ sugli apprezzamenti tecnici più delicati che la legge ha voluto affidare ad un organismo amministrativo del tutto peculiare. Sotto tale profilo, quanto meno, l’atteggiarsi del giudice amministrativo nei confronti dell’amministrazione assume in materia di concorrenza tratti distintivi rispetto ad altri settori del contenzioso». Sulla necessità per il giudice – pur nell’ambito di un controllo rigoroso sui profili fattuali della controversia e sulla stessa attendibilità delle operazioni tecniche – di arrestarsi dinanzi alle valutazioni poste in essere dall’amministrazione, Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247.

³⁰ Si veda, con riguardo al sindacato sugli atti dell’AGCOM, Tar Lazio, sez. III, 26 novembre 2019, n.

Tale prospettiva – che si è chiaramente mossa nel solco dei più consolidati e generali indirizzi in materia di “discrezionalità tecnica” – è stata messa in discussione nell’ultimo decennio, allorquando si è avviato un processo di chiara intensificazione del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche-complesse poste in essere dalle autorità indipendenti³¹. Diversamente dall’approccio che ha continuato a caratterizzare il controllo sulle altre valutazioni tecniche dell’amministrazione, con riguardo agli atti delle autorità indipendenti si è iniziato a prospettare (o quanto meno a dichiarare) un controllo assai intenso, che è stato definito «intrinseco e forte»³². Ad esempio, con riguardo alle valutazioni tecniche poste in essere nel settore della regolazione energetica il giudice sarebbe chiamato ad effettuare un controllo «con gli occhi dell’esperto», ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall’Autorità di regolazione³³. Secondo il giudice amministrativo, un simile sindacato dovrebbe spingersi a «falsificare»³⁴ la scelta del modello scientifico adottato dall’Autorità e verificare la stessa «correttezza del modello economico»³⁵; e ciò, anche attraverso una stringente verifica sulla compatibilità di tale modello con le specifiche finalità della regolazione di settore³⁶. Ai

13568, ove si sottolinea che il sindacato in materia di discrezionalità tecnica «si pone in una dimensione peculiare, in presenza delle regole tecniche e delle competenze, che rientrano nel bagaglio di conoscenze specialistiche proprie delle cosiddette Autorità indipendenti». In ragione di ciò, «in ordine all’apprezzamento – condotto in base a dette competenze e insindacabile nel merito – occorre quindi un’ulteriore riflessione, intesa a coordinare l’evoluzione giurisprudenziale, in materia di sindacato di legittimità sugli atti discrezionali, con le peculiari esigenze del giudizio su provvedimenti, emessi dalle citate Autorità Garanti. Per tali provvedimenti, infatti, l’evoluzione della giurisprudenza, in materia di sindacato sugli atti discrezionali, non può non incontrare una delimitazione almeno in parte diversa, *tenuto conto della specifica competenza, della posizione di indipendenza e dei poteri esclusivi, spettanti alle medesime Autorità*» (corsivo aggiunto).

³¹ Che non sono stati realmente messi in discussione, sul piano concreto, neanche a seguito dell’apparente svolta giurisprudenziale intervenuta con la nota sentenza Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 1999, n. 601: sul punto, sia consentito il rinvio a 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*, cit., p. 5 ss.

³² In materia di regolazione dell’energia si veda Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 162, secondo cui «la necessità di un sindacato intrinseco e forte sotto questo profilo rappresenta allora una forma di garanzia non solo per il privato, ma anche e prima ancora per l’Autorità».

³³ Si veda ancora Cons. Stato, n. 162/2016, secondo cui «le scelte regolatorie in materie tecnicamente complesse possono risultare incomprensibili agli occhi del profano, ma questo non basta per desumerne il difetto di motivazione, avendo il giudice l’onere di esaminarle riutilizzando gli stessi criteri tecnici utilizzati dall’Autorità per verificare se, in tale ottica “specialistica”, la scelta regolatoria riveli una sua intrinseca attendibilità o ragionevolezza»; sulla necessità di ricorrere alle «conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione indipendente», di recente, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 780.

³⁴ Come evidenziato in un caso di regolazione dei prezzi per l’accesso alla rete nel settore delle comunicazioni elettroniche: si veda Cons. Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5708, relativamente alla possibilità di verificare la «falsificabilità» ma non la «falsità» del modello scientifico adottato dall’Autorità in materia di algoritmi.

³⁵ Si veda, in materia di comunicazioni elettroniche, Cons. Stato, sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143.

³⁶ Ad esempio, Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645 ha imposto all’AGCOM di verificare «con un’analisi di tipo comparato e mediante un adeguato approfondimento istruttorio, se la strada indicata dalla Commissione, coerente in toto con il modello BULRIC, sarebbe stata preferibile rispetto all’adozione del *retail minus* per i servizi WLR e WBA, non soltanto per consentire una miglior concorrenza tra gli operatori, ma proprio per favorire una maggior infrastrutturazione».

fini dell'intensificazione del sindacato si è sovente fatto riferimento al concetto di «ragionevolezza tecnica», ma anche «di congruità scientifica e di corretto accertamento dei presupposti di fatto»³⁷; proprio in ragione di ciò, ad esempio, si è pervenuti a verificare la concreta metodologia di calcolo usata dall'Autorità di regolazione elettrica per individuare il denominatore della formula matematica attraverso cui determinare la soglia di tolleranza mensile degli sbilanciamenti³⁸.

Ma è soprattutto in ambito antitrust che è stata prospettata in maniera chiara l'esigenza di porre in essere un controllo pieno sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato³⁹; e proprio tale profilo ha favorito un forte interventismo del giudice amministrativo, specialmente in relazione agli accertamenti degli illeciti e alla comminazione delle sanzioni⁴⁰. Il giudice si è spesso addentrato nella valutazione economica posta in essere dall'Antitrust, giungendo ad esempio a verificare se la concreta ricostruzione del mercato rilevante rientrasse o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto⁴¹. Ci si è inoltre spinti a valutare la spiegazione logico-economica della sostituibilità di un prodotto in un dato mercato, dando voce alle «componenti soggettive, legate al fatto che le decisioni dei consumatori sono frutto anche di condizionamenti sociali e di convinzioni diffuse in uno specifico contesto spazio-temporale»⁴². E a chiara conferma della necessità di porre in essere un sindacato di maggiore intensità, di recente è stata prospettata la possibilità per il giudice di verificare la «maggiore attendibilità» della decisione assunta dall'Antitrust, anche attraverso un puntuale confronto con le soluzioni e ricostruzioni tecniche alternative prospettate dalle parti e, soprattutto, sulla base di una piena e diretta verifica dei fatti sotto il profilo della loro «intrinseca verità»⁴³.

³⁷ Così, in materia di regolazione elettrica, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 giugno 2019, n. 1481; si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, ove, in un caso relativo alla regolazione delle tariffe energetiche, si è fatto riferimento al concetto di «ragionevolezza tecnica». In materia di comunicazioni elettroniche, Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645.

³⁸ In questo senso, ancora, TAR Lombardia n. 1481/2019.

³⁹ Come prospettato nella risalente e nota pronuncia Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 926, ove si sottolinea la possibilità del giudice di «rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame».

⁴⁰ Il contenzioso in materia antitrust appare caratterizzato da un notevole interventismo e attivismo giudiziale, come dimostra l'elevato numero di sentenze di annullamento e rimodulazione della sanzione (oltre il 60% dei casi decisi dall'Autorità), soprattutto se comparato all'intervento del giudice europeo sugli stessi poteri esercitati dalla Commissione (attorno al 40): si veda, in questa prospettiva, lo studio A. Castaldo, M. Grantaliano, N.M. Faraone, *La rideterminazione giudiziale delle sanzioni antitrust: tra discrezionalità tecnica e metodologica*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2018, 3, p. 487 ss.; a livello europeo, T. Tridimas, G. Gari, *Winners and Losers in Luxembourg: A statistical analysis of Judicial Review before the European Court of Justice and the Court of First Instance: 2001-2005*, in *European Law Review*, 35, 2010, pp. 160-161.

⁴¹ Sul punto, recentemente, Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943.

⁴² Così, Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2020, n. 1832.

⁴³ Si tratta della nota pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990 (Avastin Lucentis), ove si precisa che a fronte dell'individuazione normativa della fattispecie lesiva della concorrenza «il giudice non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie»; ai fini dell'effettività della

Tuttavia, anche in relazione a tali orientamenti, va evidenziato che, a dispetto di molte affermazioni di principio, non sempre il giudice è riuscito effettivamente a penetrare all'interno della sostanza della valutazione tecnica posta in essere dall'autorità indipendente. Anche nel recentissimo caso in cui il giudice amministrativo ha prospettato la possibilità di effettuare un controllo di «maggiore attendibilità», in realtà la sentenza non è sembrata realmente discostarsi dalla precedente e più consolidata struttura del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni antitrust e la maggiore pervasività di alcune valutazioni ha al più riguardato la ricostruzione storica dei fatti, a prescindere dalla loro valutazione sulla base dei criteri tecnico-economici⁴⁴: il che è peraltro dimostrato anche dal fatto che, nelle pronunce successive, si è spesso fatto riferimento a tale sentenza, ma per legittimare, in concreto, un sindacato limitato alla mera attendibilità tecnica⁴⁵.

Una simile dissociazione tra il sindacato *annunciato* e il sindacato concretamente *praticato* dal giudice – oltre ad essere stata alimentata dalla tendenza a fare riferimento a coppie concettuali dal significato non sempre univoco (debole/forte, estrinseco/intrinseco, attendibilità/maggiore attendibilità)⁴⁶ – è stata indubbiamente favorita dalla scarsa attitudine del giudice a fare ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio per verificare internamente la razionalità tecnica della decisione. A dispetto del superamento dei tradizionali ostacoli presenti nel diritto positivo, il giudice amministrativo ha infatti continuato a prediligere un controllo di natura documentale e sulla logicità sulla motivazione, non dotandosi degli strumenti tecnici per capire se la valutazione tecnica e l'accertamento del fatto complesso posti in essere dall'autorità rientrassero effettivamente tra le soluzioni (indifferentemente) accettabili⁴⁷. In molti casi, l'avvicinamento alla componente tecnica della decisione è avvenuto attraverso il riferimento a massime e a criteri di comune esperienza o anche a «orientamenti consolidati delle scienze economiche»⁴⁸.

Maggiormente utilizzato – anche in virtù del *favor* che sembrerebbe emergere a livello

tutela, «al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”». In chiave critica sulla pronuncia, M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni Agcm: molto rumore per nulla?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, p. 743 ss.

⁴⁴ Come sottolineato da S. de Nitto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra giudice e amministrazione*, cit., p. 209 ss.

⁴⁵ Si veda ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6315, ove si richiama il precedente Avastin-Lucentis del Cons. Stato, n. 4990/2019, ma si sottolinea la necessità per il giudice, pur all'interno di un sindacato intrinseco, di limitarsi a «“verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto” (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990)».

⁴⁶ Su cui si veda A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, p. 219 ss. Sull'imprecisione e le incoerenze nel concreto utilizzo di tali formule, G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 3, p. 659 ss. Si tratta, d'altra parte, di una tendenza che, secondo P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 486 caratterizzerebbe in maniera particolare i sistemi continentali di *judicial review* fondati su classificazioni e modelli teorici rigidi di sindacato.

⁴⁷ In chiave critica, C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008, p. 327 ss.

⁴⁸ Così, Tar Lombardia, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779 e n. 780, relativamente alla verifica sulla correttezza del «costo economico» in materia di regolazione tariffaria dei servizi idrici.

normativo⁴⁹ – è stato lo strumento della verifica, soprattutto con riguardo alle valutazioni poste in essere dalle autorità di regolazione⁵⁰. Sebbene il più ampio ricorso a tale strumento sia stato giustificato dal fatto che – a differenza della consulenza tecnica – la verifica non sarebbe funzionale a ripercorrere l'intera valutazione tecnica dell'amministrazione (ma solo ad accertare alcuni presupposti fattuali e tecnici della decisione), nei fatti la giurisprudenza non ha mancato di ricorrere a tale mezzo istruttorio anche per acquisire un giudizio di natura valutativa: ad esempio, nel settore della regolazione energetica, si è chiesto al verificatore di valutare se una certa argomentazione usata dall'amministrazione rientrasse «entro i margini di attendibilità e di ragionevolezza tecnica»⁵¹.

4. Autorità indipendenti e giudice nell'esperienza comparata

Le vicende che hanno caratterizzato il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti a livello interno assumono un rilievo del tutto peculiare se collocate in una dimensione comparata, ove – al netto della specificità degli equilibri, innanzitutto costituzionali, che contraddistinguono ciascun ordinamento dal punto di vista del rapporto tra giudice e amministrazione e, soprattutto, del diverso livello di concentrazione e di distribuzione dei poteri⁵² – appare abbastanza diffusa la tendenza a riconoscere un certo livello di deferenza nei confronti delle valutazioni amministrative di carattere tecnico⁵³, anche al di là di una esplicita previsione legislativa di limitazione del sindacato⁵⁴.

Nell'ordinamento statunitense, la stessa teoria della *deference* si è venuta ad afferma-

⁴⁹ La preferenza verso la verifica sembrerebbe trovare un fondamento nello stesso codice del processo amministrativo, là dove dispone, all'art. 63, comma 4, c.p.a., che il giudice può disporre la consulenza tecnica «se indispensabile». Sul punto, M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 233.

⁵⁰ Come evidenziato da F. Caporale, *Il trattamento giurisdizionale delle valutazioni tecniche dell'Arera*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra giudice e amministrazione*, cit., p. 251 ss., si è assistito ad un grande utilizzo della verifica soprattutto nel settore delle valutazioni dell'ARERA, con oltre una decina di casi negli ultimi tre anni; solo raramente, tuttavia, il ricorso alla verifica in sede di appello ha condotto ad un ribaltamento della decisione: Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2018, n. 3704.

⁵¹ Così Cons. Stato, sez. VI, ord. 30 giugno 2017, n. 3211.

⁵² Come sottolineato da P. Cane, *Controlling Administrative Power. An Historical Comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

⁵³ Come emerge dalla recente ricerca di G. Zhu (ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives*, Cham, Springer International Publishing, 2019.

⁵⁴ Ad esempio, nella sezione 70 del Codice di Giustizia Amministrativa del 2002 della Repubblica Ceca, il sindacato giurisdizionale è escluso per le decisioni amministrative di natura puramente tecnica, a meno che non venga ad essere ostacolato lo svolgimento di un'attività economica o di una professione: sul punto, Z. Kühn, J. Staša, *Deference to the Administration in Judicial Review in the Czech Republic*, in G. Zhu (ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review*, cit., p. 133 ss. Generalmente, tuttavia, i limiti legislativi al sindacato sono ricostruiti in via interpretativa. Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, alcune eccezioni alla possibilità di un sindacato penetrante del giudice sui concetti giuridici indeterminati si fondano sulla «dottrina dell'autorizzazione normativa» che fa riferimento a quei casi in cui si ritiene che il legislatore abbia autorizzato l'amministrazione ad assumere decisioni definitive: sull'esperienza tedesca del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnica rimane fondamentale D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 31 ss.

re proprio con riguardo all'esercizio di valutazioni (anche tecniche) da parte di autorità di regolazione. Nel noto caso *Chevron* il giudice ha infatti cercato di valorizzare adeguatamente la delega che il Congresso aveva (più o meno esplicitamente) conferito all'amministrazione in sede di controllo sul concreto esercizio dei poteri regolatori⁵⁵: nello specifico, si è riconosciuto uno spazio interpretativo di tipo tecnico in capo alla *Environmental Protection Agency* dinanzi alla "scelta" del legislatore di non definire in maniera completa la fattispecie regolatoria di riferimento⁵⁶. La tecnicità della decisione è stata quindi valorizzata all'interno di una più ampia valutazione relativa all'efficiente allocazione dei poteri e alla corretta individuazione del soggetto "meglio posizionato" ad assumere la decisione finale⁵⁷. La giurisprudenza *Chevron* è stata sostanzialmente confermata anche in alcuni recenti casi in materia di regolazione sugli standard di emissione di sostanze nocive⁵⁸, nonché in materia di regolazione sui prezzi dell'energia elettrica⁵⁹, sebbene non si sia mancato di auspicare una più decisa e proficua cooperazione tra l'amministrazione e il giudice nella definizione delle decisioni tecniche (soprattutto in ambito ambientale), al fine di superare il tradizionale approccio generalista praticato dalle Corti⁶⁰. Tali posizioni hanno peraltro trovato di recente una forte eco nell'ala più conservatrice della dottrina e della stessa Corte Suprema, che ha messo in discussione la stessa compatibilità costituzionale della *deference doctrine*⁶¹, nell'ambito di un atteggiamento di sfiducia nei confronti dell'*expertise* delle Agenzie e, più in generale, dello stesso *Administrative State*⁶². Si tratta di posizioni che hanno trovato, da ultimo, un

⁵⁵ Come è noto, nel caso *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, US Supreme Court, 467 US 837 (1984), si è statuito che quando un significato normativo è stato lasciato ambiguo dal legislatore, il sindacato del giudice deve consentire all'amministrazione di individuare l'esatto significato della disposizione. Solo dopo aver accertato l'insussistenza di un significato chiaro e univoco a livello legislativo ("step one") sarà possibile porre in essere un sindacato di ragionevolezza sull'interpretazione fornita dall'Autorità ("step two"). Più di recente, per il riconoscimento di un margine di autonomia anche in relazione ai casi in cui è stato attribuito un potere regolatorio all'Agenzia, si veda *United States v. Mead*, US Supreme Court, 533 US 218, 226-27 (2001); sul riconoscimento della deferenza in relazione all'interpretazione da parte dell'Agenzia dei propri atti di regolazione, si veda *Auer v. Robbins*, US Supreme Court, 519 US 452 (1997): Va tuttavia evidenziato che, come chiarito da K. Barnett, C.J. Walker, *Chevron in the Circuit Courts*, in *Michigan Law Review*, 115, 2017, p. 19 ss., l'applicazione di *Chevron* si è caratterizzata per molti profili di incertezza sul piano concreto, con un diverso utilizzo di tale dottrina davanti alla Corte Suprema rispetto alle Corti di appello.

⁵⁶ Sul punto, J.C. Reitz, *Judicial Deference to the Administration in the United States*, in G. Zhu (ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review*, cit., p. 442 ss.

⁵⁷ In questo senso, P.L. Strauss, "Deference" is too confusing – let's call them "chevron space" and "skidmore weight", in *Columbia Law Review*, 112, 2012, p. 1143 ss.; si veda anche P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law*, cit., p. 237 ss.

⁵⁸ *Michigan v. EPA*, 135 S. Ct 2699, 2712 (2015).

⁵⁹ *FERC v. Elec. Power Supply Ass'n*, 136 S. Ct. 760, 782-84 (2016).

⁶⁰ Auspica una maggiore cooperazione tra amministrazione e giudice, J.C. Reitz, *Judicial Deference to the Administration in the United States*, cit., p. 442 s.; nello stesso senso si veda già E. Meazel, *Super deference, the science obsession, and judicial review as translation of agency science*, in *Michigan Law Review*, 109, 2011, pp. 733-784.

⁶¹ Si vedano, tra gli altri, P. Hamburger, *Chevron Bias*, in *George Washington Law Review*, 84, 5, 2016, p. 1187 ss.; D.H. Ginsburg, S. Menashi, *Our Illiberal Administrative Law*, in *NYU Journal of Law and Liberty*, 10, 2016, p. 475 ss.

⁶² Si veda, in particolare, R.A. Epstein, *The Dubious Morality of Modern Administrative Law*, Lanham (U.S.), Rowman & Littlefield Pub. Inc., 2020. In chiave critica rispetto a tali approcci – e a difesa

chiaro riconoscimento negli orientamenti evolutivi della c.d. *major question doctrine*, la quale è stata invocata dalla Corte Suprema proprio per circoscrivere gli spazi di deferenza in favore delle Agenzie, là dove vengono in considerazione rilevanti temi politici o economici⁶³. Le molteplici incertezze e criticità che tale dottrina sta sollevando, soprattutto in merito al suo non univoco ambito oggettivo di applicazione, possono dischiudere le porte ad una nuova stagione di forte instabilità nei rapporti tra giudice e amministrazione, soprattutto nei territori (non infrequenti) in cui dimensione tecnica e dimensione politica della questione appaiono inestricabilmente intrecciate⁶⁴.

Anche negli ordinamenti in cui non è stata accolta in maniera esplicita una teoria della deferenza con riguardo all'operato delle autorità indipendenti e di regolazione, sul piano sostanziale è stato riconosciuto un certo rilievo all'*expertise* dell'amministrazione che effettua la valutazione o, comunque, alla forte componente tecnica del suo giudizio⁶⁵: il che si è affermato anche al di là di quegli ordinamenti di *common law*, in cui l'esigenza di assicurare la giustizia nei confronti dell'amministrazione non ha mai trovato il principale baluardo nei rimedi di natura giurisdizionale⁶⁶.

In Francia, ad esempio, al di là degli iniziali dubbi che sono emersi in dottrina in merito alla stessa possibilità di sottoporre le autorità indipendenti al medesimo controllo giurisdizionale praticato sulle amministrazioni tradizionali⁶⁷, il sindacato del giudice

dell'*Administrative State* – si vedano, da ultimo, C.R. Sunstein, A. Vermeule, *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Cambridge Ma. (U.S.), The Belknap Press of Harvard University Press, 2020; nonché già G.E. Metzger, *The Supreme Court, 2016 Term – Foreword: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, in *Harvard Law Review*, 1, 2017, p. 131 e Id., *The Roberts Court and Administrative Law*, in *Supreme Court Review*, 1, 2019.

⁶³ Si veda, in particolare, il recente caso *West Virginia v. EPA*, 142 S. Ct. 2587 (2022), ove la Corte non ha accolto una lettura espansiva dei poteri regolatori dell'Agenzia alla luce della *Section 7411* del *Clean Air Act* (che era stato a lungo valorizzato proprio per giustificare ampi poteri di intervento per il contrasto al cambiamento climatico), sottolineandosi la necessità, per le Agenzie, di dimostrare in maniera puntuale l'esistenza di una specifica autorizzazione o delega del Congresso là dove vengano in considerazione questioni di grande rilievo politico od economico, non essendo sufficiente la presenza di un linguaggio vago o indeterminato da parte della legge.

⁶⁴ Il dibattito dottrinario sulla recente evoluzione e sulle possibili conseguenze della "*major question doctrine*" per le sorti dell'*Administrative State* è già molto intenso. Si vedano in chiave critica, tra i tanti, J.H. Adler, *West Virginia v. EPA: Some Answers about Major Questions*, in *Cato Supreme Court Review*, 2022 (forthcoming); D.T. Deacon, L.M. Litman, *The New Major Questions Doctrine*, in *Virginia Law Review*, 109, 2023 (forthcoming); C.J. Walker, *A Congressional Review Act For the Major Questions Doctrine*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 45, 2023 (forthcoming). In una prospettiva di maggiore apertura, L. Capozzi, *The Past and Future of the Major Questions Doctrine*, in *Ohio State Law Journal*, 84, 2023 (forthcoming).

⁶⁵ Si veda l'esperienza dell'Australia, su cui F. Kingham, *Deference to the Administration in Judicial Review in Australia*, in G. Zhu (ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review*, cit., p. 39 ss.; l'esperienza del Giappone, su cui N. Kawagishi, *Deference to the Administration in Judicial Review in Japan*, ivi, p. 295 ss.; ma anche l'esperienza olandese, su cui T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, *Deference to the Administration in Judicial Review: The Case of the Netherlands*, ivi, p. 327 ss.

⁶⁶ Come sottolineato da M. D'Alberty, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, il Mulino, 2019, il quale pone il tema dei rapporti tra rimedi giurisdizionali e rimedi non giurisdizionali al centro dell'analisi comparata dei sistemi amministrativi. Sul punto si vedano anche G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2020; G. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁶⁷ Si veda J.L. Autin, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation*, in *Revue de droit public*, 5, 1988, p. 1213 ss., secondo il quale l'indipendenza di queste am-

amministrativo sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione continua ad essere contraddistinto da una certa debolezza, nonostante sia stata da tempo riconosciuta, sul piano astratto, la possibilità di verificare non solo l'esattezza materiale, ma anche la qualificazione giuridica dei fatti posta in essere dall'amministrazione⁶⁸. La tecnicità del giudizio e la grande competenza specialistica dell'amministrazione sono quindi motivi sufficienti per giustificare un sindacato più deferente del giudice⁶⁹. Di qui, la scarsa attitudine ad effettuare una valutazione diretta dei fatti in molti settori in cui vengono in rilievo profili tecnici, nell'ambito dei quali il controllo si atteggia generalmente come "ristretto", non potendo giungere a verificare la corrispondenza tra la valutazione dei fatti e la decisione, se non nei limiti dell'*erreur manifeste d'appréciation*⁷⁰.

Anche in ordinamenti, come quello tedesco, che hanno prestato la massima attenzione all'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti nei confronti di qualsiasi determinazione dell'amministrazione⁷¹ – e in cui, proprio in ragione di ciò, è stata fortemente valorizzata la dimensione *normativa* del concetto giuridico indeterminato (anche di natura tecnica) al fine di giustificare un più intenso controllo del giudice sul processo interpretativo e sussuntivo operato dall'amministrazione⁷² – non si è comunque disconosciuto un certo margine di discrezionalità in capo all'amministrazione in sede di concreta applicazione del concetto giuridico indeterminato, anche in ragione della sua particolare specializzazione soggettiva⁷³. Ad esempio, oltre alla materia della pianificazione o delle valutazioni collegiali da parte di esperti, anche con riguardo al sin-

ministrazioni si sarebbe mal conciliata con i controlli giurisdizionali praticati nei confronti della pubblica amministrazione tradizionalmente intesa.

⁶⁸ A partire dal noto caso *Gomel* del Conseil d'Etat, 4 avril 1914, nell'ambito di un giudizio relativo alla «*perspective monumentale*» di un immobile.

⁶⁹ Come è stato sottolineato da Y. Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, I, Paris, LGDJ, 2001, p. 500, il rifiuto del giudice di addentrarsi nella valutazione amministrativa può risultare giustificato «*dans certaines matière marquées par un caractère de grande technicité (appréciations technique portées par des organismes administratifs spécialisés tels que commissions d'assistance ou jurys de concours)*».

⁷⁰ Si veda, in relazione alle valutazioni del Conseil supérieur de l'audiovisuel, Conseil d'Etat, 13 décembre 2002, n. 221827 (*Radio Monte Carlo*). Sulla limitazione del sindacato all'accertamento dell'errore manifesto in relazione al valore terapeutico di alcune medicine, si veda già Conseil d'État, 23 octobre 1989, n. 75688.

⁷¹ Come evidenziato da E. Schmidt-Aßmann, *Art. 19 Abs. 4*, in T. Maunz, G. Dürig (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, München, Beck, 2014, p. 180, la garanzia costituzionale della tutela dei diritti (sancita dall'art. 19, comma 4 della *Grundgesetz*) impone in linea di massima un controllo completo sull'attività di applicazione del diritto.

⁷² Sulla struttura della valutazione e del sindacato sui «concetti giuridici indeterminati» nell'ordinamento tedesco, si veda M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 131, nonché E. Schmidt-Aßmann, L. De Lucia, M.C. Romano, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, 3, p. 711 ss., secondo i quali «l'indipendenza e la competenza non rappresentano, in quanto tali, argomenti che possano giustificare una riduzione del controllo giurisdizionale».

⁷³ Come sottolineato da D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 101 ss., nonostante la giurisprudenza tenda ad interpretare in maniera tassativa le eccezioni al sindacato pieno sui concetti indeterminati, permangono vaste aree ove il controllo è maggiormente limitato, anche in ragione dell'estrema soggettività del giudizio, della specifica competenza tecnica o della peculiare rappresentatività degli organi a cui è affidata la decisione. Sottolineano il punto, da ultimo, M. Clarich, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali. Un dialogo*, Pisa, ETS, 2021.

dacato sulle autorità di regolazione e di concorrenza, è stata riconosciuta talvolta l'attribuzione legislativa di uno spazio di valutazione in capo a tali soggetti al fine di giustificare un sindacato giurisdizionale limitato, soprattutto con riguardo al processo di sussunzione dei fatti nell'ambito del concetto giuridico indeterminato⁷⁴: d'altra parte, è assai significativo il fatto che, in ambito antitrust, sia stato lo stesso legislatore ad escludere la possibilità per il giudice di valutare «l'apprezzamento della situazione economica complessiva e della sua evoluzione effettuata dall'autorità di concorrenza»⁷⁵.

Un significativo impulso al rafforzamento del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti e di regolazione è tuttavia venuto, più di recente, dal diritto euro-convenzionale, il quale ha messo in moto un processo di riconsiderazione dei più tradizionali equilibri che hanno caratterizzato, nei singoli ordinamenti nazionali, il rapporto tra amministrazione e giudice in relazione alle valutazioni di natura tecnica.

L'effettività della tutela giurisdizionale è stata, d'altra parte, elevata a pilastro del processo di costruzione dello spazio giuridico europeo e ciò ha inevitabilmente condizionato l'intensità e le modalità del controllo giurisdizionale – non solo della Corte di Giustizia ma anche dei giudici nazionali⁷⁶ – soprattutto nei settori e negli ambiti di azione che hanno assunto (e continuano ad assumere) un rilievo strategico per il processo di integrazione, come quello della concorrenza e della regolazione dei mercati⁷⁷. In questa prospettiva, la giurisprudenza e la dottrina hanno comunque provato a differenziare le valutazioni di matrice tecnica operate dalle agenzie e dalle autorità di regolazione dalle altre valutazioni discrezionali, al fine di legittimare, sulle prime, un sindacato più intenso e penetrante⁷⁸: una simile differenziazione è stata peraltro favorita anche dall'esigenza di giustificare – sulla base della c.d. dottrina “Meroni” – l'ampia delega di poteri (tecnici e non

⁷⁴ Sui limiti al sindacato giurisdizionale in merito alle scelte regolatorie nel campo delle comunicazioni elettroniche, si veda E. Schmidt-Aßmann, *Art. 19 Abs. 4, cit.*, p. 197a.; in giurisprudenza, Bundesverwaltungsgericht, 11 dicembre 2013, *Aktenzeichen* 6 C 24/12.

⁷⁵ Si veda l'art. 76, par. 5 della *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), ove, da un lato, si ricostruisce il potere di valutazione dell'Antitrust come discrezionale consentendosi l'intervento del giudice dove l'autorità abbia ecceduto i limiti legislativi al potere discrezionale o abbia esercitato la discrezionalità violando lo scopo della legge antitrust («*Die Verfügung ist auch dann unzulässig oder unbegründet, wenn die Kartellbehörde von ihrem Ermessen fehlsamen Gebrauch gemacht hat, insbesondere, wenn sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder durch die Ermessensentscheidung Sinn und Zweck dieses Gesetzes verletzt hat*»); dall'altro si esclude la possibilità per il giudice di sindacare la valutazione della situazione economica posta in essere dall'antitrust («*Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ist hierbei der Nachprüfung des Gerichts entzogen*»). Proprio in questa prospettiva, ad esempio, la Corte amministrativa federale ha riconosciuto un ambito di autonomia alle valutazioni e alle analisi del *Bundeskartellamt*, anche al di là dell'esplicito riconoscimento legislativo di un potere discrezionale: si veda, tra gli altri, Bundesverwaltungsgericht, 2 aprile 2008, *Aktenzeichen* 6 C 15/07.

⁷⁶ I quali sono inseriti nel processo di applicazione e interpretazione del diritto europeo ai sensi dell'art. 19, comma 2, TFUE, come ampiamente valorizzato, di recente, da Corte giust., 24 giugno 2019, in C-619/18 (*Commissione europea v. Repubblica di Polonia*).

⁷⁷ Sul controllo di legittimità operato dal giudice dell'Unione europea in tema di valutazioni tecniche cfr. B. Marchetti, *Il sistema integrato di tutela*, in L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, il Mulino, 2015, spec. p. 226 ss.

⁷⁸ Pur non essendosi pervenuti ad individuare una categoria teorica assimilabile alla discrezionalità tecnica: sul punto M. Eliantonio, A. Volpato, *Il trattamento giurisprudenziale della “discrezionalità tecnica” nell'esperienza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra giudice e amministrazione*, cit., p. 379 ss.

discrezionali) attribuiti dalla Commissione alle Agenzie di più recente istituzione⁷⁹.

L'intensificazione del sindacato giurisdizionale ha condotto, nel complesso, ad una maggiore attenzione del giudice europeo alla fase di accertamento e di valutazione dei fatti complessi operata dall'amministrazione, al fine di verificare l'esattezza, la completezza e l'adeguatezza delle ricostruzioni poste alla base della decisione⁸⁰: ciò è avvenuto soprattutto nell'ambito del contenzioso antitrust, mentre non sono mancati orientamenti più cauti in relazione alle valutazioni scientifiche di altre autorità di regolazione⁸¹, specialmente nel contesto della "*risk regulation*", ove, d'altra parte, appare più incerto il confine tra la dimensione tecnica e la dimensione politica della decisione⁸².

Infine, non può negarsi che l'intensificazione del sindacato giurisdizionale sugli atti di alcune autorità indipendenti sia stata favorita dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha valorizzato la particolare "afflittività" di alcuni poteri (soprattutto sanzionatori) esercitati da tali autorità per giustificare – alla luce dell'art. 6 Cedu – non solo un rafforzamento delle garanzie procedurali, ma anche la "pienezza" del controllo del giudice sulla sostanza della decisione amministrativa, a presidio dei diritti economici e di libertà dei cittadini e delle imprese⁸³. Di qui, l'importanza che ha assunto, nei diversi ordinamenti europei, il contenzioso sulle sanzioni delle Autorità indipendenti (in particolare in materia antitrust), il quale – anche per la sua indubbia rilevanza economica – si è venuto spesso a differenziare rispetto ai tradizionali modelli domestici di sindacato sulle altre valutazioni tecniche. Oltre a quanto già evidenziato con riguardo all'ordinamento italiano, anche in relazione agli atti del-

⁷⁹ Come evidenziato, in chiave critica, da J. Mendes, *Administrative discretion in the EU: comparative perspectives*, in S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, B. Emerson (eds.), *Comparative administrative law*, II ed., Cheltenham (UK) - Northampton (USA), Elgar, 2017, p. 632 ss., secondo cui è stata spesso l'esigenza di non porsi in contrasto con i postulati della giurisprudenza "Meroni" a favorire la valorizzazione della dimensione esclusivamente tecnica dei poteri attribuiti alle nuove Agenzie (come nel caso dell'ESMA) in contrapposizione alle valutazioni puramente discrezionali.

⁸⁰ La giurisprudenza ha chiarito che il giudice, pur senza sostituirsi alle valutazioni amministrative, deve verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova, la loro attendibilità e la loro coerenza, nonché accertare se comunque siano stati presi in considerazione tutti gli elementi rilevanti per valutare il fatto complesso ed effettuare la decisione: il punto di svolta della giurisprudenza viene fatto risalire a Corte di Giustizia, 15 febbraio 2005, in C-12/03 (*Commissione v. Tetra Laval*); più di recente, Trib. UE, 15 dicembre 2016, in T-177/13, (*TestBiotech v. Commissione*).

⁸¹ Sulle incertezze del sindacato sulle valutazioni tecniche, si veda A. Kalintiri, *What's in a name? The marginal standard of review of "complex economic assessments"*, in *Common Market Law Review*, 5, 2016, p. 1283 ss. Con specifico riguardo al contenzioso antitrust, M. Jaeger, *The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review?*, in *Journal European Competition Law & Practice*, 2, 2011, p. 295 ss. In chiave critica sull'attivismo del giudice in tali ambiti, E. Vos, *The European Court of Justice in the face of scientific uncertainty and complexity*, in B. De Witte, E. Muir, M. Dawson (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham (UK) - Northampton (USA), Elgar, 2013, p. 142 ss.

⁸² Su cui C. Anderson, *Contrasting models of EU administration in judicial review of risk regulation*, in *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 425 ss.; sull'importanza dell'intensificazione del sindacato anche in tali ambiti, P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law*, cit., p. 483.

⁸³ Si veda, tra gli altri, Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10, *Grande Stevens e altri v. Italia*. In dottrina, per l'incidenza sul sistema di giustizia amministrativa, si veda M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; più di recente, A. Carbone (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei Paesi europei*, Napoli, Jovene, 2020.

l'*Autorité de la concurrence* – e più in generale in relazione all'adozione delle sanzioni delle Autorità indipendenti⁸⁴ – si è assistito, di recente, ad una chiara intensificazione del sindacato della Corte di Appello di Parigi⁸⁵.

In definitiva, in un contesto che a livello comparato sembra complessivamente continuare a valorizzare il “peso”⁸⁶ delle valutazioni tecniche, soprattutto se poste in essere da autorità dotate di maggiore *expertise* rispetto ai giudici “generalisti”, è stato soprattutto il diritto euro-convenzionale a favorire un più deciso protagonismo delle corti, anche a livello nazionale. Si tratta di una tendenza che – al di là dello specifico problema dell'intensità del *judicial review* – appare strettamente connessa alle più ampie dinamiche che stanno caratterizzando il rapporto tra ordinamenti sovranazionali e ordinamenti nazionali nello spazio giuridico europeo: e questo, a conferma dell'impossibilità di porre in essere una comparazione tra i diversi modelli astratti di sindacato giurisdizionale senza considerare in maniera adeguata l'incidenza dello specifico assetto istituzionale e costituzionale di riferimento⁸⁷.

5. Per una razionalizzazione del rapporto tra autorità indipendenti e giudice nel contesto euro-continentale: la “giustizia amministrativa” oltre la dimensione giurisdizionale

L'analisi delle autorità indipendenti dalla peculiare prospettiva del rapporto con il potere giurisdizionale contribuisce a disvelare alcune incoerenze che sembrano aver caratterizzato il più recente innesto di tali soggetti nel contesto euro-continentale.

Al di là dei molti profili di diversità che hanno contraddistinto l'affermazione e la stessa declinazione delle autorità indipendenti nei singoli ordinamenti, appare evidente che l'ordinamento statunitense e i sistemi di matrice anglosassone abbiano cercato di valorizzare la peculiarità funzionale di tali soggetti, anche dal punto di vista del rappor-

⁸⁴ Si veda, in questo senso, il *Rapport Public 2001 du Conseil d'Etat*, p. 360. Ad esempio, la Corte eur. dir. uomo, 11 giugno 2009 (*Dubus v. France*), ha imposto una separazione organica tra l'organo istruttore e l'organo investito del potere sanzionatorio in materia di vigilanza bancaria; sul tema, E. Piwnica, *La dévolution du pouvoir de sanction aux Autorités Administratives Indépendantes*, in *Revue française de droit administratif*, 5, 2010, p. 915 ss. e, ivi, P. Idoux, *Autorités Administratives Indépendantes et garanties procédurales*, p. 920 ss.

⁸⁵ Si veda, di recente, Cour d'Appel de Paris, 13 décembre 2018, RG 12/12066, che ha rivalutato approfonditamente i fatti assunti come rilevanti dall'*Autorité de la concurrence* in relazione ad un presunto cartello nel settore dei trasporti; per un'applicazione rigorosa delle garanzie difensive, Cour d'Appel de Paris, 2 février 2017, RG 13/13058. Con riguardo alle concentrazioni (devolute al giudice amministrativo) si assiste ad un controllo “normale” che, tuttavia, si spinge ad analizzare il mercato rilevante e i possibili effetti anticoncorrenziali della decisione: Conseil d'État, 6 octobre 2000, n. 212054, *Société Pernod-Ricard*, rec. P. 397. Sull'intensificazione del controllo della Corte di Appello di Parigi, soprattutto dopo il 2015, si veda C. Arens, *La cour d'appel de Paris, au cœur des droits de la concurrence*, in *Concurrences*, 3, 2018, p. 1 ss.; nonché, M. Thill-Tayara, L. Bary, *Évolution du contrôle de la Cour d'appel de Paris sur les décisions de l'Autorité de la concurrence: Passé, présent, futur*, ivi, 4, 2019, p. 2 ss.

⁸⁶ Per seguire la prospettiva di P.L. Strauss, “*Deference*” is too confusing-let's call them “*Chevron space*” and “*Skidmore weight*”, cit., *passim*.

⁸⁷ Sul punto sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *Streamlining the Judicial Review of Administrative Decisions: a Comparative Institutional Approach*, in *Rivista. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, 2, p. 539 ss.

to con il giudice, al fine di non contraddire la stessa ragion d'essere della delega conferita loro dall'ordinamento.

Al contrario, nel contesto europeo si è assistito ad un processo di progressiva “normalizzazione” (e “amministrativizzazione”) delle autorità indipendenti, che ha condotto, tra le altre cose, ad una intensificazione del controllo giurisdizionale sui relativi atti rispetto a quanto praticato con riguardo alle altre amministrazioni. Le ragioni di una simile tendenza appaiono molteplici.

Innanzitutto, va evidenziato che, sul piano storico, i sistemi amministrativi di *civil law* hanno tradizionalmente individuato nella *discrezionalità* (del potere, delle valutazioni o degli atti) il limite invalicabile al sindacato del giudice (amministrativo) in sede di controllo. Proprio da questo punto di vista, l'esaltazione della peculiare competenza tecnica (e neutrale) di tali organismi – in contrapposizione alla natura propriamente discrezionale che contraddistinguerebbe le valutazioni delle altre amministrazioni – ha costituito il presupposto logico e teorico per giustificare un più penetrante controllo giurisdizionale⁸⁸: in sostanza, le autorità indipendenti avrebbero completato – e portato alle più estreme conseguenze sul piano istituzionale – il processo di progressiva riduzione della discrezionalità (e dell'arbitrarietà) del potere che ha contraddistinto la stessa evoluzione dei sistemi amministrativi continentali nel secolo scorso⁸⁹.

Da questo punto di vista, a dispetto della evidente matrice garantistica che caratterizza la genesi e il concreto operato delle autorità indipendenti nel contesto statunitense⁹⁰, i sistemi continentali hanno continuato a riporre una prevalente fiducia nelle garanzie giurisdizionali ai fini della tutela della legalità e della difesa di diritti dei cittadini e delle imprese⁹¹: e questo, a tacer del fatto che – a dispetto delle affermazioni di principio – il giudice (nazionale ed europeo) solo raramente è riuscito ad entrare effettivamente all'interno della razionalità tecnica della decisione attraverso l'ausilio di esperti.

D'altra parte, al di là dell'indubbia centralità che, nel contesto euro-continentale, il momento giurisdizionale continua a rivestire per la tutela dei diritti e delle libertà individuali, va altresì evidenziata l'importanza che il controllo del giudice ha assunto per assicurare un più armonico inserimento delle autorità indipendenti negli assetti costituzionali degli ordinamenti europei: la garanzia di legalità (anche costituzionale) dell'azione di tali soggetti ha trovato quindi un imprescindibile sostegno soprattutto nella prospettiva di un sindacato giurisdizionale rigoroso e penetrante⁹².

⁸⁸ Ad esempio, nella già menzionata sentenza del Cons. Stato, n. 4990/2019 (Avastin-Lucentis), viene sottolineato il fatto che il potere antitrust esprimerebbe un «potere ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi» e che tale potere sul piano funzionale appare «equivalente a quello del giudice penale».

⁸⁹ La tendenza che ha caratterizzato l'esperienza continentale ed europea nel secondo dopo-guerra alla eliminazione di «ogni possibile margine di indeterminazione della fattispecie normativa» e di «ogni eventuale “ambito di valutazione flessibile”» è sottolineata da S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 258, secondo il quale ciò ha avuto «l'effetto di travolgere l'essenza stessa della discrezionalità amministrativa, producendo la sua progressiva e sistematica soppressione, quasi come se si trattasse di un corpo estraneo nel perfetto Stato di diritto».

⁹⁰ Valorizzata da M. D'Alberti, *Autorità indipendenti*, cit., p. 1 ss.

⁹¹ Nonostante i forti profili di convergenza evidenziati, proprio con riguardo al rapporto tra rimedi giurisdizionali e non giurisdizionali, da M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 201 ss.

⁹² Come emerge chiaramente dallo stesso dibattito che ha caratterizzato l'ordinamento francese: sull'im-

Una simile prospettiva – che appare evidentemente connessa all’esigenza di assicurare l’effettività del processo di integrazione europea e il più efficace funzionamento del sistema multilivello di protezione dei diritti individuali e delle libertà economiche – oltre a fondarsi su presupposti teorici che non appaiono del tutto convincenti, rischia di contraddire la stessa ragione d’essere dell’istituzione di tali soggetti e, al contempo, di depotenziare la dimensione intimamente garantistica di cui gli stessi sono portatori, prima (e al di là) del momento giurisdizionale.

Innanzitutto, va evidenziato che, come è stato da tempo sottolineato in dottrina, anche tali soggetti appaiono portatori di un interesse pubblico e, soprattutto, concorrono alla definizione dell’interesse pubblico individuato a livello legislativo, indipendentemente dalla natura più o meno discrezionale dei relativi poteri⁹³. D’altra parte, al di là delle incertezze teoriche che ancora circondano i concetti di discrezionalità “amministrativa” e “tecnica”, e al di là delle difficoltà di distinguere nettamente le valutazioni *meramente* tecniche dalle valutazioni di interessi⁹⁴ (e i momenti *meramente cognitivi* da quelli *volitivi* della decisione amministrativa⁹⁵), la normativa che disciplina il potere delle autorità indipendenti appare caratterizzata da una ontologica incompletezza e da una naturale indeterminatezza: ed è proprio l’ampiezza della “delega” conferita a tali soggetti a dischiudere spazi valutativi irripetibili e non integralmente replicabili in sede giurisdizionale, a prescindere dal grado di certezza scientifica che caratterizza le regole da applicare e dalla natura (più o meno) neutrale del potere da esercitare⁹⁶. In sostanza,

prescindibilità, anche costituzionale, della piena sottoposizione al sindacato giurisdizionale, si veda il citato *Rapport public du Conseil d’Etat*, 2001, p. 276; nella giurisprudenza costituzionale, si veda già Conseil constitutionnel, 18 settembre 1986, n. 86-217 DC, in materia di telecomunicazioni.

⁹³ Come messo in luce da M. D’Alberty, *Autorità indipendenti*, cit., p. 6, «se si considera l’esperienza delle *independent agencies* statunitensi, la finalizzazione del loro operato ad un interesse pubblico sembra fuori discussione. Il *public interest*, come si è visto, è sempre stato protagonista nella legislazione, nella giurisprudenza, nella prassi, nella dottrina, in materia di *independent agencies*. È il *public interest at large*, che riunisce in sé le esigenze di ampi gruppi di amministratori, più che uno specifico interesse pubblico al quale è di regola finalizzata l’azione di un’ordinaria pubblica amministrazione».

⁹⁴ La difficoltà di distinguere con nettezza la discrezionalità dalle valutazioni tecniche era stata peraltro già evidenziata dallo stesso M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 57; più di recente, sottolineano tale profilo, L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica*, cit., p. 90 ss.; F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 4, p. 791 ss.; G. Clemente di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamministrativa.it*, 7, 2016, p. 3 ss.; F. Merusi, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in L. Ammannati, P. Corrias, F. Sartori, A. Sciarone Alibrandi (a cura di), *I giudici e l’economia*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 63 ss.; con specifico riguardo ai poteri delle autorità indipendenti, M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 79, secondo cui «la distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, chiara in astratto, all’atto pratico si rivela incerta».

⁹⁵ Come sottolineato da R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 165. D’altra parte, lo stesso M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 286, aveva sottolineato che «la distinzione fra questi due tipi di giudizio (giudizio di fatto e giudizio di valore amministrativo)» appare «netta solo se ci si tiene ai due poli estremi dell’antitesi ora rappresentata. Nella realtà, invece, vi è una transizione progressiva dall’un tipo di giudizio all’altro e vi sono, fra l’uno e l’altro, una serie di ipotesi intermedie di collocazione difficile».

⁹⁶ In questo senso, si veda A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle autorità indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 3, p. 459 ss., secondo il quale «sono i margini di apprezzamento consentiti all’amministrazione a definirne concretamente il potere, che è tanto più esteso quanto

le autorità indipendenti – per una chiara scelta del legislatore – pongono in essere scelte ed effettuano valutazioni che altri soggetti non sono in grado di porre in essere, indipendentemente dal fatto che siano o meno titolari di una vera discrezionalità intesa come ponderazione dei diversi interessi pubblici e privati⁹⁷.

In secondo luogo, va evidenziato che la prospettazione di un sindacato giurisdizionale penetrante – e in grado di spingersi sino al cuore della valutazione amministrativa – rischia di contraddire e sminuire la stessa previsione di modelli procedurali fortemente garantistici, come quelli che ispirano l'attività di tali soggetti⁹⁸. È infatti indubbio che la normativa in materia di attività – tanto “regolatoria”, quanto “aggiudicatoria” – delle autorità indipendenti rappresenti, nel nostro ordinamento, il modello più avanzato di disciplina sul procedimento amministrativo, sia per ciò che riguarda le garanzie istruttorie, sia per ciò che riguarda gli spazi di partecipazione e la tutela del contraddittorio. Da questo punto di vista, appare quantomeno paradossale che il sindacato giurisdizionale si venga a intensificare proprio con riguardo all'attività amministrativa che, sul piano sostanziale, appare caratterizzata dalle più forti garanzie procedurali⁹⁹.

Una simile prospettiva, oltre a rivelarsi illogica e irrazionale in termini di efficienza del sistema¹⁰⁰, rischia peraltro di depotenziare la stessa effettività delle garanzie procedurali. La consapevolezza che ogni valutazione e accertamento (anche complesso) potrà essere rimesso in discussione in sede processuale e che, anzi, la giurisdizione costituisca la vera sede deputata all'assunzione della decisione *finale* potrebbe rappresentare un chiaro incentivo – non solo per le parti private, ma anche per la stessa ammini-

più tali margini sono ampi»; in questa prospettiva «la qualità della funzione (neutrale o politica; legislativa, giurisdizionale o amministrativa; ecc.), non incide direttamente sulla consistenza del singolo potere esercitato, che risulterà libero, discrezionale o vincolato essenzialmente in ragione del grado di completezza della fattispecie precettiva astratta che lo prevede e lo disciplina».

⁹⁷ Si veda ancora M. D'Alberti, *Autorità indipendenti*, cit., p. 6, secondo cui «anche in materia di antitrust, può reputarsi che la tutela della produzione, la difesa dei consumatori, il favore per il progresso tecnologico, siano finalità di interesse pubblico che incidono sulle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in modo molto più penetrante di quanto potrebbero influire sulle pronunce di un giudice della concorrenza». Sull'irriducibilità del potere antitrust ad un semplice accertamento di tipo para-giurisdizionale, si veda, tra gli altri, M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998; M. De Benedetto, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Organizzazione, poteri, funzioni*, Bologna, il Mulino, 2000; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁹⁸ Come sottolineato da M. Clarich, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, 1, p. 100 ss., in relazione alla tendenza del giudice ordinario a porre in essere un sindacato sulla sostanza del rapporto controverso, «la tesi del giudizio sul rapporto ha come conseguenza la svalutazione non solo delle garanzie procedurali, ma forse, alla fin fine, anche dello stesso ruolo delle autorità indipendenti».

⁹⁹ Si tratta di un paradosso in parte riconducibile ad un altro paradosso già evidenziato – proprio alla luce dell'analisi critica della prassi giurisprudenziale sulle valutazioni tecniche – da G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 69 ss., il quale sottolinea la maggiore «vulnerabilità in sede processuale dei provvedimenti dotati di motivazioni molto articolate e ricche di rinvii ad altri atti, o adottati al termine di procedimenti complessi: tutte circostanze idonee a creare i presupposti per l'individuazione (e l'eventuale valorizzazione in funzione demolitiva) di contraddizioni e incongruenze».

¹⁰⁰ D'altra parte, il problema del tempo e dei costi andrebbe attentamente considerato nella prospettiva di regolare i nessi tra intensità del sindacato e ampiezza delle garanzie partecipatorie e procedurali, come sottolineato già da S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 3, p. 597 ss.

strazione – a concentrare le risorse maggiori per la difesa delle proprie ragioni in sede giurisdizionale e, magari, a fare emergere (solo) in quella sede prove o elementi istruttori che possano rivelarsi decisivi per un esito favorevole della controversia.

Da questo punto di vista, proprio la prospettiva comparata contribuisce ad evidenziare il fatto che il problema dell'intensità del sindacato giurisdizionale sulle stesse valutazioni tecniche – lungi dal rappresentare il semplice esito della meccanica applicazione di una determinata modalità o standard di controllo – è il risultato di un processo di assestamento e di equilibrio tra i diversi poteri dello Stato, alla luce dello specifico assetto istituzionale e, soprattutto, delle concrete caratteristiche e garanzie che ispirano tanto la struttura della decisione primaria, quanto la struttura (e la funzione) del giudizio ad essa successivo¹⁰¹. In molti ordinamenti, soprattutto di matrice anglosassone, le corti generaliste appaiono tendenzialmente meno inclini a interferire con le valutazioni che attengono alle questioni di fatto tecnicamente complesse stante la qualificata capacità ricostruttiva e valutativa delle amministrazioni¹⁰² e, soprattutto, in presenza di una struttura della decisione primaria altamente garantistica, in cui l'esame dei fatti è rigoroso e ove è più diffusa la partecipazione di testimoni e di soggetti esperti e indipendenti dall'amministrazione¹⁰³. Parimenti, il giudice appare più incline a non interferire sulla decisione primaria là dove sia garantito, prima del giudizio in senso stretto, un riesame della decisione accurato da parte di un organo quasi-giurisdizionale, caratterizzato da una spiccata specializzazione¹⁰⁴.

Una simile prospettiva – tesa a ricollegare l'intensità del sindacato giurisdizionale non tanto alla particolare natura delle valutazioni, dei soggetti o degli interessi fatti valere, ma al complessivo livello di garanzie assicurato dall'ordinamento¹⁰⁵ – impone di prestare grande attenzione (tanto in sede di futuro intervento legislativo, quanto in sede di concreto controllo giurisdizionale) alla disciplina sostanziale che regola il procedimento, il quale assume rilievo centrale per assicurare la migliore concretizzazione della regola tecnica

¹⁰¹ Sul punto, se si vuole, A. Moliterni, *Streamlining the Judicial Review of Administrative Decisions*, cit., p. 559 ss.

¹⁰² Sul peso dell'autorevolezza dell'opinione di un soggetto altamente qualificato si veda, con riferimento all'esperienza australiana, S. Gageler, *Deference*, in *Australian Journal of Administrative Law*, 22, 2016, p. 151 ss.

¹⁰³ Come emerge dall'esperienza statunitense, su cui P.L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2002, p. 345 ss. e dalla stessa analisi comparata, P. Cane, *Controlling Administrative Power*, cit., p. 245 ss.; si veda anche M. Bernatt, *Transatlantic Perspective on Judicial Deference in Administrative Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 22, 2016, p. 325.

¹⁰⁴ Come nel caso del *Competition Appeal Tribunal* britannico operante in materia di antitrust, su cui si veda A. Psygkas, *The 'Double Helix' of Process and Substance Review before the UK Competition Appeal Tribunal: A Model Case or a Cautionary Tale for Specialist Courts?*, in S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, B. Emerson (eds.), *Comparative Administrative Law*, cit., p. 462 ss.; nonché, D. Mantzari, *Economic Evidence in Regulatory Disputes: Revisiting the Court-Regulatory Agency Relationship in the US and the UK*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 36, 2016, p. 590.

¹⁰⁵ Secondo una prospettiva di osservazione unitaria della vicenda "procedimento-processo", che non appare estranea alla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'anomalia di tale giurisprudenza – se osservata da una prospettiva interna e di "sistema" – risiede tuttavia nel fatto che, anche alla luce delle perduranti incertezze in merito all'effettivo perimetro di applicazione dell'art. 6 Cedu alle controversie amministrative, il sindacato giurisdizionale più intenso è stato esercitato (o quanto meno invocato) proprio in relazione ai procedimenti amministrativi caratterizzati dalla presenza delle maggiori garanzie a livello procedimentale (sebbene, sul piano assoluto, non assimilabili a quelle di un processo, soprattutto dal punto di vista della posizione di "terzietà" del soggetto giudicante).

a fronte dell'indeterminatezza della norma¹⁰⁶. Proprio in ragione di ciò, in sede giurisdizionale si ampliano gli spazi di verifica della corretta applicazione degli istituti e delle garanzie procedurali¹⁰⁷, oltre naturalmente agli spazi per il controllo di ragionevolezza tecnica della decisione¹⁰⁸. Ma la ragionevolezza tecnica – pur consentendo di ampliare e infittire il parametro giuridico di verifica della decisione¹⁰⁹ – non potrà mai dischiudere gli spazi ad una piena e integrale sostituzione di una decisione che l'ordinamento ha consapevolmente deciso di affidare ad un soggetto *diverso* dal giudice¹¹⁰.

Sullo sfondo di una simile prospettiva emerge, in ultima analisi, il problema stesso dell'idea di *giustizia amministrativa* che deve caratterizzare gli ordinamenti giuridici moderni, anche alla luce dell'esperienza comparata¹¹¹. Un'idea di giustizia – e di tutela dei diritti nei confronti dell'amministrazione – che, lungi dall'essere confinata nel solo momento giurisdizionale, si costruisce e si plasma sin dalla concreta definizione delle modalità di organizzazione dell'amministrazione e di strutturazione delle garanzie concernenti l'esercizio del potere pubblico¹¹². Ed è proprio in questa prospettiva garantistica – e di valorizzazione della funzione giustiziale di “*poor man's court*”¹¹³ – che va preservato, ma anche ulteriormente affinato, il modello delle autorità indipendenti nei sistemi amministrativi euro-continentali.

¹⁰⁶ Sul punto L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica*, cit., p. 209 ss.; sul necessario rafforzamento delle garanzie partecipatorie, C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 325.

¹⁰⁷ In questo senso, S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche*, cit., p. 97 ss.; A. Preto, B. Carotti, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso dell'Agcom*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, 1, p. 123 ss.

¹⁰⁸ Sulla centralità del sindacato di ragionevolezza anche per la tecnica, F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, 3, p. 438 ss., il quale sottolinea che la ragionevolezza assicura la chiusura e il controllo di tutte le proposizioni giuridiche indeterminate.

¹⁰⁹ D'altronde, lo stesso V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 51 ss., non negava la riduzione dei margini di discrezionalità attraverso il rinvio a «criteri tecnici».

¹¹⁰ Come sottolineato da M. D'Alberti, *Autorità indipendenti*, cit., p. 7: «è importante che si giunga ad una chiara “divisione del lavoro” fra autorità indipendenti e corti giudiziali, che riconosca la più ampia riserva di tecnicità nel settore specifico alle prime (lo *scientific government* della tradizione americana), lasciando al giudice le valutazioni generali di legittimità. Meritano poi grande attenzione le proposte dirette a sottolineare l'opportunità di prevedere un ricorso in un unico grado al Consiglio di Stato avverso le decisioni delle autorità indipendenti».

¹¹¹ Su cui, M. D'Alberti, *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 89 ss.

¹¹² Come evidenziato – riprendendo P.L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, cit., p. 5 – da M. D'Alberti, *La giustizia amministrativa*, in G. Alpa, A. Schiesaro (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia*, Napoli, Jovene, 2013, p. 156, «negli Stati Uniti d'America i problemi più rilevanti della *Administrative Justice* si pongono nel corso dell'azione amministrativa, mentre il sindacato giurisdizionale è concepito soltanto come uno dei possibili mezzi per controllare la legittimità di quell'azione». Su tale prospettiva “ampia” di *Administrative Justice* rimane fondamentale J.L. Mashaw, *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*, New Haven - London, Yale University Press, 1983; più di recente, si veda anche C.J. Walker, *Constraining Bureaucracy Beyond Judicial Review*, in *Dædalus: The Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 150, 2021, p. 155 ss.

¹¹³ A cui fa riferimento M. D'Alberti, *Autorità indipendenti*, cit., p. 1, in relazione alla genesi “giustiziale” che ha caratterizzato l'istituzione della prima autorità indipendente, la *Interstate Commerce Commission*.

Profili dell'amministrazione pubblica

Il contributo di Marco D'Alberti agli studi sulla corruzione pubblica

Bernardo Giorgio Mattarella

Sommario: 1. Un tema di frontiera. – 2. L'ultimo decennio. – 3. Il metodo. – 4. Un tema *mainstream*.

1. Un tema di frontiera

Come è noto, fino a una ventina di anni or sono il concetto giuridico di corruzione apparteneva soltanto al dominio del diritto penale e, di conseguenza, gli studi giuridici sulla materia, concentrati ovviamente sulla prospettiva della repressione, erano appannaggio pressoché esclusivo degli studiosi di quella disciplina. I primi studi di diritto amministrativo sulla prevenzione della corruzione risalgono alla fine del secolo scorso. Marco D'Alberti ne è stato il pioniere, insieme a Sabino Cassese.

Nell'ambito del Progetto finalizzato "Organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione", diretto da Sabino Cassese per il Consiglio Nazionale delle ricerche, furono pubblicati due volumi sulla corruzione, entrambi nel 1994: uno di taglio sociologico, redatto da due allievi di Alessandro Pizzorno che poi hanno a loro volta continuato a coltivare gli studi sulla materia¹; e uno di taglio giuridico, curato da Marco D'Alberti e Renato Finocchi². Si potrebbe osservare che il tema era scontato dopo le vicende giudiziarie dei primi anni Novanta, che evidenziarono l'urgenza di affrontare il tema. Tuttavia, in quella fase, nel dibattito politico, giornalistico e anche scientifico l'enfasi era ancora sulla lotta alla corruzione con gli strumenti del diritto penale, piuttosto che con quelli del diritto amministrativo. Questi primi studi segnalavano alle istituzioni e agli studiosi un altro percorso, quello della prevenzione.

Il volume di D'Alberti e Finocchi è articolato in tre parti. Nella prima sono esaminati alcuni problemi generali della corruzione: si introducono distinzioni, si esaminano le dinamiche della legislazione e quelle istituzionali, emerge l'esigenza di un approccio

¹ D. Della Porta, A. Vannucci, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, il Mulino, 1994.

² M. D'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994.

preventivo, che affianchi la repressione penale. La seconda parte è dedicata ai profili amministrativistici e indica alcuni temi fondamentali che ancora oggi danno corpo alla politica di prevenzione della corruzione: i controlli amministrativi, il rapporto tra politica e amministrazione e le nomine dei dirigenti, i codici di condotta (l'anno precedente Cassese, ministro della funzione pubblica, aveva adottato il primo codice di comportamento dei dipendenti pubblici), gli appalti pubblici, i corpi tecnici dello Stato. La terza parte è dedicata ai profili penali.

Il contributo di D'Alberti, nella prima parte del libro, è dedicato a un tema sul quale egli è più volte ritornato in seguito, quello della distinzione tra la corruzione "soggettiva" e quella "oggettiva". La prima riguarda i comportamenti illeciti dei singoli, la seconda «il disfacimento di larghe parti della struttura politica e istituzionale». Sempre attento alle vicende straniere e alla letteratura (non solo giuridica) comparata, D'Alberti muove, tra l'altro, da un libro, a sua volta pionieristico, di Yves Mény³ per interrogarsi sulle cause che, nell'ordinamento italiano, favoriscono la corruzione, per poi individuare alcuni possibili rimedi. Alcuni di questi ultimi corrispondono a temi e principi che sono stati oggetto della sua riflessione scientifica anche negli anni successivi: il ridimensionamento dell'"intervento" pubblico nell'economia, le privatizzazioni, la regolazione indipendente, la semplificazione dei procedimenti.

Un paio di anni dopo, D'Alberti mette le sue competenze in materia al servizio delle istituzioni, partecipando alla Commissione di studio per contrastare i fenomeni di corruzione, nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minerвинi. Anche in questo caso, il lavoro di D'Alberti procede in parallelo, se non in coordinamento, con quello di Cassese, al quale poche settimane prima il presidente della Camera dei deputati aveva chiesto di coordinare un Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione⁴. La relazione finale della Commissione Minervini⁵ tratta molti temi importanti, inclusi quelli già evocati nel volume menzionato e, in particolare, nel contributo di D'Alberti.

Questi studi hanno contribuito ad avviare la riflessione scientifica su un approccio più comprensivo al problema della corruzione, che tenesse conto non solo dei comportamenti individuali ma anche delle dinamiche istituzionali. Il messaggio è stato recepito dapprima dagli studiosi: gradualmente, il tema della prevenzione della corruzione ha ottenuto la dovuta attenzione da parte degli amministrativisti. Con la lentezza e con il disordine al quale siamo abituati, anche il legislatore ha fatto proprio questo approccio, sviluppando istituti e strumenti di una politica di prevenzione, che ha trovato un suo compimento con la l. n. 190/2012 e anche un suo assetto istituzionale con l'istituzione di diversi organismi pubblici (prima un Alto commissario, poi un Servizio presso il Dipartimento della funzione pubblica, poi una Sezione nell'ambito della Commissione indipendente per la valutazione, l'integrità e la trasparenza, infine l'Autorità nazionale anticorruzione).

³ Y. Mény, *La corruption de la République*, Paris, Fayard, 1992.

⁴ Il cui rapporto è pubblicato negli atti parlamentari e in Camera dei deputati (a cura di), *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

⁵ Pubblicata in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 1997, p. 961.

2. L'ultimo decennio

Gli sviluppi normativi e istituzionali devono avere nuovamente stimolato l'interesse di D'Alberti, che è ritornato sul tema della corruzione con iniziative scientifiche e didattiche. Nell'ultimo decennio egli ha, tra l'altro: coordinato un Progetto di ricerca di interesse nazionale, in cui ha coinvolto molti studiosi, in gran parte giovani; fondato un master universitario; redatto alcuni scritti minori sul tema; pubblicato un contributo monografico.

Il progetto di ricerca su "Corruzione e pubblica amministrazione" ha dato luogo a due volumi, editi a breve distanza di tempo⁶. Tra gli autori del primo vi sono alcuni suoi allievi, insieme ad altri studiosi autorevoli e a importanti magistrati. Al secondo, ben più corposo, hanno contribuito anche molti giovani studiosi. Esso si presenta come un trattato sui diversi aspetti giuridici (e non solo) della corruzione: i temi generali e i settori più rilevanti, le cause e gli effetti, gli aspetti organizzativi e quelli procedurali, la storia e la cronaca legislativa, gli assetti attuali e le prospettive di riforma. Il volume è articolato in una cinquantina di contributi raggruppati in sei sezioni, per quasi mille pagine.

Entrambi i libri recano evidente l'impronta del curatore, riconoscibile soprattutto nell'approccio interdisciplinare e nell'attenzione al dato comparato e a quello storico. Entrambi contengono contributi non solo di giuristi, ma anche di altri scienziati sociali, come storici, sociologi ed economisti, perché lo studio della corruzione richiede diversi approcci e punti di vista. Tra i giuristi, vi sono non solo studiosi, ma anche operatori; non solo amministrativisti, ma anche penalisti. Gli esponenti di altre discipline sono studiosi maturi, mentre gli autori dei contributi amministrativistici sono in gran parte giovani studiosi, che D'Alberti ha selezionato e guidato nella ricerca: ottimo esempio, questo, di felice conduzione di una ricerca collettiva. Alcuni contributi sono interamente dedicati a esperienze straniere (relative al Regno Unito, alla Germania, alla Francia, alla Catalogna) e i due contributi introduttivi del curatore sono ricchi di riferimenti storici e comparati.

Nei contributi introduttivi di D'Alberti ai due volumi, ritornano i temi a lui cari: la corruzione soggettiva e quella delle istituzioni; la degenerazione derivante dall'eccesso di norme e di procedure; l'esigenza di semplificare la legislazione e le procedure; la riforma dei controlli; la concorrenza e il merito come antidoti alla corruzione.

Nel pensiero di D'Alberti, la lotta alla corruzione va condotta a diversi livelli e inerisce a tutti i settori del diritto amministrativo. Non a caso, del tema si occupa, in una prospettiva trasversale, anche nel suo manuale: nella terza edizione⁷, nel capitolo finale dedicato alle disfunzioni, appare un paragrafo dedicato alla corruzione amministrativa.

Il problema della corruzione, dunque, va segnalato e spiegato agli studenti. L'attenzione al tema, anche in termini didattici, si traduce anche nella fondazione di un Master universitario di secondo livello in "Corruzione e sistema istituzionale", promosso su

⁶M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016 (recensito da chi scrive in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 3, p. 837); M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017.

⁷M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, III ed., Torino, Giappichelli, 2017.

sua iniziativa dal Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Roma la Sapienza e dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Vanno poi menzionati alcuni ulteriori scritti, che testimoniano l'attenzione costante dedicata da D'Alberti al tema della corruzione nell'ultimo decennio: scritti di natura diversa, che comunque dimostrano il suo interesse a confrontarsi con studiosi di discipline diverse⁸ e a rivolgersi a un pubblico più largo di quello dei giuristi⁹.

Il coronamento del percorso di studi di Marco D'Alberti sulla corruzione, al momento attuale, può essere individuato nel volume edito da Treccani nel 2020¹⁰, breve ma denso di riferimenti storici e comparati. Ritornano, in esso, alcuni dei temi trattati negli scritti precedenti, articolati in una trattazione prima della situazione attuale, poi dei rimedi esistenti e dei loro limiti, infine degli ulteriori rimedi possibili. A quest'ultimo riguardo, dopo avere espresso dubbi sulle tendenze legislative e giurisprudenziali volte a estendere l'uso dello strumento penale, osserva che «La prevenzione si basa fondamentalmente su quattro strumenti: la pianificazione, la trasparenza, la tutela dell'imparzialità e la disciplina dei contratti pubblici»¹¹. Per ciascuno di essi formula alcune osservazioni e segnala l'insufficienza delle norme e l'importanza di una loro corretta applicazione.

L'organizzazione di ricerche in materia di corruzione, da parte di D'Alberti, ha anche un risvolto convegnistico. Alla Conferenza inaugurale dell'International Society of Public Law (Icon-S), che si svolge a Firenze nel 2014, egli organizza un panel sul tema, il cui titolo – “Corruption of rules and corruption of people” – richiama ancora una volta la distinzione tra la corruzione oggettiva e quella soggettiva.

Al tema della corruzione, infine, D'Alberti presta attenzione anche dopo avere assunto il ruolo di consigliere giuridico del Presidente del Consiglio, contribuendo con equilibrio all'elaborazione delle iniziative legislative del Governo in materia e segnalando l'opportunità di un riordino normativo.

3. Il metodo

La rassegna di iniziative scientifiche, istituzionali ed editoriali che precede ha già mostrato alcuni aspetti di metodo dell'approccio di Marco D'Alberti al tema della corruzione. Alcuni altri possono essere evidenziati.

Innanzitutto, D'Alberti non tratta il tema della corruzione come un qualsiasi aspetto dell'organizzazione amministrativa o della legislazione, né vi si avvicina sulla base di studi altrui. Vede il tema prima di altri e ne coglie l'importanza per lo studioso di dirit-

⁸ M. D'Alberti, *Lotta alla corruzione e crescita economica*, in L. Paganetto (a cura di), *Giustizia sociale, occupazione e crescita*, Roma, Eurilink, 2013; *Intervento* in M. Antinucci, P. Piselli (a cura di), *Corruzione e cultura della legalità* (Atti dell'Incontro tenutosi a Roma il 29 ottobre 2014), Roma, EdilStampa, 2015, p. 47.

⁹ *Corruzione*, voce in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Nona Appendice, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2015, p. 327.

¹⁰ *Corruzione*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani S.p.A., 2020.

¹¹ *Corruzione*, 2020, cit., p. 84.

to pubblico. Significative, al riguardo, sono le sue osservazioni sul legame tra corruzione e assenza di democrazia: «I Paesi più virtuosi per limitata corruzione mantengono democrazie solide; i Paesi percepiti come più corrotti hanno democrazie deboli, o conservano regimi autocratici, o tendono a involuzioni populistiche»¹². Ne emerge già una prima importante indicazione: quello della corruzione è un tema legato a quello della democrazia: le misure di prevenzione della corruzione, pur potendo occasionalmente limitare o correggere il funzionamento del principio democratico (si pensi alle cause di incandidabilità o ineleggibilità per conflitti di interessi), rafforzano la democrazia, perché la corruzione la indebolisce, facendo degenerare le istituzioni. È per questo che il tema della corruzione, in quanto “disfunzione” di natura generale, trova spazio in una trattazione generale del diritto amministrativo.

Ne deriva che lo studio della corruzione, da parte del giurista, implica un impegno civile particolarmente forte: è uno studio imposto dall'esigenza di contribuire al miglioramento delle istituzioni. Questo spiega perché l'approccio è sempre propositivo: gli studi sulla corruzione non ne esaminano solo le cause e gli effetti, ma anche i possibili rimedi. Né mancano le critiche al legislatore, soprattutto quando cede alla tentazione delle scorciatoie o del “populismo penale” per trascurare i rimedi che richiedono maggiore impegno amministrativo, ma che sono realmente efficaci.

Di conseguenza, il tema della corruzione si declina in molti sottotemi, già menzionati, alcuni dei quali dati da rimedi che attraggono in modo particolare l'interesse di D'Alberti: la concorrenza, la qualità delle regole, la semplificazione delle procedure, l'efficienza dei controlli, la selezione e la formazione dei funzionari, in particolare nel settore dei contratti pubblici. Inoltre, le cause, gli effetti e i rimedi alla corruzione cambiano da settore a settore, di conseguenza occorre esaminarli distintamente – come nelle ricerche da lui coordinate – in settori come l'urbanistica, l'edilizia, l'ambiente o la sanità.

L'attenzione di D'Alberti, studioso delle istituzioni, è sempre puntata su queste ultime. Senza trascurare i fattori antropologici, culturali e morali che determinano la corruzione “sogettiva”, sui quali l'attenzione di teologi, filosofi e pedagogisti non è mai mancata, egli vuole segnalare l'importanza di considerare anche i fattori che determinano la corruzione “oggettiva”: quella del sistema piuttosto che dei singoli, che può favorire e accentuare la prima. Questa corruzione tende a organizzarsi e ad autoalimentarsi, in una sorta di “pianificazione della corruzione”: essa «non è più occasionale né legata a singoli episodi, ma si trasforma in attività illecita costante e seriale»¹³.

D'Alberti, peraltro, è anche appassionato studioso di diritto dell'economia e di diritto della concorrenza e non manca di insistere sugli effetti negativi della corruzione sull'economia e sulla vita quotidiana dei cittadini, né di rimarcare come la corretta applicazione delle regole della concorrenza costituisca un antidoto alla corruzione. E la consapevolezza dell'importanza dell'analisi economica per il giurista emerge nel modo in cui egli affronta temi importanti, come quello del rapporto tra corruzione e discrezionalità amministrativa.

Dal punto di vista metodologico, ulteriori importanti insegnamenti di D'Alberti, che si traggono dai suoi studi sulla corruzione come da quelli su altri temi, sono questi:

¹² *Corruzione*, 2020, cit., p. 68 ss.

¹³ *Corruzione*, 2020, cit., p. 60.

l'analisi dell'ordinamento vigente deve sempre essere corredata da un approfondimento storico e comparato; il giurista non deve trascurare il dialogo con gli altri scienziati sociali. Negli ultimi anni, all'attenzione per il dato comparato si aggiunge quella per le tendenze delle organizzazioni ultrastatali: non a caso, come già ricordato, il primo panel che egli organizza nell'ambito di Icon-S è dedicato alla corruzione. Negli scritti recenti, poi, vi sono continui, anche se distaccati riferimenti ai lavori delle organizzazioni ultrastatali, pubbliche e private, votate alla lotta alla corruzione, nonché agli indicatori di misurazione della corruzione da esse elaborati.

Questo approccio consente di evidenziare che i fattori che contribuiscono alla corruzione delle istituzioni si addensano in modo particolare in determinati momenti storici: è successo durante il fascismo, ma anche in età repubblicana; suggerisce che le esperienze di altri stati possono offrire idee utili; induce ad allargare lo sguardo al di là dei singoli episodi e delle singole disposizioni normative. A questo riguardo, per esempio, vanno ricordate le osservazioni di D'Alberi sul rapporto tra corruzione pubblica e corruzione privata e sull'esigenza di lavorare anche sulla prevenzione della seconda.

4. Un tema *mainstream*

Quando Marco D'Alberi ha cominciato a occuparsi della corruzione, il tema era nuovo. A quasi trenta anni dai suoi primi studi in materia, il tema non è più di frontiera. I suoi studi continuano a distinguersi per l'equilibrio e lo spessore culturale, ma il contesto nel quale essi si collocano è cambiato: la politica di prevenzione della corruzione ha dato luogo a importanti sviluppi legislativi e istituzionali e la letteratura in materia è ormai abbondante, il tema è quasi di moda.

Tenendo conto, da un lato, di questi sviluppi del diritto e della scienza giuridica e, dall'altro, delle indicazioni di merito e di metodo ricavabili dagli studi di D'Alberi, si può proporre qualche osservazione sullo stato della politica di prevenzione della corruzione. Questa politica, nell'arco di un decennio, si è ampliata e articolata con molte previsioni legislative, un'autorità indipendente, uffici in ciascuna amministrazione, piani, competenze, obblighi e divieti. Questo non ha impedito, peraltro, che su alcuni fronti – come quello della dirigenza pubblica – ci siano stati numerosi passi indietro in termini di rispetto del principio di imparzialità e, quindi, di prevenzione della corruzione. Né mancano le lacune e gli aspetti di perdurante debolezza del nostro ordinamento, segnalati da numerosi studi, inclusi quelli di D'Alberi: per esempio, il ridotto ricorso alle ispezioni sulle amministrazioni, la debolezza dei corpi tecnici, l'inefficienza dei concorsi pubblici.

In ogni caso, a distanza di una decina d'anni dalla l. n. 190/2012, che ha definito le coordinate essenziali di questa politica, la disciplina legislativa richiede una revisione. Molte previsioni legislative sono ambigue o confuse, a volte pressoché incomprensibili: si pensi alla disciplina delle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi pubblici. Altre, elaborate troppo frettolosamente sulla spinta di scandali ed emozioni, sono irrazionali o inapplicabili: si pensi alla disciplina del *pantouflage*. Molte di queste previsioni normative, per l'una o per l'altra ragione, non hanno beneficiato di una adeguata

analisi dei costi e dei benefici e hanno imposto sacrifici e complicazioni ben maggiori dei vantaggi, spesso molto dubbi. Soccorrono, qui, le osservazioni di D'Alberti relative all'importanza di assicurare la qualità delle regole.

Infine, come pure D'Alberti ha spesso osservato, non bisogna occuparsi solo delle regole, ma anche della loro attuazione. Nei suoi scritti in questa materia, egli ha spesso segnalato l'esigenza di applicare interi settori di disciplina, allo stato ancora inapplicati (si pensi alla qualificazione delle stazioni appaltanti) e di curare la corretta attuazione delle norme di riforma come quelle in materia di controlli amministrativi o di semplificazione procedimentale. Bisogna, poi, curare in modo particolare le strutture amministrative: il reclutamento e la formazione dei funzionari, la presenza di adeguate competenze specialistiche.

Ecco un ulteriore insegnamento delle ricerche di Marco D'Alberti sulla corruzione: non bisogna illudersi di sconfiggerla con una o più leggi, bisogna sempre curare la macchina preposta alla loro applicazione.

Marco D'Alberti e il pubblico impiego

Stefano Battini

Sommario: 1. Premessa. – 2. Dalla convergenza alla unificazione di lavoro pubblico e privato. – 3. L'autonomia dell'alta burocrazia e l'armatura di Aginulfo. – 4. Retrospective e prospettive.

1. Premessa

Stretto è il rapporto tra il percorso scientifico di uno fra i più acuti e versatili studiosi italiani del diritto amministrativo e i profondi cambiamenti che hanno interessato un capitolo centrale del diritto amministrativo stesso. Si allude alla relazione tra il pensiero di Marco D'Alberti e le vicende riformatrici del pubblico impiego in Italia.

Fin dai suoi primi scritti, il pubblico impiego è al centro della riflessione di D'Alberti. È forse il tema su cui prevalentemente egli ha costruito la propria identità scientifica, dotandosi di chiavi interpretative e affinando opzioni metodologiche che ne hanno poi caratterizzato l'approccio e la cifra intellettuale. Al tempo stesso, gli scritti che D'Alberti, soprattutto nell'ultimo quarto del ventesimo secolo, ha dedicato al pubblico impiego, hanno avuto una decisiva influenza culturale sugli sviluppi e sull'evoluzione della disciplina dell'impiego pubblico, che ha conosciuto alla fine del secolo scorso innovazioni legislative profonde. Tali scritti, naturalmente insieme a quelli di altri studiosi, che formavano allora una sorta di avanguardia culturale, hanno preparato e accompagnato un percorso riformatore basato su alcune idee guida, avanzate e affinate in quei contributi: l'idea della unificazione, nel segno del contratto, del lavoro pubblico e del lavoro privato; l'idea della progressiva autonomizzazione dell'alta burocrazia rispetto al corpo politico. Quelle idee sono alla base dei principi – la privatizzazione del pubblico impiego e la distinzione fra politica e amministrazione – di una nuova “costituzione amministrativa”, che si è affermata con le riforme del 1993 e del 1998, confluenso poi nel c.d. testo unico del 2001. Si proverà allora a ripercorrere sinteticamente la riflessione scientifica di Marco D'Alberti in tema di impiego pubblico e l'influenza che essa ha esercitato sulla riforma della costituzione amministrativa italiana. Una riforma che, tuttavia, ha poi conosciuto processi di alterazione e deformazione, i quali hanno allontanato le prassi attuali rispetto alle ambizioni del progetto originario.

2. Dalla convergenza alla unificazione di lavoro pubblico e privato

Nel 1975, il dottor Marco D'Alberti, borsista dell'Università di Roma, pubblica un saggio, in forma di nota a sentenza, che affronta il "delicato problema" dell'applicabilità ai rapporti di pubblico impiego (nella specie, si trattava di una cuoca di un patronato scolastico) della disciplina privatistica sui rapporti di lavoro a tempo determinato¹. Nel constatare che la giurisprudenza allora prevalente ne riconosceva in astratto l'applicabilità, salvo tuttavia escludere il principio della conversione del rapporto in caso di continuazione dello stesso oltre il termine, nonché imporre l'obbligo di impugnazione dei provvedimenti amministrativi di instaurazione di rapporti a termine in violazione della legge, osservava come tali deviazioni dal regime privatistico, da un lato, fossero giustificate solo in modo "assiomatico"², e, dall'altro lato, ridondassero in un *deficit* di tutela del dipendente pubblico³. Si possono cogliere, fin da questo primo contributo, alcune delle premesse metodologiche e culturali che hanno ispirato la riflessione di Marco D'Alberti sul pubblico impiego e che spiegano l'opzione "privatistica" che la contrassegna.

Tale opzione, in primo luogo, esprime una scelta, per così dire, di laicità della ricerca scientifica. Essa risponde cioè all'esigenza metodologica di liberare l'analisi della realtà giuridica dalle incrostazioni ideologiche, in particolare quelle che hanno a lungo dominato il campo del diritto amministrativo a partire dall'epoca, posta a cavallo fra fine '800 e inizi del '900, della "grande pubblicizzazione" dei rapporti fra lo Stato e i suoi interlocutori. D'Alberti, fin dagli esordi del suo percorso intellettuale, è stato convinto che tali qualificazioni pubblicistiche fossero appunto, in larga misura, frutto di concezioni ideologiche, che forzavano il diritto positivo e la natura sostanziale di rapporti amministrativi, i quali, invece, si presentavano per molti versi del tutto simili a corrispondenti istituti del diritto privato. Naturalmente, in ciò seguiva le orme del suo maestro. La tesi di Massimo Severo Giannini, secondo cui la qualità di provvedimenti amministrativi era stata artificiosamente estesa dalla giurisprudenza amministrativa all'attività organizzativa, con la quale invece l'amministrazione pubblica cura un interesse proprio al pari di qualsiasi altra organizzazione, aveva pienamente convinto D'Alberti. L'impiego pubblico appariva così l'esempio più significativo di una indebita pubblicizzazione ideologica, insieme forse alle concessioni amministrative, ma come vedremo per motivi e con esiti diversi. E non è certo casuale che questi furono anche i principali temi della prima fase della produzione scientifica dell'autore cui questo scritto è dedicato: le concessioni, oggetto della monografia del 1981⁴; il pubblico impiego,

¹ M. D'Alberti, *Riflessioni sull'applicabilità ai rapporti di impiego pubblico della legge 18 aprile 1962, n. 230 sul contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1975, 2, p. 140.

² D'Alberti osservava nel saggio che «è infatti chiara la forzatura di parlare di provvedimento di nomina a proposito di rapporti di lavoro che sono originati da contratto, ed è privo di significato qualificare come provvedimenti amministrativi gli atti del datore di lavoro che vengono utilizzati in rapporti di impiego pubblico regolati da norme di diritto privato».

³ Il contributo si concludeva evidenziando l'esigenza di una «riflessione sulla insufficienza dei rimedi giuridici contro il grave fenomeno del lavoro pubblico precario».

⁴ M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981.

come detto argomento privilegiato nei saggi. In uno di questi, anch'esso dedicato ai rapporti di impiego pubblico a contratto, esaminati in modo più strutturato e sistematico, D'Alberti manifesta con chiarezza la propria insofferenza per le «concezioni meta-giuridiche dell'attività amministrativa», che a suo avviso ispiravano le dispute accademiche sulla natura unilaterale o contrattuale del rapporto di pubblico impiego a prescindere dall'esame obiettivo del diritto positivo⁵. L'opzione "privatistica" di D'Alberti si accompagna difatti ad un richiamo all'aderenza al diritto positivo. Il che richiede qualche precisazione, perché ancora alla metà degli anni '70 i dati di diritto positivo deponevano decisamente per una qualificazione pubblicistica dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, disciplinati in larga misura dalla legge e affidati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Proprio in ciò sta tuttavia l'originalità del percorso di D'Alberti e il segreto dell'influenza che ha potuto esercitare sugli sviluppi successivi della disciplina del pubblico impiego. Egli ha saputo infatti rintracciare e valorizzare quegli elementi di contrattualità dei rapporti di impiego pubblico che erano a lungo rimasti sepolti sotto lo strato pubblicistico di inizio '900 e che invece, a partire dagli anni '60 del medesimo secolo, andavano progressivamente riemergendo alla luce, disvelando una sostanza consensuale precedentemente occultata. Per far ciò, si è reso inizialmente necessario concentrare l'attenzione su aree marginali dell'universo dell'impiego pubblico, cioè su quelle varie figure di rapporti precari, o non di ruolo, che proprio in quanto eccezioni rispetto alla fattispecie tipica potevano essere instaurati attraverso una formula consensuale. Interrogando quelle figure, marginali peraltro non già per rilevanza sociale, bensì solo per attenzione ricevuta dalla scienza giuridica, D'Alberti ha smascherato la natura ideologica di quelle tesi che, pur a fronte di norme di diritto positivo che inequivocabilmente si riferivano a rapporti di "impiego pubblico a contratto", finivano comunque per circoscrivere il rilievo della consensualità al solo momento genetico del rapporto, che nel suo svolgimento veniva poi ricondotto, appunto indipendentemente ed anzi in contrasto con il dato positivo, alle qualificazioni pubblicistiche. La tesi della genesi contrattuale di un rapporto pubblicistico aveva come noto impegnato la più autorevole dottrina giuspubblicistica nella fase della "grande pubblicizzazione", durante la quale il dibattito scientifico si era molto soffermato sulla figura del "contratto di diritto pubblico", in riferimento soprattutto al pubblico impiego, ma anche alle concessioni amministrative, parallelamente indagate da D'Alberti. Questi tuttavia chiarisce che la categoria del contratto "ad oggetto pubblico" (così riqualificato ancora sulla scia di Giannini) non può applicarsi ai rapporti di impiego pubblico a contratto, mancando precisamente l'elemento dell'oggetto pubblico, che, almeno nella grande maggioranza dei casi, non può ravvisarsi nell'affidamento di funzioni pubbliche al dipendente⁶. Pertanto «non sussistono ostacoli di diritto positivo

⁵ M. D'Alberti, *Note sui rapporti di impiego pubblico a contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, p. 531, in cui l'A. osserva che «dietro l'impostazione unilateralistica, sta infatti una visione autoritaria e di preminenza dell'amministrazione pubblica; dietro l'impostazione contrattualistica sta la consapevolezza della maggiore efficienza dei moduli fondati sul consenso rispetto agli strumenti provvedimentali. Probabilmente tanto forte è stato l'interesse a sostenere l'una o l'altra soluzione che a volte, come nella materia particolare in esame, si è giunti alle conclusioni prescindendo da un esame analitico del diritto positivo».

⁶ Si tratta infatti, secondo D'Alberti, «di un'attribuzione che riguarda un numero limitato di impiegati

alla configurazione dei rapporti di impiego pubblico a contratto come autentiche fattispecie contrattuali, in ogni fase del loro svolgimento». Nel dimostrare che quei rapporti di impiego atipici, che il diritto positivo configurava espressamente a genesi consensuale, fossero autentiche fattispecie contrattuali, D'Alberti in realtà intendeva dimostrare e suggerire molto di più. E cioè che se il diritto positivo avesse previsto la genesi consensuale anche per il rapporto tipico di impiego pubblico di ruolo con le amministrazioni statali, allora anche quel rapporto avrebbe dovuto essere ricostruito come “autentica” fattispecie contrattuale. Non sussistono, in altri termini, ostacoli dogmatici o ontologici alla qualificazione contrattuale e privatistica dei rapporti di impiego pubblico in generale, essendo la natura di essi problema di diritto positivo, che può assegnare al diritto privato il rapporto di lavoro con organizzazioni pubbliche. Né, chiariva fin da allora D'Alberti, esistono principi generali sul pubblico impiego diversi da quelli del diritto del lavoro privato che possano ostare all'ingresso del diritto del lavoro, che il regime privatistico porta con sé. Guadagnava progressivamente terreno, per questa via, la “alternativa della privatizzazione”, così definita dal rapporto Giannini su cui, in sede di commento del medesimo, D'Alberti si è soffermato in altro saggio del medesimo periodo⁷.

Oltre all'insoddisfazione per le mitologie e ideologie pubblicizzanti, vi è una seconda componente metodologica e culturale che accompagna e qualifica l'opzione privatistica in tema di pubblico impiego. Marco D'Alberti è un giurista realista. Attento non solo al diritto positivo, ma anche ai rapporti sociali su cui esso impatta, alla funzione sociale delle regole, alle condizioni effettive necessarie affinché quella funzione si espliciti. L'analisi oggettiva della realtà, inoltre, non significa per D'Alberti agnosticismo sul piano dei valori. Che si tratti della cuoca di un ente pubblico nel primo lavoro del 1975, o delle vittime del *land grabbing* nei contributi più recenti⁸, dai suoi saggi traspare sempre la profonda convinzione che il diritto debba stare dalla parte dei deboli, riequilibrando rapporti politici, economici e sociali che li vedrebbero altrimenti soccombenti. Sul piano del pubblico impiego, tutto ciò ha almeno due conseguenze, che convergono nell'interesse dell'A. per le relazioni sindacali e per lo sviluppo della contrattazione collettiva nel settore pubblico.

Nel 1977, D'Alberti pubblica un saggio, ancora oggi imprescindibile, a proposito dei rapporti fra impiego pubblico e privato⁹. Giovandosi di una prospettiva storica (altro tratto caratterizzante, insieme alla comparazione, del suo metodo di analisi dei fenomeni amministrativi), si sofferma sulle ragioni sostanziali del processo di convergenza dei due universi normativi, allora in atto, e, al tempo stesso, sulle condizioni necessarie affinché quel percorso potesse giungere a compimento.

pubblici (...) e irrilevante di contrattisti” e per di più “attiene al cosiddetto rapporto di ufficio che è rapporto organizzativo in tutto separato e indipendente dal rapporto di servizio, che è incentrato sulla prestazione lavorativa la quale costituisce l'oggetto specifico del contratto».

⁷ M. D'Alberti, *Alcune riflessioni generali sul “Rapporto Giannini”*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1980, 1, p. 55.

⁸ M. D'Alberti, *Commons and land grabbing*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 2018, Napoli, ESI, 2018, p. 25.

⁹ M. D'Alberti, *Impiego pubblico, norme privatistiche, processo del lavoro*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, 2, p. 509.

Sotto il primo profilo, D'Alberti dimostra come l'esigenza di maggiori tutele e protezioni sostanziali sia alla base della direzione di marcia del pubblico impiego, che muove verso il lavoro privato. Difatti, «nei periodi liberali e liberal democratico, la pubblicizzazione del rapporto di impiego con l'amministrazione e la sua separazione dal lavoro privato segnarono ... un vantaggio a favore dei dipendenti pubblici rispetto ai lavoratori privati, ingabbiati in un sistema fondato sulla piena libertà del datore di lavoro». Ma tale condizione di maggior protezione del dipendente pubblico, garantita dallo *status* pubblicistico anche in epoca fascista e, a maggior ragione, nel dopoguerra con il testo unico del 1957, aveva invece conosciuto, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, un ribaltamento di prospettiva. Si era affermata anche nel pubblico impiego la contrattazione collettiva e, più in generale, una prassi sindacale ispirata a obiettivi analoghi rispetto a quella privatistica, ciò che, secondo D'Alberti, aveva prodotto un "diritto vivente" tale da tradurre la convergenza fra lavoro pubblico e privato in "identità" e da revocare in dubbio la stessa legittimità costituzionale di trattamenti normativi differenziati: «situazioni non dissimili in fatto non tollerano discipline diverse in diritto». L'equiparazione normativa fra lavoro pubblico e privato trovava la propria giustificazione in una esigenza di parificazione delle tutele dei lavoratori, avvertita in particolare da quelli pubblici, per i quali il regime speciale era divenuto un fattore di discriminazione. Per effetto di "grandi lotte sociali", difatti, "grandi conquiste" erano penetrate nella regolazione del lavoro privato: «la legge del '66 sui licenziamenti individuali, lo Statuto dei lavoratori, il nuovo rito del lavoro». Insomma, «se fino alla metà degli anni '60 il sistema pubblicistico dell'impiego pubblico e i forti limiti all'applicabilità delle norme sul lavoro privato ai pubblici dipendenti non sono stati svantaggiosi per gli impiegati pubblici, poiché la regolazione privatistica non assicurava garanzie sufficienti, nel periodo successivo l'inevitabilità di norme lavoristiche sostanziali e processuali significa discriminazione ai danni dei lavoratori pubblici».

Se il diritto vivente e le esigenze sostanziali di pareggiamento di tutele rispetto a lavoratori in situazioni analoghe premono per la privatizzazione del pubblico impiego, come mai dottrina e giurisprudenza sono così restie ad abbandonare il tradizionale inquadramento pubblicistico? D'Alberti risponde a tale interrogativo in punta di teoria generale dei rapporti fra diritto pubblico e privato, ricavando, dall'analisi combinata delle concessioni amministrative e dei rapporti di impiego pubblico, una tesi convincente circa le "condizioni di penetrabilità" del diritto privato in ordine ai rapporti giuridici fra soggetti privati ed enti pubblici. I principi che, per effetto della pubblicizzazione di fine dell'800, avevano investito tutti i settori dell'attività amministrativa, determinando la applicazione ai rapporti amministrativi di un armamentario giuridico basato sui concetti di discrezionalità, imperatività, interesse legittimo, giurisdizione esclusiva del giudice speciale, etc., «caddero però rapidamente in alcuni settori chiave dello sviluppo economico nei quali erano presenti amministrazioni pubbliche», giacché la giurisprudenza si accorse che quell'armamentario poteva risultare eccessivamente svantaggioso per interlocutori dell'amministrazione "economicamente molto forti", in quanto espressioni del capitale. In questi casi, «l'applicazione delle norme privatistiche temperò notevolmente la supremazia dell'amministrazione...». Di qui la tesi più generale: le «condizioni di penetrabilità» del diritto privato nei rapporti amministrativi sono soddi-

sfatte soltanto «nel momento in cui di fronte all'amministrazione si pongono soggetti giuridici espressione delle forze economiche dominanti». Al contrario, quando l'interlocutore è economicamente debole, perché come l'impiegato pubblico è "lavoratore e non capitalista", le condizioni di penetrabilità non sussistono e, per conseguenza, la giurisprudenza si ostina a «rifiutare l'estensibilità delle efficaci norme dello Statuto dei lavoratori e del nuovo processo del lavoro al rapporto amministrativo di impiego pubblico, nonostante una sostanziale identità fra lavoro pubblico e privato».

Le conclusioni appena richiamate spiegano il ruolo cruciale attribuito da D'Alberti alla contrattazione collettiva e alle relazioni sindacali nel pubblico impiego e la conseguente attenzione che lo studioso ha dedicato a tali fenomeni. L'affermarsi, nel pubblico impiego, dei contratti collettivi e dei sindacati confederali che li stipulano, non è solo il segnale della convergenza con il mondo del lavoro privato, ma è prima ancora condizione di penetrabilità della più garantistica ed equa disciplina lavoristica nella cittadella dello Stato. Solo sul piano collettivo, difatti, il dipendente pubblico può divenire interlocutore economicamente forte, o comunque meno debole, realizzando la condizione di penetrabilità del diritto del lavoro nel settore pubblico. Solo il sindacato può disporre della forza economica necessaria per riequilibrare il rapporto di impiego a favore del lavoratore pubblico, per realizzare condizioni di eguaglianza fra lavoratori pubblici e privati, per abbattere quel castello ideologico di regole speciali imperniate sulla supremazia speciale del datore di lavoro-amministrazione pubblica.

Se il sindacato deve fare la propria opera, anche l'intellettuale ha un compito importante: interpretando il "diritto vivente" prodotto dall'azione sindacale; traendone le conseguenze in punto di qualificazioni giuridiche; avanzando proposte di riforma di un quadro normativo che accoglie ancora in modo contraddittorio il percorso di unificazione fra lavoro pubblico e privato. D'Alberti osserva difatti una realtà giuridica bipolare. Nuovi contenuti privatistici, di cui la contrattazione collettiva era la principale espressione, venivano versati in vecchi otri pubblicistici, primo dei quali la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, causa più che conseguenza del regime speciale del pubblico impiego e della sua forza di resistenza anche rispetto a tendenze normative di segno opposto. Donde una situazione che l'A. ha definito ambigua, o addirittura mostruosa, «fatta di tratti privatistici, per quanto riguarda gli aspetti di diritto sostanziale; ma di profili integralmente pubblicistici, per quanto riguarda il versante processuale», dove la giurisprudenza opera «una sorta di riaffermazione artificiosa delle regole dell'atto amministrativo unilaterale sulla contrattazione collettiva vivente nei fatti»¹⁰. In una prima fase, D'Alberti è stato convinto che la contraddizione si potesse ricomporre sul piano interpretativo, facendo prevalere il dato sostanziale privatistico su quello processuale pubblicistico. Insieme ad una parte minoritaria della dottrina, osservò che «la disciplina per contratto collettivo di diritto comune del rapporto di lavoro presso qualsiasi tipo di amministrazione pubblica può comportare oggi tutte le conseguenze sostanziali e processuali che si fecero derivare dalla regolazione per contratto collettivo corporativo del rapporto di impiego presso gli enti pubblici inquadrati sindacalmente: la natura privatistica del rapporto di lavoro; la configurazione degli atti individuali di

¹⁰ M. D'Alberti, *Contrattualizzazione dell'impiego pubblico e privatizzazione del diritto amministrativo: alcune ipotesi*, in *Annali della Fondazione Giulio Pastore*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 440.

amministrazione del personale come atti di diritto comune; la preminenza del contratto collettivo sui regolamenti dei singoli enti; la giurisdizione piena del giudice ordinario di diritto del lavoro»¹¹. Il ragionamento muoveva tuttavia dal presupposto che quella introdotta nel settore pubblico fosse contrattazione collettiva autentica, di diritto comune. Tesi, quest'ultima, che incontrava alcuni ostacoli nella disciplina legislativa che allora regolava la contrattazione collettiva "pubblica", principale dei quali era il recepimento degli accordi collettivi in fonti unilaterali, con conseguente acquisizione di efficacia *erga omnes*. D'Alberti riteneva che si potesse superare in via interpretativa tale ostacolo, qualificando l'atto di recepimento in termini di mero atto di controllo, con finalità di evidenza pubblica, e ritenendo che l'efficacia generale del contratto collettivo pubblico, anche nei confronti dei lavoratori non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti, riposasse sulla «assunzione esplicita o implicita della disciplina collettiva nei rispettivi contratti individuali». La tesi privatistica rimase tuttavia minoritaria nella dottrina e soprattutto nella giurisprudenza. Quanto alla legislazione, nel 1983, la legge quadro ebbe il duplice effetto di generalizzare e consolidare la contrattazione collettiva nel settore pubblico, al tempo stesso però confermando le ambiguità e contraddizioni dell'assetto complessivo, denunciate da D'Alberti con riferimento al pregresso quadro normativo: lo spazio negoziale riservato ai contratti era circoscritto a materie indicate dalla legge-quadro, sottraendosi alla fonte negoziale anche profili relativi al rapporto di impiego; il meccanismo di recepimento degli accordi, che come si disse si "suicidavano" per trasformarsi in regolamenti, veniva confermato; resisteva poi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e dunque la artificiosa e innaturale convivenza di un rapporto sostanziale di natura contrattuale e di una giurisdizione speciale, che trascinava con sé l'armamentario concettuale classico del regime dell'atto amministrativo. Per tali ragioni, dopo la metà degli anni '80, l'approccio di D'Alberti, che ha dedicato alla legge-quadro pagine non prive di accenti critici¹², muta registro. Si abbandona il piano dell'interpretazione e del gradualismo e si imbecca la strada di una più decisa privatizzazione, da realizzarsi mediante riforme legislative. Un breve ma denso contributo del 1990 mostra con evidenza il cambiamento di registro¹³. Vengono definite ormai «utili ma insufficienti» le «vie delle revisioni tenui e dei ritocchi parziali», mentre «s'impone l'esigenza di un rivolgimento più marcato», consistente nel recupero della ipotesi affacciata fin dal 1979 con il Rapporto Giannini: «la via della privatizzazione, che tenda all'unificazione normativa dell'impiego pubblico e del lavoro privato». Di tale prospettiva, lo studioso non si accontenta più di evidenziare e consolidare, sul piano teorico e culturale, i "fondamenti giustificativi", ma si preoccupa di specificare «le possibili vie tecniche per condurla a realizzazione».

Se ne trae un breve ma completo programma di riforme legislative, volto a superare le ambiguità della legge del 1983 mediante una serie di semplici principi diretti a priva-

¹¹ M. D'Alberti, *Impiego pubblico, norme privatistiche e processo del lavoro*, cit., p. 520.

¹² Ad es., M. D'Alberti, *Commento all'art. 28 ("Tutela giurisdizionale") della legge 29 marzo 1983, n. 93 ("Legge quadro sul pubblico impiego")*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1984, 3-4, p. 743; Id., *La legge quadro sul pubblico impiego. Profili generali e problemi di attuazione*, in I.S.Am., *La legge quadro sul pubblico impiego*, Roma, Ediesse, 1985, p. 8.

¹³ M. D'Alberti, *Impiego pubblico e lavoro privato: per un nuovo statuto comune*, in *Lavoro e diritto*, 1990, 1, p. 3.

tizzare effettivamente l'impiego pubblico: 1) la sostituzione degli accordi collettivi con autentici contratti collettivi non soggetti alla «forzata metamorfosi che trasforma l'atto negoziale in provvedimento normativo di natura pubblicistica»; 2) il «passaggio della competenza giurisdizionale dal giudice amministrativo al giudice ordinario del lavoro»; 3) la possibilità dei contratti di regolare il rapporto di impiego «in tutti i suoi profili, escluse le sole materie coperte, per costituzione, da riserva di legge: fondamentalmente, i modi di costituzione dei rapporti di lavoro presso le amministrazioni ... e la struttura organizzativa degli uffici pubblici...»; 4) l'applicazione ai dipendenti pubblici del «codice civile e [del] la legislazione sul lavoro»; 5) l'introduzione di «criteri di misurazione della rappresentatività effettiva delle organizzazioni sindacali»; 6) una «più definita predeterminazione delle risorse destinate ai dipendenti pubblici nella legge finanziaria»; 7) una maggiore flessibilità nella variazione delle dotazioni organiche all'interno dei limiti di spesa; 8) l'esclusione dalla privatizzazione dei livelli dirigenziali, oltre che delle categorie rette da normative speciali, come i magistrati, i diplomatici, il personale militare, la polizia di Stato. D'Alberti concludeva quel saggio invocando l'aiuto divino («Piaccia a Venere di offrire a noi il suo aiuto»). L'invocazione è stata ascoltata perché, con la parziale eccezione dell'ultimo punto, relativo alla conferma dello *status* pubblicistico dei dirigenti, il programma suggerito da D'Alberti nel 1990 è divenuto diritto positivo, peraltro tuttora in larga misura vigente.

3. L'autonomia dell'alta burocrazia e l'armatura di Aginulfo

Il programma di privatizzazione, come visto, non includeva la dirigenza. Anzi tale esclusione rappresentava in certa misura il presupposto della privatizzazione del rapporto di impiego degli altri dipendenti pubblici, quale *argumentum a contrario*. L'affidamento di funzioni pubbliche, secondo l'insegnamento di Giannini, non poteva ritenersi tratto caratterizzante del pubblico impiego, perché esso qualificava solo poche posizioni, appunto quelle dirigenziali. Più era netta la differenza fra personale dirigenziale e non dirigenziale, più sfumava quella fra personale non dirigenziale pubblico e lavoratori delle imprese. La specialità della dirigenza agevolava la privatizzazione del (resto) del pubblico impiego, facendo venire meno il principale fra gli ostacoli teorici che venivano utilizzati (ancora nel 1992, ad esempio, dal Consiglio di Stato in un noto parere) per escludere la percorribilità della riunificazione del regime giuridico del lavoro pubblico e privato e della disciplina applicabile ai due tipi di rapporto.

In un momento immediatamente successivo, tuttavia, la riflessione di D'Alberti investe in pieno la questione dell'alta burocrazia, che assume rilievo non più soltanto nel quadro della dinamica dei rapporti fra pubblico e privato, ma anche e soprattutto dal punto di vista del ruolo costituzionale della burocrazia, del suo «peso decisionale», della sua relazione con gli altri poteri dello Stato e segnatamente con il governo e la politica. La dirigenza non è più contrapposta al resto dei dipendenti pubblici, ma ne è piuttosto la massima espressione, la cui autonomia significa anche affermazione di una burocrazia dotata di propria legittimazione.

Negli anni '90 del secolo scorso, D'Alberti dedica alla dirigenza pubblica diversi

importanti contributi e cura due volumi collettanei sull'argomento¹⁴, anticipando le successive riforme legislative e prevedendo i problemi che, in sede di attuazione delle stesse, effettivamente caratterizzeranno gli anni a venire, sino ai nostri giorni.

D'Alberti è maestro nel distinguere le tendenze di lungo periodo dagli eventi contingenti. La tendenza di lungo periodo è quella della «progressiva autonomizzazione delle burocrazie pubbliche», ai cui «più elevati funzionari» viene «riconosciuto un peso gradualmente maggiore nei processi decisionali, che dovrebbe condurli ad essere sempre meno subordinati ai ministri e agli altri organi politici»¹⁵. Metodologicamente, il segreto di D'Alberti è sempre nell'approccio storico e comparato, che consente allo studioso di prendere le distanze dalle specifiche coordinate spazio-temporali in cui la maggior parte degli osservatori restano invece imprigionati. Il confronto con gli altri paesi, segnatamente Francia e Regno Unito, mostrava difatti un ritardo dell'Italia, la cui dirigenza sembrava priva di quella posizione indipendente e autorevole che caratterizza invece le tradizioni delle maggiori burocrazie europee, benché le disposizioni costituzionali autorizzassero una tale posizione forse più che negli altri paesi. Il paradosso era efficacemente messo in luce: «accanto alla Carta costituzionale del 1948, potenzialmente aperta all'autonomia dell'amministrazione nei confronti del governo, sta una costituzione materiale segnata da una profonda incidenza della politica sull'agire amministrativo», che è «un po' il contrario di quel che avviene in Francia, ove per virtù della Costituzione del 1958 il governo dispone dell'amministrazione, mentre il diritto vivente riconosce agli apparati amministrativi larghe autonomie»¹⁶. Torneremo fra breve sulla dialettica, sempre presente nei lavori di D'Alberti, fra costituzione formale e materiale, fra norme e prassi, fra diritto legislativo e diritto vivente. Qui si vuole osservare che la tendenza alla autonomia dell'amministrazione si inserisce, nella riflessione di D'Alberti, in un percorso di convergenza fra ordinamenti europei. Ma non solo. Essa è soprattutto una tendenza imposta dalla storia, cioè dall'incremento progressivo delle funzioni dell'amministrazione: «la crescita quantitativa e qualitativa dei compiti pubblici, e la loro indole sempre più tecnica, offrono spazi sempre più ampi agli uomini della burocrazia»¹⁷.

Di qui la visione di D'Alberti circa le riforme della dirigenza: quella del 1972 e poi quella del 1993. Tali riforme, più che creare un nuovo assetto dei rapporti fra politici e burocrati, ne hanno registrato l'evoluzione, determinata soprattutto da fattori extra-legislativi, che si impongono con la forza dei fatti. Per dirla più chiaramente, utilizzando le parole dell'autore stesso, la legislazione «si è messa in armonia con la tendenza

¹⁴ M. D'Alberti, *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, in M. D'Alberti (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 13; Id., *Dirigenza pubblica e dirigenza privata*, in *Regione e governo locale*, 1990, 4, p. 509; Id., *La dirigenza pubblica*, in S. Cassese, C. Dell'Aringa, M.T. Salvemini (a cura di), *Pubblico impiego: Le ragioni di una riforma*, Roma, Edizioni SIPI, 1991, p. 150; Id., *Il ruolo della dirigenza*, in *Funzione pubblica*, 1992, 1, p. 215; Id., *Il dirigente in un'amministrazione pubblica trasformata*, in S. Gambino (a cura di), *Dirigenza pubblica e innovazione amministrativa*, Bologna, Maggioli, 1992, p. 53; Id., *L'alta burocrazia in Italia*, in M. D'Alberti (a cura di), *L'alta burocrazia. Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 131.

¹⁵ M. D'Alberti, *L'alta burocrazia in Italia*, cit., p. 131.

¹⁶ M. D'Alberti, *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, cit., p. 15.

¹⁷ M. D'Alberti, *L'alta burocrazia in Italia*, cit., p. 131.

alla autonomizzazione burocratica», attraverso l'approvazione di «formule normative» che hanno prima attenuato il rapporto gerarchico fra ministro e dirigenti (1972) e poi lo hanno convertito in un rapporto di direzione (1993), via via riconoscendo alla dirigenza una «sfera decisionale progressivamente maggiore».

Le formule normative, d'altra parte, non sono di per sé sufficienti a descrivere l'assetto effettivo dei rapporti fra politica e amministrazione. Su questo tema, come anticipato, Marco D'Alberti offre una delle sue migliori lezioni di realismo giuridico, mostrando come l'analisi del giurista, nutrendosi della ricostruzione storica e dei metodi di altre scienze, debba procedere attraverso un continuo confronto fra le norme e la prassi, fra la *law in books* e la *law in action*, fra il diritto delle gazzette ufficiali e il diritto vivente. Nel ripercorrere la storia dei rapporti fra politica e amministrazione in Italia, l'autore ricostruisce il succedersi di tre diverse formule normative, notando, però, come le prassi effettive siano state molto diverse, pur rimanendo vigente la stessa formula, mentre alle variazioni della formula non sempre abbiano fatto seguito modificazioni corrispondenti dei comportamenti degli attori istituzionali. La formula cavourriana del 1853, fondata sulla gerarchia fra politica e amministrazione, «ha attraversato centoventi anni di destini variabili», in alcuni periodi trovando corrispondenza nella prassi, in altri invece convivendo con una maggiore autonomia decisionale dell'alta burocrazia. La formula del 1972, che ha «configurato i dirigenti come titolari di organi a legittimazione limitata, non ha mai potuto decollare». Di conseguenza, così come, sul piano comparato, l'alta burocrazia francese è più autonoma di quella italiana, nonostante la costituzione formale di quel paese consenta meno autonomia di quanto ne ammetta la nostra, analogamente, sul piano storico, i dirigenti furono più autonomi in alcune fasi rette dalla formula gerarchica di Cavour rispetto a quanto non lo fossero dopo la riforma del 1972 che aveva teoricamente attenuato quella gerarchia. Una «lunga distanza», afferma a più riprese D'Alberti, separa le norme dalla prassi.

Una realistica indagine storico-comparata suggerisce quindi a D'Alberti la prospettiva a partire dalla quale egli esamina il problema della dirigenza e, in particolare, della più recente riforma di essa, che introduce il principio di distinzione fra politica e amministrazione, riservando alla dirigenza l'intera sfera dei poteri di attuazione dell'indirizzo politico e di gestione amministrativa. L'analisi di questa formula normativa è condotta a partire da un interrogativo di fondo, che Marco D'Alberti ha ripetuto più volte nei suoi contributi: se non ha attecchito nella prassi la minore autonomia della dirigenza, prevista dal legislatore nel 1972, perché mai dovrebbe farlo la maggiore autonomia introdotta con la riforma del 1993? Se è fallita la riforma meno ambiziosa, a parità di condizioni, a maggior ragione dovrebbe fallire quella più ambiziosa. Appunto: a parità di condizioni. Il contributo di Marco D'Alberti, e il suo suggerimento di metodo, è stato quello di individuare le «condizioni di credibilità» della formula della maggiore autonomia. V'è un nesso strettissimo, sul piano del metodo, fra le «condizioni di penetrabilità» del diritto privato nell'area dei rapporti amministrativi, delle quali si è già avuto modo di dire, e le «condizioni di credibilità» del principio di distinzione fra politica e amministrazione. Come la privatizzazione del pubblico impiego sarebbe rimasta pura speculazione accademica senza le lotte sindacali, lo sviluppo del diritto del lavoro e i contratti collettivi, così la distinzione fra politica e amministrazione sarebbe destinata a restare lettera morta, ad avviso di D'Alberti, se il riformatore non si fosse fatto ca-

rico di modificare il contesto reale nel quale quella formula normativa viene ad essere calata. Ed ecco che nasce un altro programma riformatore, questa volta diretto a creare le condizioni di contesto per l'affermazione effettiva del principio di distinzione fra politica e amministrazione: non solo nelle leggi, ma nelle prassi amministrative. Il programma prevede molti punti, che in questa sede possono essere solo in parte richiamati, ma che negli scritti di D'Alberti ricevono ciascuno attento e lungimirante approfondimento: a) garantire l'unità di corpo della dirigenza, sottraendola all'influenza delle confederazioni sindacali (come Giannini, Cassese e Rusciano, D'Alberti è fautore di una privatizzazione che si arresti alle soglie della dirigenza); b) impedire l'interferenza dei gabinetti nella gestione amministrativa quotidiana; c) semplificare le procedure e codificare e razionalizzare la legislazione amministrativa; d) controllare l'estensione dell'intervento del giudice sull'attività amministrativa e contrastare quella che oggi si definisce "burocrazia difensiva": «il timore del giudice – osserva D'Alberti – unito alle incertezze provocate dalla microlegislazione, induce il dirigente ad una grande cautela nell'adottare decisioni»; e) migliorare la formazione dei dirigenti, che deve tener conto della crescente internazionalizzazione e europeizzazione dei sistemi amministrativi, deve aprirsi e integrare tutte le scienze della c.d. *public administration*, deve comprendere sia la cultura generale delle istituzioni e dell'amministrazione, sia le tecniche applicative.

In mancanza di queste ed altre condizioni, ammoniva D'Alberti, la riforma della dirigenza pubblica avrebbe rischiato di «somigliare alla lucida armatura di Aginulfo, vuota del suo inesistente cavaliere»¹⁸. Cassandra non fu altrettanto precisa.

4. Retrospettive e prospettive

La posizione costituzionale della burocrazia, nei moderni ordinamenti democratici, è identificata da due elementi principali. Il primo è la relazione con il sistema politico, dato che alcuni funzionari amministrativi sono titolari di uffici governativi. Il secondo è la relazione con il sistema delle relazioni sindacali, dato che tutti i dipendenti pubblici sono lavoratori. Su entrambi i fronti, la posizione della burocrazia italiana è definita da disposizioni contenute nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, elevate dalla Corte costituzionale al rango di principi costituzionali. Sul primo fronte, la Corte ha affermato che «la separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.», cosicché il legislatore, nel definire in concreto la linea di demarcazione fra le competenze rispettive dei politici e dei burocrati, «non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione»¹⁹. Sul secondo fronte, la Corte costituzionale non si è limitata ad ammettere che la contrattazione collettiva autenticamente privatistica possa regolare il rapporto di pubblico

¹⁸ M. D'Alberti, *Le sorti del lavoro pubblico*, in A. Lettieri (a cura di), *Ripensare il sindacato*, Milano, Franco Angeli, 1989, p. 151.

¹⁹ C. cost., 24 aprile 2013, n. 81.

impiego, ma è giunta ad affermarne la necessità, dichiarando l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 39 Cost., di misure legislative di sospensione della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico, che è espressione di libertà sindacale e «si atteggia come imprescindibile fonte»²⁰. L'art. 97 Cost. impone dunque la separazione fra politica e amministrazione, mentre l'art. 39 Cost. richiede la contrattazione collettiva nel pubblico impiego.

Le tendenze legislative, preparate e accompagnate dalla riflessione scientifica e dall'impegno politico e istituzionale di Marco D'Alberti, sono divenute parte integrante della costituzione amministrativa vivente. Quella riflessione, che si è tentato per sommi capi di ricostruire, consente oggi di meglio comprendere la genesi e il significato della costituzione materiale vigente, ma anche di cogliere i segni della crisi di essa.

Quanto al primo aspetto, gli scritti di D'Alberti permettono innanzitutto di comprendere come la contrattualizzazione del pubblico impiego sia stata a lungo ostacolata da miti e pregiudizi ideologici, che occultavano la dimensione lavoristica del lavoro pubblico e traevano una riserva di fonte unilaterale da quelle stesse previsioni costituzionali che oggi sono all'opposto interpretate nel senso di reclamare la regolazione consensuale. Tali saggi, inoltre, chiariscono come la convergenza di lavoro pubblico e privato sia una tendenza di lungo periodo, che storicamente si afferma nel momento in cui le conquiste sindacali hanno cambiato il volto del diritto del lavoro, rendendo l'applicazione di esso conveniente per i dipendenti pubblici. La contrattualizzazione si è affermata per incrementare le tutele del lavoratore pubblico. E l'azione delle confederazioni sindacali, così come lo sviluppo da parte di esse di piattaforme negoziali che univano la finalità di protezione dei dipendenti ad obiettivi più generali di riforma e di recupero di efficienza degli apparati amministrativi, hanno rappresentato le necessarie "condizioni di penetrabilità" del diritto privato nel settore dei rapporti di lavoro con enti pubblici. Il contributo di D'Alberti permette, ancora, di catturare il senso dell'altro principio, che a sua volta è allineamento rispetto a una tendenza di lungo periodo, cioè quella della autonomizzazione della burocrazia e dei titolari delle posizioni dirigenziali. Anche in tal caso, D'Alberti coglie le radici storiche di tale tendenza e, soprattutto, le "condizioni di credibilità" delle riforme legislative che intervengono per assecondarla.

Come detto, tuttavia, il pensiero di D'Alberti si rivela prezioso anche per verificare, secondo l'inconfondibile approccio che egli ci insegna, la distanza che separa l'attuale costituzione amministrativa, quale deriva dalle norme legislative e dalle interpretazioni delle corti, e le prassi osservabili sul piano delle effettive relazioni fra politici e burocrati e fra gli attori delle relazioni sindacali pubbliche. Quella distanza appare ampia.

Sgombrato il terreno dalle ideologie pan-pubblicistiche, si sono affermate quelle pan-privatistiche. Se quelle parlavano tedesco, queste parlano inglese. Si sono presentate con la sigla del *New Public Management*, che ha avuto effetti benefici, ma ha anche prodotto i danni tipici degli approcci ideologici. Fra questi l'assimilazione del dirigente pubblico al "modello" del dirigente privato, che D'Alberti ha invece sempre invitato a non mitizzare. Quell'assimilazione ha agevolato la cattura sindacale della dirigenza, anch'essa prevista e paventata da D'Alberti, e la sua precarizzazione. Si sono affermate logiche di fidelizzazione politica dell'alta burocrazia, che ne hanno minato

²⁰ C. cost., 24 giugno 2015, n. 178.

l'autonomia gestionale e la responsabilità per i risultati raggiunti. Le altre "condizioni di credibilità" della maggiore autonomia dirigenziale, identificate da D'Alberti, non si sono realizzate. Anzi, il quadro è decisamente peggiorato nel tempo. Privata dei poteri di gestione, la politica si è data alla "pazza legislazione". L'ipertrofia e l'entropia legislativa hanno aumentato le condizioni di incertezza nell'esercizio dei poteri amministrativi. Stretta fra tale situazione di incertezza, da un lato, e, dall'altro, la percezione di un rischio sempre maggiore di incorrere nell'accertamento delle varie forme di responsabilità da parte di giudici amministrativi, contabili e penali che esercitano un sindacato sempre più penetrante, l'alta burocrazia è ormai completamente paralizzata. Il rischio dell'approccio difensivo, previsto da D'Alberti fin dagli anni '90 del secolo scorso, si è tradotto in una situazione di emergenza, che il legislatore ha provato a fronteggiare edulcorando la disciplina del danno erariale e dell'abuso d'ufficio, ma senza poter incidere sulle "condizioni di credibilità" della riforma della dirigenza, che attengono ad elementi più strutturali.

Anche le "condizioni di penetrabilità" del diritto comune nel settore pubblico paiono oggi recedere. Di là dalle contingenti oscillazioni legislative che, nel corso dei primi due decenni del secolo, hanno visto di volta in volta espandersi e comprimersi lo spazio assegnato, rispettivamente, alle fonti unilaterali e contrattuali, sono soprattutto gli sviluppi del diritto del lavoro subordinato nell'impresa che segnano un nuovo ribaltamento di prospettiva, uguale e contrario a quello degli anni '60 e '70, identificato da D'Alberti alla radice della tendenza di lungo periodo alla unificazione dei due universi normativi. La disciplina dei licenziamenti del 1966 e lo Statuto dei lavoratori del 1970 cedono il passo, oggi, al *Jobs Act* e ad un nuovo diritto del lavoro della flessibilità, che in un contesto globalizzato si preoccupa di creare le condizioni di maggiore occupazione più che della tutela dei lavoratori già occupati. In tale contesto, l'estensione delle norme privatistiche nel settore pubblico cessa di rappresentare un vantaggio per il dipendente. Essa anzi ne minaccia la stabilità, per conservare la quale il dipendente pubblico torna ad aggrapparsi alla propria specialità, alla funzione pubblica, alla protezione riflessa in funzione dell'imparzialità amministrativa. La stessa legislazione lavoristica prende ad escludere il settore pubblico dal proprio ambito di applicazione. E il sindacato, forse anche per reazione, pare richiudersi in un atteggiamento di difesa corporativa degli interessi dei soli dipendenti pubblici o di categorie di essi, rinunciando ad un più propulsivo ruolo riformatore. Come nota D'Alberti in un saggio, pubblicato nel 2013, sul contributo scientifico di Mario Rusciano²¹, altro *founding father* della contrattualizzazione del pubblico impiego in Italia, «si è persa la grande tradizione che aveva fatto annoverare i sindacati confederali tra i protagonisti del rinnovamento amministrativo».

La riflessione sulle "condizioni di penetrabilità" della disciplina privatistica dell'impiego pubblico e sulle "condizioni di credibilità" dell'autonomia dirigenziale dovrà necessariamente proseguire negli anni a venire. E le chiavi concettuali utilizzate da D'Alberti saranno preziose, così come i suoi futuri contributi, anche quando non espressamente riferiti al pubblico impiego. Questo è infatti solo uno degli ambiti di in-

²¹ M. D'Alberti, *Mario Rusciano e il pubblico impiego*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 43.

dagine in cui affiorano i due problemi di fondo – quello del rapporto fra diritto pubblico e diritto privato e quello della autonomia e indipendenza dell'amministrazione rispetto alla politica – che a partire da quella nota a sentenza del 1975 sulla cuoca del patronato scolastico impegnano continuamente la riflessione di D'Alberti. Egli è dunque in debito verso il pubblico impiego quasi quanto quest'ultimo è in debito verso di lui, studioso e persona nei confronti della quale questo saggio intende esprimere affetto e gratitudine.

A la recherche du temps perdu: le défi de la professionnalisation des dirigeants publics dans l'ordre juridique espagnol

Elisenda Malaret

Sommario: 1. Prémisse. – 2. La direction publique professionnelle: un rôle non identifié par le législateur. Les faiblesses d'un professionnalisme adéquat à l'administration du XXI: patrimonialisation de la politique par les grands corps et réciproquement, politisation de la haute administration. – 3. La controverse à propos du modèle de désignation et du statut juridique, nouvelle et récurrente source de paralysie. – 4. Considérations finales. Le temps retrouvé?

1. Prémisse

Pour affronter les nouveaux défis que la numérisation et la transition écologique supposent¹ et assurer que ces transformations ne soient pas inévitables, pour faire face aux changements systémiques il faut innover dans l'organisation administrative et adapter la structure à une démarche de projets ainsi qu'introduire la gestion par missions². Dans ce cadre l'institutionnalisation des dirigeants publics professionnels devient inéluctable. Une démarche longuement retardée dans l'ordre juridique espagnol, faute d'enthousiasme des dirigeants politiques habitués à nommer et renvoyer librement le personnel investi de fonctions de direction. Dans cette perspective, il faut récupérer, ou, pour être plus précis, institutionnaliser l'anneau entre gouvernement et admi-

¹ Car NextGeneration EU est bien plus qu'un plan de relance suite à une forte crise économique, la soutenabilité et la numérisation impliquent une métamorphose des structures, des fondements de nos économies, des sociétés, https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_fr. V. dans cette direction de grande transformation liée à la durabilité la proposition de directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, https://ec.europa.eu/france/news/20210421/finance_durable_et_taxinomie_fr, une présentation synthétique, V. https://www.ey.com/fr_fr/assurance/la-finance-durable-europeenne-cle-de-la-transition-energetique.

² Comme réclame de manière insistante M. Mazzucato, *Misión Economía. Una guía para cambiar el capitalismo* (trad.), Madrid, Taurus, 2021, dans la langue originale l'idée centrale apparaissait reflétée dans le titre («a moonshot guide to changing capitalism»), ce livre développe les premières approches qui ont fortement contribué à changer la perception du rôle du secteur public dans la recherche et l'innovation, M. Mazzucato, *El estado emprendedor: mitos del sector público frente al privado*, trad., Madrid, RBA, 2019.

nistration (et secteur public en général); cet anneau qui assure le rouage nécessaire entre les deux sphères et qui s'est perdu (et demeure caché) sous le couvert du pouvoir hiérarchique – qui se manifeste par le pouvoir d'instruction –. La survaleur de la hiérarchie ne rend plus compte de la réalité des faits, sa place est redevable d'un modèle où l'administration avait des pouvoirs liés et son domaine d'intervention était très limitée.

Diriger l'administration, au de-là du gouvernement, alors que les constitutions attribuent ce rôle de direction à l'instance politique? Le paradoxe est évident, alors que depuis la fin du XX c'est la voie explorée par un bon nombre de systèmes administratifs de pays de l'UE. Un processus illustré par l'irruption de la notion de "*dirigenza*" dans l'ordre administratif italien, ainsi que par l'expression de "*dirigentes públicos*" que l'on retrouve dans le droit espagnol (inspiré directement de l'expression italienne)³ – bien que pour l'instant elle est privée de portée et de signification –. Certainement, nous ne pouvons pas ignorer que dans d'autres systèmes administratifs, comme le français – notamment –, la notion n'existe pas et la fonction est diluée dans celle moins précise de "*haute fonction publique*", récemment modulée par l'introduction de la notion "*d'emplois de direction*"⁴, qui permet d'identifier la place où se focalise la direction publique professionnelle dont il s'agit maintenant dans cette contribution.

En effet, selon une formule ancrée dans plusieurs constitutions du sud de l'Europe, le gouvernement dirige l'administration, comme la constitution espagnole de 1978 affirme, «le gouvernement dirige la politique intérieure et extérieure, l'administration civile et militaire» (art. 97). L'énoncé de ce principe masque la complexité des rapports entre politique et administration⁵, n'absorbe pas toute sa richesse, ni les multiples facettes et nuances qu'ils acquièrent dans les systèmes administratifs actuels. Bien que la distinction entre sphère de la politique et domaine de administration ne soit pas toujours facile, elle est possible comme l'expérience italienne montre bien (parmi d'autres références moins proches quant à la culture administrative) et elle doit être abordée à chaque période historique⁶. Les deux objectifs qui ont guidé les différentes réformes qui ont conduit à la professionnalisation de la direction publique, assurer une majeure efficacité et une plus grande impartialité, requièrent son adaptation et adéquation à la diversité de politiques publiques et de domaines de l'action publique. Les recherches

³ R. Jiménez Asensio, *Altos cargos y directivos públicos*, Oñati, IVAP, 1996.

⁴ Bien que dans ce domaine le droit de la fonction publique a renforcé sa flexibilité, actuellement il faut distinguer au niveau des nominations et des conditions requises entre les emplois supérieurs dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement et les emplois de direction de l'Etat (un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application, notamment la liste des emplois concernés, les modalités de sélection permettant de garantir l'égal accès aux emplois publics ainsi que les conditions d'emploi) et qui peuvent être recrutés parmi des agents contractuels. L'accès d'agents contractuels à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de l'administration ou du service ni, au terme du contrat, qui doit être conclu pour une durée déterminée. La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique prévoit l'ouverture des emplois de direction de l'Etat aux personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire.

⁵ V. L. López Guerra, *Funciones del Gobierno y dirección política*, in *Documentación Administrativa*, 215, 1988.

⁶ A. Nieto, *Los estudios sobre la administración pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base formativa de clase directiva profesionalizada*, in *Documentación Administrativa*, 200, 1984.

récentes montrent bien comme la qualité des rapports qu'entretiennent les politiques et les bureaucrates sont un élément essentiel du bon gouvernement⁷.

Lorsque dans ce texte nous envisageons la professionnalisation des dirigeants publics et nous encadrons la problématique dans la distinction entre politique et administration, cette question ne concerne pas tous les agents de l'administration, il ne se n'agit pas de reprendre la dichotomie wébérienne traditionnelle, le domaine concerné par notre analyse vise seulement une frange intermédiaire, car dans l'intersection entre les deux sphères – celle de la rationalité démocratique et celle de la rationalité managériale – une médiation est nécessaire. Ces emplois d'interface⁸ suscitent trois questions: tout d'abord, les reconnaître et les identifier – processus qui peut être adopté directement par le législateur ou par une autre instance *ad hoc* par renvoi, ce qui alors exige une caractérisation de cette instance pertinente –, ensuite déterminer la procédure spécifique de désignation – avec la caractérisation des organes pertinents à effectuer le choix –, ainsi que la durée du mandat (et les conditions limitées de révocation) et, finalement, préciser la définition de deux éléments essentiels du régime juridique des personnes occupant les postes prédéterminés préalablement leur responsabilité et leur évaluation, ainsi que le caractère ouvert ou réservé – uniquement aux fonctionnaires – de ces fonctions.

Les transformations sociales, économiques ont modifié profondément le rôle de l'état et les fonctions des administrations publiques; trois éléments essentiels caractérisent les nouveaux défis de l'action publique: la complexité, le risque et l'incertitude. Dans ce devenir le Droit doit continuer à assurer la confiance des citoyens, garantir la prédictibilité de l'intervention publique, mais pour ce faire il doit soutenir la capacité d'innovation nécessaire et l'adaptation et adéquation des structures et des moyens. Dans cette perspective la direction par le Droit est nécessaire, mais insuffisante; il faut esquisser des montages institutionnels pertinents favorisant la prise de décisions de manière adaptée et responsable. Dans cet environnement, disposer de capacités de direction professionnelle est essentiel, l'objectif d'institutionnaliser une direction publique professionnelle est un impératif inéluctable et un exercice de responsabilité. Si les critères professionnels sont absolument absents des nominations au niveau des postes directifs – ainsi que dans les destitutions –, alors le manque d'expertise pénètre dans l'organisation publique et peut conduire à l'adoptions de politiques erronées ou à des résultats incorrects sinon, absurdes. Aujourd'hui les exigences d'une direction professionnelle deviennent des impératifs, car la mise en place des projets, arbitrer des choix pour allouer les importantes ressources financières que le Fonds européens *Next Generation*⁹ impliquent est un immense défi, surtout si l'on retient que la période de gestion est très réduite.

Les mutations des institutions se déroulent de manière que les changements opérés ne sont pas toujours perçus et identifiées par les juristes¹⁰. Surtout lorsque ceux-ci sont

⁷ C. Dahlström, V. Lapuente, *Organizando el Leviatán*, Barcelona, Deusto, 2018.

⁸ J. Ziller, *Égalité et mérite. L'accès à la fonction publique dans les Etats de la communauté européenne*, Buxelles, Bruylant, 1988.

⁹ https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_fr, et le Règlement (UE) 2021/241 du Parlement Européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience.

¹⁰ La qualification de mutation est pertinente pour identifier des changements qui se produisent de ma-

très orientés au droit positif et travaillent dans le cadre d'une culture juridique nationale, parfois même très autoréférentielle et sans trop de conscience sur l'historicité du droit¹¹.

Dans cette perspective le droit administratif peut opérer comme une barrière aux transformations, alors qu'il pourrait jouer un rôle d'incitation ou de guide pour les réformes nécessaires. Pour aborder les nouveaux problèmes, il faut changer d'objectif, enrichir la palette des institutions juridiques auxquelles doivent prêter l'attention les académiciens. Dans cette nouvelle démarche constructive il faut passer de l'acte administratif vers la procédure, il faut situer les enjeux de l'organisation¹², de l'emploi public, des ressources financières au centre des analyses critiques et des constructions théoriques. Le principe d'adéquation – corolaire du principe constitutionnel d'efficacité – devrait enrichir le principe de légalité si l'on veut aller au-delà de la démarche positiviste et descriptive.

Dans cet enjeu l'ouverture de la science juridique au comparatisme et aux sciences sociales est un outil précieux. La démarche de l'analyse de la formation des théories, des idées, des notions permet de mettre en exergue l'importance de l'environnement, du contexte historique-politique et économique. Tracer la formation des constructions doctrinales permet de déconstruire certains mythes et reconstruire certains concepts pour les rendre à nouveau opératifs.

Marco D'Alberti nous a très bien illustré dans cette démarche. Dans ses travaux le droit comparé¹³, ainsi que les sciences sociales – l'histoire, l'économie¹⁴ – sont mobilisées.

Cette perspective enrichie lui a permis de montrer comme la formation de la notion d'emploi public, en tant que rapport de service différent de celui de travail subordonné propre au droit privé, a été un des vecteurs de la publicisation des rapports entre administrations publiques et sujets privés¹⁵. Dans ce cadre, les problèmes suscités par les rapports entre politique et administration ont été toujours au cœur des différentes propositions législatives et doctrinales qui ont guidé l'évolution du droit italien¹⁶, avec une perception des problèmes posés par ces rapports qui a marqué la spécificité d'une construction théorique (et des solutions pratiques) guidée par une conception "forte"

nière lente et progressive. Bien qu'utilisé de manière initiale dans le domaine constitutionnel pour établir la différence avec la réforme constitutionnelle qui serait adoptée selon une procédure formelle et explicite, v. K. Lowenstein, *Teoría de la Constitución* (trad. langue espagnole), II ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1970, pp. 164-180, comme Kelsen avait déjà signalé la mutation n'est pas un phénomène exclusif des constitutions, l'on peut le retrouver dans d'autres domaines du droit, v. *Teoría general del estado* (trad. langue espagnole), México, ed. Nacional, 1983, p. 332.

¹¹ V. en sens contraire, à propos de M.S. Giannini, un apport essentiel pour comprendre certaines différences entre les cultures juridiques italienne et espagnole, S. Cassese, *Giannini, lo studioso e il suo tempo*, S. Cassese (a cura di) *Massimo Severo Giannini*, Bari, Laterza, 2010.

¹² La centralité de l'organisation, in L. Parejo, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.

¹³ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, il Mulino, 1992.

¹⁴ V. M. D'Alberti, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2007, 4-6, p. 239.

¹⁵ M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981.

¹⁶ Comme souligne très bien, S. Battini, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, tomo I, II ed., Milano, Giuffrè, 2003.

de l'impartialité¹⁷. Cette conception a été renforcée dans le cadre de la Constitution de 1947; notamment par la centralité de l'organisation et la fonction publique dans l'agenda de recherche de la doctrine italienne¹⁸, ainsi que par le dialogue établi avec la Cour Constitutionnelle. Le rôle de la CC italienne ne peut pas être méconnu car elle a déclaré plusieurs fois que les révocations entièrement discrétionnaires ou les cessations automatiques (liées à la finalisation des mandats des autorités qui avaient nommé) étaient contraires à l'art. 97 Constitution¹⁹, bien que la doctrine italienne ait été critiquée à ce propos dans le passé²⁰. Surtout, si l'on effectue la comparaison avec l'absence de centralité de cet argument dans la jurisprudence de son équivalent espagnol; ce qui illustre bien la différente conception de la valence juridique des rapports entre politique et administration dans les deux droits administratifs, alors que dans d'autres domaines des influences réciproques peuvent être identifiés.

C'est précisément dans ce domaine où, quelques années plus tard, M. D'Alberti a publié les résultats d'une importante recherche sur les hauts fonctionnaires²¹ et très peu de temps après un nouveau ouvrage avec «un regard sur les solutions adoptés dans différents ordres juridiques en matière de haute bureaucratie»²². Dans l'introduction de cette publication, en bon comparatiste²³, il signalait, comme les approches étaient différentes, les unes plus inclinées sur les parcours et les évolutions historiques, les autres concentrées sur les problématiques actuelles, et finalement, d'autres vouées à la culture et à la formation.

Ces contributions importantes de M. D'Alberti ont contribué à placer de manière décisive cette thématique au cœur de l'agenda du droit administratif italien. Des contributions qui se placent dans le sillage des travaux et des projets de réforme administrative du professeur M.S. Giannini²⁴, avec qui il a initié sa formation.

C'est dans cette trace d'analyse du *spoil system* dans les postes supérieurs de l'administration publique que s'inscrit notre contribution. Nous examinerons, dans un premier temps, l'absence d'institutionnalisation de la direction publique et nous fournirons quelques hypothèses pour expliquer cette méconnaissance, et dans un deuxième temps, nous présenterons la discussion en cours à propos des procédures de nomination et des conditions et régime juridique du personnel désigné.

¹⁷ S. Battini remarque comme l'alternance politique a fait soulever le problème, v. *Il personale*, cit., p. 390, note 23.

¹⁸ Un bon état des lieux, G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹⁹ Depuis 1990 les sentences du TC ont contribué à foisonner l'ordre juridiques italien dans ce domaine, v. G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., La sentence 20/2016 offre une présentation synthétique de cette approche.

²⁰ Initialement, S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973.

²¹ M. D'Alberti, *La dirigenza pubblica*, Bologna, il Mulino, 1990.

²² M. D'Alberti (a cura di), *L'Alta Burocrazia. Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Bologna, il Mulino, 1994.

²³ V. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, cit.

²⁴ V. Notamment M.S. Giannini, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, in *Il Foro italiano*, 1979, 5, pp. 327-341.

Le choix du sujet répond à deux ordres de considérations, d'une part l'importance de la "*dirigenza*" et sa place dans les schémas institutionnels de prévention de la corruption²⁵ et, d'autre part à sa signification pour la réussite et l'efficacité des politiques publiques contemporaines. La carence des structures équivalentes est communément signalée comme un des principaux problèmes du système espagnol.

Alors que l'analyse de "*la dirigenza*" (du dirigeant de l'administration) occupe une place importante dans le droit administratif italien²⁶, ce sujet est resté dans le rivage du droit administratif espagnol. Une recherche bibliométrique montre bien la différence; la notion qui pourrait être l'équivalent, "dirigeants publics" est apparue bien plus tard, mise en place par les politologues – en parangon avec les cultivateurs italiens de la science de l'administration qui l'avaient introduit aux alentours de 1940²⁷ –. Seulement ces dernières années²⁸, suite à l'adoption de la loi portant sur le Statut de base de l'employé public (2007)²⁹ cette institution a commencé à occuper une certaine place dans les travaux en matière d'emploi public³⁰ et en moindre mesure d'organisation³¹. Bien que l'adoption de la loi précitée n'a pas supposé la création effective de l'institution des dirigeants publics professionnels, car s'agissant d'une loi-cadre il fallait des développements, des concrétions légales postérieures (d'ordre législatif ou réglementaire) et ceux-ci ne se sont pas produits de manière complète et systématique, sinon seulement embryonnaire³².

²⁵ Un autre sujet cher à M. D'Alberty, v. M. D'Alberty, *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994; M. D'Alberty, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016 e M. D'Alberty, *Corruzione*, Roma, Treccani, 2020.

²⁶ Comme la lecture des manuels montre bien, v. S. Cassese, *Le basi del Diritto amministrativo*, III ed., Torino, Garzanti, 1995 (un manuel très rénovateur et qui octroie une place importante à l'organisation et au personnel); F. Merloni, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012 (qui lui consacre une place importante, un chapitre) ou, M. Clarich, *Manuale di Diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013 (qui lui consacre un paragraphe dans le chapitre à propos du personnel).

²⁷ G. Melis, *Massimo Severo Giannini e la riforma della dirigenza: il salice piangente*, in *Nuova etica pubblica*, 2015, 4, p. 58.

²⁸ Avec l'importante exception de R. Jiménez Asensio qui a consacré deux livres et plusieurs articles et contributions dans des ouvrages collectifs. V.R. Jiménez Asensio, *Altos Cargos y Directivos públicos*, cit.; R. Jiménez Asensio, *Directivos públicos*, cit., et R. Jiménez Asensio, M. Villoria, A. Palomar (dirs.), *La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España*, Madrid, Marcial Pons, 2009 et M. Sanchez Morón, *Los directivos públicos. Un análisis comparado*, in *Cuadernos de derecho local*, 19, 2009.

²⁹ E. Malaret, *El estatuto básico del empleado público. La modernización administrativa en el estado de las autonomías: un proceso en construcción*, in *Revista vasca de Administración pública*, 84, 2009.

³⁰ Comme les manuels montrent bien, v. M. Sánchez Morón, *Derecho de la función pública*, XIII ed., Madrid, Tecnos, 2020; F. Castillo Blanco (dir.), *Manual de empleo público*, Madrid, Iustel, 2009, et de manière spécifique, L.F. Maeso Seco, *El personal directivo público en España: su régimen jurídico antes y después del EBEP*, Madrid, La Ley, 2010 et J. Bermejo Vera (dir.), *El personal directivo en las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 2011.

³¹ Seulement un auteur essentiel dans la réforme du droit administratif fondé sur la primauté de la Constitution et avec une volonté rénovatrice certaine, L. Parejo, *Lecciones de Derecho administrativo*, IX ed., València, Tirant lo Blanch, 2018, s'occupe des dirigeants publics dans le chapitre consacré à la fonction publique.

³² J.A. Carrillo Donaire, *Claves para la correcta regulación del directivo público profesional*, in *Documentación Administrativa*, 7, 2020.

2. La direction publique professionnelle: un rôle non identifié par le législateur. Les faiblesses d'un professionnalisme adéquat à l'administration du XXI: patrimonialisation de la politique par les grands corps et réciproquement, politisation de la haute administration

Les Rapports de l'OCDE ont insisté sur la faible professionnalisation de la direction publique, une forte politisation et des nominations absolument discrétionnaires au niveau des structures de direction³³. Tout un ensemble de facteurs qui réduisent la capacité opérationnelle de l'Administration publique.

La construction de la charnière entre les dirigeants politiques, avec une légitimation démocratique, et les agents professionnels, avec une légitimation méritocratique³⁴, l'élaboration de l'architecture de la direction publique professionnelle est encore aujourd'hui l'un des grands défis institutionnels en Espagne³⁵.

Malgré l'importance de cette question, tout est encore ouvert. Jimenez Asensio a souligné que «les administrations publiques espagnoles, et non seulement les locales, continuent ancrés dans la vieille conception de la distribution traditionnelle des rôles; les uns font de la politique (ce sont des “politiques”) et d'autres *exercent une* fonction publique (ils sont “fonctionnaires”). Ce schéma si grossier contamine profondément les structures directives jusqu'au point de s'encadrer dans deux familles: dirigeants d'extraction ou nomination politique, d'une part et de l'autre, responsables fonctionnaires (nommés aussi moyennant libre désignation)»³⁶. Le rouage continue à manquer, l'interface d'une et autre partie de l'organisation publique fait défaut.

Cette appréciation de l'auteur qui constitue la référence juridique dans ce domaine, partage une approche qui fait le consensus dans les milieux académiques d'autres sciences sociales. Notamment parmi les politologues³⁷ et les économistes³⁸, surtout ceux qui ont

³³ Rapport OCDE *Survey on Strategic Human Resources Management in Government* de 2006, une version plus actuelle, <http://www.oecd.org/gov/survey-on-strategic-human-resources-management-2016.pdf>, des données dans la même direction, *Public Employment and Management working party* (PEM), <http://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-database.htm>. V. aussi, *Engaging public employees for a high performing civil service*, Paris, OCDE Publishing, 2016 (<https://www.oecd.org/gov/engaging-public-employees-for-a-high-performing-civil-service-9789264267190-en.htm>).

³⁴ Nous utilisons la notion dans son sens traditionnel en droit public, étant donné que c'est un principe constitutionnel qui discipline l'accès à la fonction publique (art. 103 CE). Bien qu'actuellement nous ne pouvons pas ignorer le débat suscité par M. J. Sandel lorsqu'il questionne fortement l'idée de méritocratie comme fondement de la construction sociale, en tant qu'elle contribue à masquer la source des inégalités, M.J. Sandel, *La tiranía del mérito. Que ha sido del bien común*. (trad.) Madrid, Debate, 2020.

³⁵ Alors que A. Nieto proclamait en 2013, après différentes tentatives de réforme, que cet aspect était celui sur lequel nécessairement toute réforme administrative devait se pencher, v. A. Nieto, *Un primer paso para la reforma de la Administración española*, in M. Baena del Alcazar (dir.), *La reforma del estado y de la Administración española*, Madrid, INAP, 2013.

³⁶ Dans son texte plus récent dans ce domaine, <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/02/11/la-formacion-de-directivos-publicos/>.

³⁷ C. Ramió, *La renovación de la función pública*, Madrid, Libros de la Catarata, 2016; C. Ramió, *La Administración pública del futuro (Horizonte 2050): instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*, Madrid, Tecnos, 2017.

³⁸ C. Sebastian, *España estancada. Por que somos poco eficientes*, Madrid, Galaxia Gutenberg, 2016.

insisté sur l'importance des réformes structurelles³⁹ pour assurer un développement économique et social inclusif, inspirés par certains aspects de l'analyse des institutions politiques et de son importance pour créer un cercle vertueux⁴⁰. Cette perspective analytique concentre les propositions de réforme dans certains domaines de l'organisation administrative (plus tôt que sur la déréglementation ou la simplification administrative).

Deux aspects concentrent ces propositions de réforme administrative: i) l'accès à la fonction publique (encore ancré sur des modèles d'examen trop fondés sur la restitution des connaissances, en détriment de l'analyse et la résolution de problèmes) et la carrière postérieure (pour la séparer de la politique); ii) placer le mérite au centre des nominations des dirigeants publics⁴¹, ce qui signifie déplacer la confiance personnelle/politique qui guide actuellement de nombreuses désignations dans les services de l'administration et du secteur public⁴². Les deux partagent la demande d'une meilleure et plus importante professionnalisation des emplois publics⁴³.

Le bon gouvernement exige un équilibre délicat entre une administration qui exécute de manière efficace les politiques publiques adoptés par le gouvernement, et l'impartialité dans l'exécution de ces politiques. Pour assurer une bureaucratie responsable, efficace et impartiale il faut assurer que la direction des administrations opérationnelles réponde à un schéma institutionnel adéquat à ces exigences et qui tienne compte des incitations pertinentes pour les satisfaire; ce qui n'est pas assuré dans le modèle actuel qui permet des nominations basés sur la simple désignation "avec le doigt" pour des postes où la loi exige seulement que le personnel soit occupé par des agents avec un statut de fonctionnaire. Comme les analyses ont montré, ce modèle n'assure pas la séparation entre carrière politique et carrière de fonctionnaire, et, surtout, il est loin d'assurer que les nominations soient guidées par des critères professionnels (que les nominés disposent des mérites appropriés).

Quelles sont les raisons qui peuvent expliquer cette incapacité manifeste de l'ordre juridique administratif espagnol pour créer la figure des dirigeants publics?⁴⁴. Pourquoi ni les acteurs politiques ni les fonctionnaires ont poussé dans la direction de l'institutionnalisation de la direction professionnelle?

Deux ordres de considérations, deux aspects ont contribué à créer un environnement peu proclive à la construction de l'architecture adéquate. Nous nous concentrerons sur le premier, car il concerne directement le droit administratif, alors que l'autre est plus connu – puisque l'on peut le retrouver dans des systèmes politiques et administratifs proches –.

Tout d'abord une culture administrative à dominante juridique, ancré dans un for-

³⁹ C. Molinas, *Qué hacer con España*, Barcelona, Destino, 2013.

⁴⁰ En suivant l'approche proposée par D. Acemoglu, J.A. Robinson *Porque fracasan los países: Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Barcelona, Deusto, 2012.

⁴¹ V. Lapuente, *El sistema de merito como garante de estabilidad y eficacia en las sociedades democráticas avanzadas*, in *Documentación administrativa*, 286-287, 2010.

⁴² M. Sanchez Morón, *Libre" designación y "libre" cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad*, in *Revista de Administración Pública*, 211, 2020, pp. 11-35.

⁴³ E. Malaret, *Una función pública para el siglo XXI: transformando la cultura institucional para renovar y reforzar el profesionalismo. Mérito, estabilidad y dirección pública profesional*, in J. Cantero (coord.), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?*, Madrid, INAP, 2021.

⁴⁴ A nouveau, R. Jiménez Asensio, cit.

malisme exacerbé⁴⁵. Un formalisme soutenu par le poids des fonctionnaires avec une formation en droit, membres d'un des grands corps, les avocats de l'état, qui occupent des postes importants dans la haute administration de l'état⁴⁶ et souvent, même, au sein du gouvernement.

Pour des raisons d'ordre historique, politique et culturel, liées au contexte de formation du droit administratif espagnol contemporain (les années cinquante du XX^e siècle, pendant la dictature de Franco, comme un instrument essentiel dans le processus de rationalisation du pouvoir⁴⁷), les rapports entre politique et administration sont restés à l'écart de l'agenda doctrinal. La perspective de *La lutte contre les immunités du pouvoir*, pour reprendre le titre d'un ouvrage séminal de E. García de Enterría⁴⁸ a placé la réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration et, parallèlement, l'amplification/ densification des pouvoirs du juge, comme le noyau dur à partir duquel construire un droit administratif de garanties de l'administré. Dans ce cadre politico-institutionnel l'organisation et la fonction publique ont retenu une faible attention doctrinale⁴⁹, il faudra attendre la transition démocratique et l'adoption de la Constitution (1978) pour que certains sujets trouvent sa place dans le droit administratif espagnol. Et, bien sûr, comme à l'époque il n'y avait pas de politique, le questionnement des rapports entre gouvernement et administration était hors sujet. Par contre, à partir des années quatre-vingt-dix du siècle dernier, les débats à propos de la portée du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, l'affirmation de l'importance accrue de l'organisation administrative⁵⁰ et la récupération de l'intérêt académique pour le droit de la fonction publique ont marqué un profond revirement des thématiques au cœur du droit administratif⁵¹.

La transformation du rôle de l'administration publique et de ses tâches n'est pas toujours accompagnée de manière cohérente et consistante de la réforme de l'organisation et de l'emploi public requis. Ce décalage est souvent la source d'inefficacités et peut mettre en cause la légalité lors que l'administration ne dispose pas de moyens techniques et des ressources professionnelles pour analyser et apprécier tous les aspects et les considérations qui doivent être examinés pour faire les choix pertinents dans des environnements décisionnels d'une extraordinaire complexité, lorsqu' il faut mobiliser

⁴⁵ M. Arenilla, *Cuatro décadas de modernización vs reforma de la administración pública en España*, in *Methodos*, 5, 2017.

⁴⁶ A propos du rôle de ce corps, constitué comme élite au sein du ministère des finances et à partir de cette position, comme référentiel, v. J. Pan-Montojo, *El Estado según los altos funcionarios de la hacienda española, 1881-1936*, in *Historia y Política*, 36, 2016.

⁴⁷ Avec l'éclosion de la doctrine de la dite génération de la RAP (la revue crée en 1950 et donc la composition du Conseil de rédaction a réuni la doctrine qui va construire par la suite le droit administratif), A. Nieto, *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, INAP, Madrid, 1983.

⁴⁸ E. García de Enterría, *La Lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, in *Revista de administración pública*, 38, 1962, p. 159.

⁴⁹ Bien que E. García de Enterría, soit l'auteur d'un texte de référence un peu plus tard, *La Administración española*, Madrid, Alianza, 1972.

⁵⁰ Comme L. Parejo a affirmé, v. *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, INAP, 1986.

⁵¹ L. Parejo, *Crisis y renovación del Derecho Público*, Madrid, CECE, 1991; M. Sánchez Morón, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Madrid, Espasa, 1991.

l'intelligence collective (dans certains domaines il ne s'agit plus de la présence de la complexité qui avait été déjà souligné à la fin du XX^e, elle va au-delà, car la question qui se pose est d'ordre cognitif, il faut cerner et identifier la problématique⁵²). Décider sans une base suffisante de connaissances, de mise en perspective des différentes données peut conduire à adopter des mesures inévitables et contraires aux objectifs établis par la loi. Dans la mesure où le développement de la science, de la technique ne s'accompagne pas d'une réduction du risque, de l'incertitude ou de l'imprévisibilité, il faut bâtir l'organisation appropriée et adopter les dispositifs personnels pertinents.

Cette exigence de structures adéquates et de profils professionnels congruents est inéluctable quand il s'agit de faire des choix pertinents, d'adopter des mesures pour mettre en place des investissements importants⁵³. Et, bien sûr, les défaillances de l'administration et surtout les faiblesses dans le recrutement des cadres de l'emploi public, un manque d'adéquation aux fonctions attribuées, favorise l'essor de la corruption⁵⁴.

Le droit administratif espagnol post-constitutionnel a perdu en partie son élan constructif, gagné par une certaine culture très formaliste – partagé dans certains milieux académiciens et surtout praticiens –, et où les mythes qui l'ont soudé⁵⁵ ont opéré comme une sorte de narcotique. L'objectif constitutif de l'état de droit accompli avec l'adoption de la constitution (qui proclame les droits et les libertés ainsi que la séparation des pouvoirs), l'ordre conceptuel dominant apparaît solidement ancré dans une conception du principe de légalité comme principe de *justiciabilité*⁵⁶, avec une vision de l'administration comme simple appareil d'exécution de la loi⁵⁷, disposant de pouvoirs cantonnées, "liés" (bien au-delà de l'idée partagée de la soumission du pouvoir à la règle de droit) et où le contrôle juridictionnel répondrait au modèle simplifié de la subsumption⁵⁸. Un droit administratif progressivement dominé par un formalisme exacerbé, éloigné des faits et des transformations sociales, économiques et écartant tout problème d'ordre cognitif et épistémologique, alors que dans des nombreux domaines les sciences, la technologie interpellent les décideurs. Dans cette perspective le droit

⁵² D. Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, et préalablement, *La démocratie sans l'Etat. Essai sur le gouvernement des sociétés complexes*, Paris, Climats / Flammarion, 2006.

⁵³ Ainsi, dans la période 2014-2020, les administrations espagnoles ont utilisé seulement 34% des fonds européens disponibles, sans exécuter les prévisions budgétaires prévues, v. <https://cohesiondata.ec.europa.eu/stories/s/ESIF-investment-progress-reading-the-flying-flags/ckvj-tgra/>.

⁵⁴ V. Lapuente (coord.), *La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia y el gobierno*, Madrid, Alianza, 2016, C. Ramió, *La renovación de la función pública*, cit., et plus récemment, M. Villoria (dir.), *Combatir la corrupción*, Madrid, Gedisa, 2019.

⁵⁵ V. Par rapport au droit administratif français, M. Touzeil-Divina, *Dix mythes du droit public. Issy les Moulineaux*, Paris, LGDJ Lextenso, 2019.

⁵⁶ La règle de droit préalable a comme fonction essentielle assurer le contrôle par le juge, dans cette perspective la primauté du parlement est marginalisée.

⁵⁷ F. Velasco a insisté sur le rôle dans le droit administratif espagnol de cette conception traditionnelle de l'administration, v. *Reformas de la administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del derecho administrativo*, in *AFDUAM*, 23, 2019.

⁵⁸ Selon le schéma traditionnel du juge qui se limite à appliquer la loi, la règle générale et abstraite pour résoudre un problème spécifique, concret et particulier. Cette démarche déductive réduit l'identification du fait à un simple constat.

administratif peut opérer comme une barrière aux transformations, alors qu'il pourrait jouer un rôle d'incitation ou de guide pour les réformes nécessaires.

L'ordre juridique espagnol présente des éléments qui montrent bien la problématique suscitée par ces désalignements. Du point de vue institutionnel le paradoxe est poignant, car la réforme de l'état, suite à la transition politique et l'adoption de la constitution démocratique de 1978, a été adoptée avec un grand consensus politique, par contre, les grands partis politiques ont été incapables d'accorder la réforme de l'administration de l'état (et comme cette administration de l'état a été l'"inspiration" des administrations mises en place avec la création des Communautés Autonomes, les différents niveaux d'administrations ont tendance à reproduire ce schéma). C'est aussi vrai que malgré l'absence de réformes administratives en profondeur, le système institutionnel a permis des transformations substantielles depuis la transition de la dictature à la démocratie, comme la création de l'état des autonomies, la construction de l'état providence, ainsi que que l'intégration européenne.

Maintenant le système est épuisé. La crise actuelle (d'abord d'ordre économique, ensuite sociale et plus récemment sanitaire) a mis en exergue la faiblesse des institutions administratives, les structures (soit au niveau de l'état, soit au niveau des communautés autonomes) ont montré les défaillances et les fragilités dues au manque de professionnels, à la pénurie de profils disposant de la capacité et les garanties suffisantes pour pouvoir agir sans la dictée des instructions politiques dans les domaines où cette interférence n'est pas souhaitable. La crise, les crises ont renforcée l'évidence que les études préalables avaient déjà montré lorsqu'ils avaient identifié comme l'absence de professionnalisation des structures qui se situent dans l'interface entre gouvernement et administration était un des principaux problèmes du schéma institutionnel mis en place⁵⁹.

C'est vrai que cet aspect est partagé en partie par d'autres systèmes des pays du sud de l'Europe, cependant, par rapport au modèle mis en place en France et en Italie, les spécificités accentuent les carences. Nous y reviendrons.

Renforcer et renouveler le professionnalisme des agents publics est une exigence inhérente à la construction d'une administration publique adaptée aux missions du secteur public au XXI^{ème} siècle, une administration pour une démocratie complexe. Dans cette perspective de professionnalisation renforcée, l'exigence de sélectionner, de recruter, d'affecter selon le principe du mérite doit élargir son champ d'action, couvrir un nouveau espace. La création d'un nouveau cadre institutionnel, les dirigeants publics professionnels est une pièce essentielle lorsqu'il ne s'agit plus seulement d'administrer, d'appliquer la loi, mais de gérer les ressources, de résoudre les problèmes, ainsi que de contribuer à l'élaboration des politiques publiques et les appliquer plus tard. Bien que cette institutionnalisation doit être accompagné de la réforme du modèle de recrutement et de sélection des fonctionnaires publics⁶⁰, et très notamment de ceux qui font

⁵⁹ C. Dahlström, V. Lapuente, *Organizing Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 et C. Sebastian, *España estancada. Por qué somos poco eficientes*, Barcelona, Galaxia Gutemberg, 2016.

⁶⁰ M. Sánchez Morón, *El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro*, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 13, 2011, p. 19 et R. Jimenez Asensio, *Repensar la selección de em-*

partie des grands corps – tout particulièrement celui des avocats de l'état et des techniciens d'administration civile –.

Le deuxième vecteur à examiner pour expliquer la “politisation” des postes directifs de l'administration, dérive de la méfiance des partis politiques démocratiques vis-à-vis des fonctionnaires en provenance de l'administration de la dictature. L. Ortega a présenté de manière brillante cette problématique dans sa contribution au livre dirigé par M. d'Alberti⁶¹, nous n'y reviendrons pas. Notons seulement deux aspects qui permettent de bien situer le débat. Pendant la transition à la démocratie disposer d'une fonction publique professionnelle a été un actif, mais la politisation des nominations dans les hauts postes de l'administration a fragilisé cet atout. L'irruption des nouveaux partis politiques démocratiques avec des nouveaux cadres a supposé une vague d'air frais, de renouveau, mais l'occupation des hauts postes a contribué à diluer les frontières entre gouvernement et administration.

3. La controverse à propos du modèle de désignation et du statut juridique, nouvelle et récurrente source de paralysie

Comme nous avons remarqué préalablement, le modèle de direction publique actuel (ou, encore mieux, son absence) ne répond pas à une conception contemporaine de l'administration publique, de son rôle. La situation est le résultat de l'absence de réformes. Cette circonstance implique une traîne pour le développement institutionnel, et a un impact sur la productivité⁶² et sur l'ensemble de la compétitivité du pays et son développement économique.

Cette exigence c'est accrue ces derniers temps à cause des problèmes suscitées par la pandémie dérivée du Covid-19, la nécessaire et urgente transformation numérique de l'administration et la mise en place et l'exécution des plans liées au programme *Next generation*⁶³.

Dans ce cadre, la création effective d'un système de direction publique professionnelle devient une urgence, un défi inéluctable. Surtout quand la comparaison avec d'autres organisations complexes montre que les différents types de direction ont un impact sur les résultats. Bien qu'il faut insister que la création de cette institution ne répond pas seulement à une exigence d'efficacité et d'efficience, mais aussi au besoin de renforcer l'exigence d'impartialité dans la mise en place des politiques publiques.

pleades públicos: momento actual y retos de futuro, in *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 2018, pp. 19-27.

⁶¹ L. Ortega, *La riforma dell'alta burocrazia in Spagna*, in M. D'Alberti (a cura di), *L'Alta Burocrazia*, cit.

⁶² V. Le rapport sur la faible productivité et efficience du secteur public espagnol, <https://www.bbvaesearch.com/wp-content/uploads/2018/07/Observatorio-productividad-sector-publico-1.pdf>.

⁶³ V. la *Estrategia nacional de Inteligencia Artificial*, un des axes de l'Agenda España numérique 2025 et une des composantes du Plan de Recupération, Transformation et Resilience de l'économie espagnole, <https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/areas-prioritarias/Paginas/inteligencia-artificial.aspx>.

Malgré le caractère pressant de la situation, le débat entre deux courants d'opinion à propos du modèle continue à bloquer la réforme. Une réforme nécessaire mais qui semble inaccessible faute de leadership politique.

Quel est l'état des lieux? Des données sont fournies par le droit positif et son évolution, l'analyse montre une sorte d'alternance dans les textes écrits mais sans résultats effectifs dans le droit en action. En effet, à partir de 1997 on assiste à un débat souterrain entre deux visions. Deux conceptions dans les textes écrits, qui se succèdent et qui se neutralisent mutuellement, empêchant de déclencher la réforme effective, faute de continuité ou d'élan suffisant.

La Loi d'Organisation et de Fonctionnement de l'Administration générale de l'état (LOFAGE, 1997) a identifié des organes "supérieurs" (de nature nettement politique, ministres et secrétaires d'état) et des organes "directifs" (placés, soit à l'échelon hiérarchique immédiatement inférieur – secrétaire général sectoriel, directeur général ou sous-directeur, soit dans une position plus horizontale – sous-secrétaire et secrétaire général technique –), pour lesquels seuls les fonctionnaires de carrière pouvaient être désignés. Les premiers doivent établir les plans d'action de l'organisation placés sous leur responsabilité que les organes directifs doivent développer et exécuter. Cette régulation très simple a été reprise par la législation de différentes Communautés autonomes. Mais, il faut remarquer que les nominations des uns et des autres suivent le même schéma, aucune procédure spéciale est prévue et le critère de la confiance est la seule règle pour les nominations. Quant à la condition de fonctionnaire requise pour les organes directifs, il est évident que le fait de réunir la condition de fonctionnaire ne permet pas d'assurer la compétence et les capacités nécessaires pour diriger; cette esquisse montre la confusion entre direction publique et fonctionnarisation du rôle⁶⁴. Ce modèle est très éloigné de celui adopté dans d'autres pays européens qui ont entrepris des réformes récemment, notamment le Portugal qui ont mis en place des schémas institutionnels plus complexes et plus adaptés aux demandes de la gestion publique actuelle⁶⁵.

Plus tard, dans le cadre d'un paquet de réformes sur différents volets (notamment Loi des Agences)⁶⁶, un statut de base de l'emploi public a été finalement adopté (EBEP, 2007), cette loi cadre a supposé l'accomplissement retardée du mandat constitutionnel (art. 103.3). Dans ce texte, pour la première fois la loi prévoit la figure du dirigeant public professionnel, moyennant une formule avec un régime juridique, bien que peu précis, car seulement des principes étaient énoncés; mais les éléments essentiels de la nouvelle figure étaient explicitement indiqués: i) désignation selon une procédure publique et concurrentielle et le choix devrait être fondé sur le mérite, la capacité et l'adéquation (pertinence); ii) évaluation de la gestion et contrôle des résultats con-

⁶⁴ R. Jiménez Asensio, *Directivos públicos*, cit.

⁶⁵ Création de la Commission de recrutement et sélection pour l'administration publique, Loi 64/2011, v. R.B. Vicente, *La selección de los directivos públicos en atención al mérito profesional. Enseñanzas del caso de Portugal*, in *GyAPP*, 14, 2015.

⁶⁶ E. Malaret, *La modernisation administrative en Espagne: entre l'élan de la réforme de l'Etat et la discontinuité de la réforme de l'administration*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2, 2009, p. 597.

formément aux objectifs préétablis; iii) les personnes pouvaient avoir la condition de fonctionnaires ou de personnel lié avec un contrat de droit social⁶⁷, ce qui prétendait inciter l'accès à ces positions du personnel en provenance du secteur privé. Mais, malgré les expectatives déclenchées ce modèle est resté cantonnée dans le texte de la loi, bien que maintenant il soit reproduit littéralement dans la version en vigueur (TREBEP, 2015).

Le schéma de la LOFAGE a été repris dans la Loi des “hauts postes” de l'Administration générale de l'état (2015), ainsi que dans la Loi de régime juridique du secteur public (LRJSP, 2015). Aucune démarche a été entamé pour essayer de cerner les postes exigeant des dirigeants professionnels, une procédure de nomination basé sur des critères de mérite et d'adéquation avec par la suite l'évaluation pertinente. A nouveau, nomination (et révocation) politique – fondé sur la confiance⁶⁸ – pour des postes en principe réservés à des fonctionnaires, absence de procédure (et d'organe d'examen des candidatures), manque d'évaluation et, bien sûr, aucune prédétermination de la durée du mandat.

Ce modèle de nomination politique précarise les fonctions de direction, banalise ce rôle et fragilise le principe de mérite dans des domaines importants de la gestion publique. Les principes constitutionnels d'impartialité et d'efficacité (et de continuité des politiques publiques) continuent à ne pas être prise au sérieux ni par le législateur ni par la jurisprudence.

4. Considérations finales. Le temps retrouvé?

Les administrations ne peuvent pas vieillir, ni même bien vieillir, par contre elles reposent sur les épaules des géants et il faut s'assurer qu'ils ne sont pas de boue. Pour s'adapter aux nouveaux défis, pour répondre aux exigences des sociétés complexes, transformer l'économie – durabilité et numérisation comme vecteurs –, il faut que le secteur public dispose des capacités de direction et de gestion pertinentes. Ces compétences, ces habilités ne sont pas inhérents e à la condition ou situation juridique de fonctionnaire, il faut donc créer des dispositifs institutionnels adéquats. La récupération des agences (par la loi 11/2020, de finances pour 2021) est une mesure nécessaire, mais insuffisante. Ces schémas institutionnels ont été adoptés avec la finalité de disposer d'une formule d'organisation caractérisée par une plus large autonomie et flexibilité dans l'administration des ressources, un dispositif dont la gestion doit

⁶⁷ Il faut faire attention car les catégories créées par le droit positif ne sont pas équivalentes dans les différents ordres juridiques nationaux, v. E. Malaret, J. Mauri, *L'emploi public espagnol: entre publicisation des salariés contractuels et privatisation du statut des fonctionnaires*, in *Revue Française d'Administration Publique*, 132, 2010, p. 855.

⁶⁸ Il faut insister sur le fait que ce critère de nomination est aussi, encore, en place pour des postes de niveau intermédiaire, bien que le Tribunal Suprême, à partir de la sentence de 19 septembre 2019, semble avoir initié timidement une ligne jurisprudentielle de progressive réduction du pouvoir discrétionnaire en exigeant une motivation adéquate et que la révocation soit fondée sur une perte de confiance par rapport aux éléments professionnels (et non politiques) qui avaient guidé la désignation initiale.

être guidée par la réalisation d'objectifs préalablement établis de manière précise et susceptibles d'évaluation par la suite des propos énoncés dans les considérations initiales du R. Décret-Loi 36/2020, de mesures urgentes pour la modernisation de l'administration publique et l'exécution du plan de récupération, transformation et résilience).

Les transformations du XXI ne peuvent pas être abordées avec des dispositifs conceptuels et organisationnels du XX s. Espérons que les besoins organisationnels liés à la bonne gouvernance des importantes ressources que suppose l'attribution des fonds *Next Generation* permette finalement de récupérer le temps perdu.

Normativa anticorruzione e concorsi pubblici

Gianfranco D'Alessio

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'obbligo di pubblicazione dei dati sui concorsi. – 3. I concorsi nel Piano nazionale anticorruzione del 2013. – 4. La composizione delle commissioni di concorso. – 4.1. Conflitto di interessi e dovere di astensione dei membri delle commissioni. – 4.2. Il divieto di partecipazione alle commissioni dei condannati. – 5. Il rispetto dell'anonimato nelle prove concorsuali. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Secondo un'opinione generalmente condivisa, i concorsi e le altre procedure riguardanti le assunzioni e le progressioni di carriera dei dipendenti pubblici costituiscono un ambito nel quale il fenomeno della corruzione – inteso in un'accezione ampia, come quella adottata dal PNA del 2013¹ – presenta potenzialmente una notevole incidenza: si tratta, per usare una terminologia adottata dalla normativa sulla prevenzione della corruzione e dai relativi piani attuativi, di una fra le principali “aree a rischio”.

Questo dato si colloca all'interno della dimensione della corruzione delle persone riconducibile alla categoria dei *personal contacts*, i rapporti di conoscenza, diretti o indiretti, con coloro che sono investiti di poteri di decisione, nel settore pubblico o privato, rapporti che si rivelano determinanti per ottenere posti di lavoro, incarichi o altri benefici; e hanno più di qualcosa in comune con il nepotismo e con il clientelismo»².

L'esigenza di prestare una specifica attenzione alla tematica del reclutamento dei pubblici impiegati trova un chiaro riconoscimento nei principali documenti sul contrasto alla corruzione adottati a livello internazionale.

¹ Il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), approvato dalla Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) con la Delibera n. 72 dell'11 settembre 2013, propone (al par. 2.1) un concetto di corruzione «comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati»: una nozione, quindi, che riguarda le situazioni, più ampie della fattispecie penalistica, «in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa ab externo, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo».

² M. D'Alberti, *Il propagarsi della corruzione amministrativa*, in M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017, p. 7, e Id., *Corruzione*, Roma, Treccani, 2020, p. 64.

Si può citare, per tutti, la Convenzione dell'ONU contro la corruzione (c.d. "Convenzione di Merida")³, dove nell'art. 7, avente ad oggetto l'individuazione delle misure di prevenzione della corruzione nel settore pubblico, si fa esplicito riferimento ai meccanismi di accesso agli impieghi presso le pubbliche amministrazioni, prevedendo che gli Stati firmatari adottino, mantengano e rafforzino «sistemi di reclutamento, assunzione [...] che: a) vertano sui principi di efficacia e di trasparenza e su criteri obiettivi quali il merito, l'equità e l'attitudine; b) comportino procedure appropriate per selezionare e formare le persone chiamate ad occuparsi di posti pubblici ritenuti essere particolarmente esposti alla corruzione ...».

Appare, quindi, evidente che la tematica del reclutamento del personale assume un particolare rilievo nell'ambito delle politiche di contrasto alla corruzione, incentrate sull'uso di strumenti preventivi di carattere amministrativo. Nel testo della Convenzione dell'ONU, come si vede, vengono indicati i principi e i criteri – da bilanciare e integrare fra loro – ai quali dovrebbero ispirarsi i sistemi selettivi, e che sostanzialmente corrispondono nel nostro ordinamento ai canoni costituzionali di imparzialità (*trasparenza, equità*) e buon andamento (*efficacia, merito, attitudine*). Inoltre, si evidenzia l'esigenza di dedicare particolare attenzione alle procedure di accesso, integrate da una adeguata formazione dei soggetti destinati ad operare in uffici esposti a un maggiore rischio di manifestazione di eventi corruttivi.

Se si passa a considerare il quadro normativo italiano, è agevole constatare che il tema dei concorsi e degli altri sistemi per la provvista del personale delle amministrazioni pubbliche compare più volte nella normativa su anticorruzione e trasparenza, che prende le mosse e trova il suo fondamento nell'approvazione della l. 6 novembre 2012, n. 190.

Però, come è stato opportunamente rilevato, nella legge e nei provvedimenti che ne sono scaturiti, o che sono ad essa ricollegabili, i riferimenti ai meccanismi di reclutamento non presentano un carattere organico e sistematico, ma si compongono di una serie di disposizioni in ordine sparso (pur se connotate da un unico profilo finalistico), prive di una collocazione unitaria⁴; sembra, quindi, opportuno passarle sinteticamente in rassegna, al fine di comprendere il significato di ognuna e verificarne il valore complessivo.

2. L'obbligo di pubblicazione dei dati sui concorsi

L'identificazione delle procedure per l'acquisizione di risorse umane da parte delle amministrazioni come ambito meritevole di una specifica attenzione nell'azione di prevenzione della corruzione riceve un esplicito riconoscimento ad opera dell'art. 1, co. 16, l. n. 190/2012, che include «concorsi e prove selettive per l'assunzione del persona-

³ Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003, aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005 e ratificata in Italia con la l. 3 agosto 2009, n. 116.

⁴ I. Luce, *Il personale della PA, concorsi e progressioni di carriera*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione, Rimedi preventivi e repressivi*, Roma, Carocci, 2017, p. 600.

le e progressioni di carriera di cui all'articolo 24 del [...] decreto legislativo n. 150 del 2009»⁵ fra i procedimenti per i quali vanno particolarmente assicurati i livelli essenziali di garanzia della trasparenza dell'attività amministrativa, «mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione», in base a quanto stabilito nel precedente co. 15. Il senso e la finalità di questa previsione sono indicati dal precedente co. 9 dell'art. 1, che comprende i procedimenti di cui al co. 16 fra le attività «nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione»⁶ (a dimostrazione della strumentalità delle norme sulla trasparenza rispetto a quelle sull'anticorruzione).

Le disposizioni della l. n. 190/2012 intese a garantire la trasparenza delle procedure concorsuali trovano riscontro, sul piano attuativo, nell'art. 19, co. 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 – così come modificato prima dall'art. 18 del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, e poi dall'art. 1, co. 145, l. 27 dicembre 2019, n. 160 – dove si stabilisce che le pubbliche amministrazioni, fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale, sono tenute a pubblicare: a) i bandi di concorso per il reclutamento, a qualsiasi titolo, di personale presso le amministrazioni; b) i criteri di valutazione della commissione; c) le tracce delle prove scritte; d) le graduatorie finali, aggiornate con l'eventuale scorrimento degli idonei non vincitori⁷.

Il momento della pubblicazione degli atti contenenti questi elementi è diversificato secondo una naturale sequenza logica e temporale: in particolare, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) riguardo all'obbligo di pubblicazione dei criteri di valutazione e delle tracce delle prove scritte, dopo aver rilevato che «scopo della norma è quello di rendere trasparente il processo di valutazione della commissione anche in relazione ad esigenze di tutela degli interessati»⁸, ha segnalato l'opportunità che i criteri e le moda-

⁵ Il riferimento alle progressioni di carriera riguarda, chiaramente, le c.d. progressioni «verticali», come dimostra il richiamo all'art. 24 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, il quale – rimandando, a sua volta, all'art. 52, co. 1 *bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dallo stesso decreto de 2009 – prevede (sulla scorta di un'ampia giurisprudenza costituzionale) che tali progressioni, diversamente da quelle «orizzontali», avvengano tramite concorso pubblico (sulla differenza fra i due tipi di progressioni di carriera sia consentito rinviare a G. D'Alessio, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2020, 4, p. 10 ss.). Va, peraltro, ricordato che l'art. 3, co. 1, del d.lgs. 9 giugno 2021, n. 80, convertito dalla l. 6 agosto 2021, n. 113, ha introdotto un nuovo testo del co. 1 *bis* dell'art. 52 del d.lgs. 165/2001, nel quale si stabilisce, tra l'altro, che fatta salva una riserva di almeno il 50 per cento delle posizioni disponibili da destinare all'accesso dall'esterno, le progressioni verticali d'ora in avanti non avvengano attraverso concorso, bensì «tramite procedura comparativa basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli o competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso all'area dall'esterno, nonché sul numero e sulla tipologia degli incarichi rivestiti»: è, comunque, da ritenere che tali procedure comparative siano assoggettate a forme di pubblicità analoghe a quelle previste per i concorsi.

⁶ V. sul punto M. Martone, *Rapporto di lavoro e prevenzione della corruzione: concorsi e prove selettive, incompatibilità, inconfiribilità degli incarichi e codici di comportamento*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2017, 6, p. 1428 ss.

⁷ La versione originaria del d.lgs. n. 33/2013 prevedeva l'obbligo di pubblicazione solo per i bandi di concorso: il riferimento ai criteri di valutazione delle commissioni e alle tracce delle prove scritte è stato introdotto dal d.lgs. n. 97/2016; quello alle graduatorie finali dalla l. n. 160/2019.

⁸ L'indicazione di tale elemento finalistico della norma trova conferma nella giurisprudenza ammini-

lità di valutazione delle prove concorsuali «siano pubblicati tempestivamente non appena disponibili»⁹, mentre le tracce delle prove scritte, ovviamente, non possono che essere pubblicate dopo lo svolgimento delle prove stesse¹⁰.

I quattro elementi indicati nell'art. 19 del d.lgs. n. 33/2013 costituiscono la base minima e indispensabile delle informazioni che devono essere fornite sui procedimenti concorsuali. Ciò non toglie che altri elementi possano o, addirittura, debbano essere oggetto di pubblicazione, per soddisfare le finalità di cui al co. 16 della l. n. 190/2012: ad esempio, in giurisprudenza è stata censurata la mancata pubblicazione del decreto di nomina dei componenti della commissione¹¹.

Nel co. 2 dello stesso art. 19 – esso pure riformulato dall'art. 18 del d.lgs. n. 97/2016 – si aggiunge che le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare e tenere costantemente aggiornato l'elenco dei bandi in corso.

È venuto, quindi, meno l'obbligo per le amministrazioni di pubblicare e aggiornare anche l'elenco dei bandi espletati nel corso dell'ultimo triennio, accompagnato dall'indicazione, per ciascuno di essi, del numero dei dipendenti assunti e delle spese effettuate, che era prescritto dalla prima versione del d.lgs. n. 33/2013¹². Peraltro, è intervenuta anche su questo punto l'ANAC, la quale ha ricordato che la pubblicazione dei bandi espletati, in base al criterio generale previsto dall'art. 8, co. 3, del medesimo decreto sulla trasparenza, deve rimanere rintracciabile sul sito per cinque anni, a partire dal primo gennaio dell'anno successivo a quello in cui occorre procedere alla pubblicazione¹³.

Con la l. n. 160/2019 è stato, poi, aggiunto nell'art. 19 il co. 2 *bis*, in base al quale

strativa: «nelle procedure concorsuali [...] la pubblicità deriva dall'esigenza di dare conoscenza di una procedura di selezione e quindi di consentire a tutti i possessori dei requisiti di partecipare. In altri termini si tratta di una pubblicità con finalità partecipativa ad una procedura selettiva» (Cons. St., VI, 20 aprile 2017, n. 1856).

⁹ Per quanto riguarda l'individuazione del momento nel quale devono essere stabiliti i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, il giudice amministrativo ha posto l'accento sulla «necessità della determinazione e verbalizzazione dei criteri stessi in un momento nel quale non possa sorgere il sospetto che questi ultimi siano volti a favorire o sfavorire alcuni concorrenti, con la conseguenza che è legittima la determinazione dei predetti criteri di valutazione delle prove concorsuali, anche dopo la loro effettuazione, purché prima della loro concreta valutazione» (Cons. St., V, 25 maggio 2012, n. 3062; Cons. St., VI, 18 luglio 2014, n. 3851).

¹⁰ ANAC, Delibera 28 dicembre 2016, n. 1310.

¹¹ Il difetto di pubblicazione costituisce «una grave violazione dei diritti dei concorrenti alla trasparenza ed alla conoscenza della procedura che li riguarda, non consentendo loro una pronta verifica della regolarità e legittimità degli atti procedurali posti in essere. Il nocumento lamentato, infatti, appare evidente laddove si consideri che la tempestiva pubblicazione del decreto di nomina della commissione avrebbe potuto consentire un'eventuale ricusazione in corso di procedura propedeutica ad ottenere la sostituzione dei medesimi commissari dei quali si è denunciata l'incompatibilità» (Tar Sicilia, Catania, IV, 13 dicembre 2019, n. 2999).

¹² Va aggiunto che sempre nel testo originario del d.lgs. n. 33/2013, all'art. 23, era previsto l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di pubblicare, e aggiornare ogni sei mesi, i dati sui provvedimenti finali dei procedimenti concernenti «... c) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'articolo 24 del decreto legislativo n. 150 del 2009»: tale disposizione è stata abrogata dall'art. 22 del d.lgs. n. 97/2016.

¹³ ANAC, Delibera 28 dicembre 2016, n. 1310.

le pubbliche amministrazioni e gli altri soggetti tenuti ad applicare il d.lgs. n. 33/2013 devono assicurare, tramite il Dipartimento della funzione pubblica, la pubblicazione del collegamento ipertestuale dei dati sui concorsi di cui ai commi precedenti per consentirne l'accessibilità ai sensi dell'art. 4, co. 5, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125.

3. I concorsi nel Piano nazionale anticorruzione del 2013

Il *focus* posto dall'art. 1, co. 16, della l. n. 190/2012 e, conseguentemente, dall'art. 19 del d.lgs. n. 33/2013 sulla pubblicità dei procedimenti riguardanti l'assunzione del personale non risponde solo ad una esigenza di trasparenza nell'esercizio dell'azione amministrativa, ma – come dimostra la disposizione del co. 9 della l. n. 190/2012 prima richiamata – costituisce anche, anzi è in primo luogo una conseguenza della individuazione di detti procedimenti come un'area di attività che presenta rilevanti rischi di manifestazione di fenomeni corruttivi.

Se ne trova piena conferma dalla lettura del Piano nazionale anticorruzione (PNA), nella prima versione del 2013.

L'Allegato n. 2 al PNA, nel dettare indicazioni alle amministrazioni ai fini dell'adozione dei loro Piani triennali di prevenzione della corruzione, include reclutamento e progressioni di carriera fra le «aree di rischio comuni e obbligatorie»¹⁴.

A sua volta, l'Allegato n. 3, sempre agli stessi fini, elenca una serie di possibili rischi relativi all'area del personale, individuando comportamenti diretti a favorire, nel reclutamento come nelle progressioni di carriera, candidati particolari.

In primo luogo, viene evidenziata fra le ipotesi patologiche, oltre alla previsione di requisiti di accesso ai concorsi "personalizzati", l'insufficienza di meccanismi oggettivi e trasparenti idonei a verificare il possesso – da parte dei candidati e, soprattutto, dei vincitori – dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire: una insufficienza che, certo, può derivare da incapacità o superficialità di chi definisce i meccanismi della selezione, ma non di rado può essere un indizio della volontà di condurre la procedura ad esiti non basati sul merito.

Viene, poi, citata l'irregolare composizione delle commissioni di concorso e, in particolare, si prendono in considerazione le situazioni caratterizzate da casi di conflitto di interessi dei componenti, che hanno dato luogo – come è noto, e come si dirà più oltre – ad un consistente contenzioso, oltre che ad una serie di prese posizione dell'ANAC.

Si fa riferimento, inoltre, a casi di comportamenti corruttivi prodotti o favoriti dall'inservanza delle regole procedurali poste a garanzia della trasparenza e dell'imparzialità della selezione: si citano, a titolo esemplificativo, violazioni della regola cogente dell'anonimato nel caso di prova scritta e la predeterminazione dei criteri di valutazione delle prove che, appunto, possono nascondere l'intenzione di favorire determinati concorrenti.

¹⁴ Già nelle "Linee di indirizzo" per la predisposizione del PNA adottate dal Comitato interministeriale istituito con d.P.C.m. 16 gennaio 2013 si ricorda che i concorsi e le prove selettive per l'assunzione del personale rientrano fra le attività di competenza dell'amministrazione più esposte al rischio di corruzione.

Infine, si richiama l'attenzione sulle progressioni economiche o di carriera accordate illegittimamente, sempre allo scopo di agevolare candidati (qui già dipendenti) particolari.

Alcune di tali questioni, evidenziate negli allegati al PNA del 2013, verranno qui di seguito riprese e analizzate.

4. La composizione delle commissioni di concorso

Ai fini della prevenzione di fenomeni di *maladministration* in occasione dello svolgimento di procedure di reclutamento presenta uno specifico rilievo il tema della composizione delle commissioni incaricate di presiedere a dette procedure, che non casualmente ha suscitato sotto diversi aspetti l'attenzione del legislatore, e ha dato luogo a ripetuti interventi del giudice amministrativo e dell'Autorità nazionale anticorruzione.

4.1. *Conflitto di interessi e dovere di astensione dei membri delle commissioni*

La dimensione patologica della composizione delle commissioni di concorso che ha prodotto il contenzioso di gran lunga più consistente è sicuramente quella che riguarda l'accertamento di situazioni di potenziale conflitto di interessi¹⁵ di membri di tali organi, dalle quali è presumibile che possano derivare posizioni pregiudizialmente favorevoli o sfavorevoli degli stessi nei confronti di determinati concorrenti.

Il punto di partenza per comprendere i riferimenti normativi sui quali si basa la copiosa serie di pronunce giurisprudenziali dedicate a questo tema (che hanno ad oggetto soprattutto concorsi per la docenza universitaria) è costituito dall'art. 11 del d.P.R. 9 maggio 1984, n. 487, recante la disciplina generale per lo svolgimento dei concorsi pubblici, in base al quale prima dell'inizio delle prove concorsuali i componenti della commissione «presa visione dell'elenco dei partecipanti, sottoscrivono la dichiarazione che non sussistono situazioni di incompatibilità tra essi ed i concorrenti, ai sensi degli articoli 51 e 52 del codice di procedura civile».

Se ne deduce che le cause di astensione del giudice, indicate dall'art. 51 c.p.c.¹⁶,

¹⁵ In generale, sul conflitto di interessi nella pubblica amministrazione si segnalano, fra i contributi recenti: S. Frego Luppi, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 4, p. 671 ss.; G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016; M. Calcagnile, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse. Nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, Bologna, BUP, 2017; F. Gaffuri, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018; E. Lubrano, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018; F. Siciliano, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6-bis, l. n. 241/90*, Milano, Giuffrè, 2018; R. Cantone, F. Merloni, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Diritto pubblico*, 2019, 3, p. 879 ss.; I. Piazza, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. Note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2020, 1, p. 63 ss.

¹⁶ Art. 51 – Astensione del giudice: «Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

trovano applicazione anche ai commissari delle procedure concorsuali¹⁷, i quali al ricorrere delle stesse sono tenuti ad astenersi, mentre l'amministrazione interessata, valutata l'esistenza di tali presupposti, provvede a disporre la sostituzione dei componenti in conflitto di interessi, al fine di evitare che gli atti del procedimento risultino viziati¹⁸. Tali situazioni di incompatibilità, secondo una giurisprudenza da tempo pressoché unanime, hanno un carattere cogente e tassativo, e non sono suscettibili di applicazione ed estensione analogica, stante l'esigenza di assicurare la certezza dell'azione amministrativa e la stabilità della composizione delle commissioni giudicatrici¹⁹.

Su questi presupposti si è sviluppata una vasta produzione giurisprudenziale, che ha progressivamente individuato le situazioni che possono dar luogo un conflitto di interessi per i componenti delle commissioni, con il conseguente obbligo di astensione, delineando un quadro di riferimento che colloca tali ipotesi entro limiti chiaramente definiti.

In particolare, in numerose decisioni²⁰ il Consiglio di Stato ha stabilito che non

1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;

2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;

3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;

4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;

5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore».

¹⁷ Del resto, già l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 30 giugno 1958, n. 6, con esplicito riferimento alle commissioni giudicatrici di concorsi, aveva affermato il principio secondo cui sussiste l'incompatibilità nei confronti «dei membri di organi giudicanti che si trovino in quelle particolari situazioni subiettive che sono state individuate dai codici di rito».

¹⁸ Dipartimento della funzione pubblica, Direttiva n. 3 del 3 novembre 2005.

¹⁹ Si possono citare, lasciando da parte pronunce più risalenti nel tempo: Cons. St., VI, 13 settembre 2012, n. 4858; Cons. St., VI, 13 marzo 2013, n. 1512; Cons. St., VI, 19 marzo 2013, n. 1606; Cons. St., VI, 30 luglio 2013, n. 4015; Cons. St., VI, 18 luglio 2014, n. 3850; Cons. St., V, 24 luglio 2014, n. 3956; Cons. St., III, 2 aprile 2015, n. 1577; Cons. St., III, 28 aprile 2016, n. 1628; Cons. St., VI, 8 gennaio 2019, nn. 178 e 179. È stato, altresì, precisato che «la sussistenza di una situazione di incompatibilità tale da imporre l'obbligo di astensione deve essere valutata ex ante, in relazione agli effetti potenzialmente distorsivi che il sospetto difetto di imparzialità è idoneo a determinare in relazione alla situazione specifica, ma anche con estrema cautela in relazione alla sua portata soggettiva, onde evitare che la sussistenza dell'obbligo di astensione possa essere estesa a casi e fattispecie in alcun modo contemplate dalla normativa di riferimento» (Cons. St., VI, 19 marzo 2015, n. 1411; Cons. St., V, 9 luglio 2015, n. 3443).

²⁰ Limitandosi, anche qui, alle decisioni più vicine nel tempo, si possono menzionare, *ex multis*: Cons. St., VI, 22 giugno 2011, n. 3775; Cons. St., VI, 8 luglio 2011, n. 4114; Cons. St., VI, 31 maggio 2012, n. 3276; Cons. St., VI, 13 settembre 2012, n. 4858; Cons. St., III, 20 settembre 2012, n. 5023; Cons. St., VI, 27 novembre 2012, n. 5983; Cons. St., IV, 19 marzo 2013, n. 1606; Cons. St., VI, 24 maggio 2013, n. 2858; Cons. St., VI, 31 maggio 2013, n. 3006; Cons. St., VI, 30 luglio 2013, n. 4015; Cons. St., VI, 17 giugno 2014, n. 3049; Cons. St., VI, 27 giugno 2014, n. 3257; Cons. St., VI, 18 luglio 2014, n. 3850; Cons. St., VI, 23 settembre 2014, n. 4789; Cons. St., V, 17 novembre 2014, n. 5618; Cons. St., VI, 26 gennaio 2015, n. 327; Cons. St., VI, 27 aprile 2015, n. 2119; Cons. St., III, 8 settembre 2015, n. 4185; Cons. St., IV, 12 novembre 2015, n. 5137; Cons. St., III, 20

producono una situazione conflittuale rapporti di colleganza o di subordinazione ovvero di collaborazione scientifica (questo, con specifico riferimento ai concorsi universitari, che evidentemente presentano caratteri peculiari) o professionale fra commissario e candidato, se non quando assumono un carattere di particolare intensità, stabilità e sistematicità, che configuri una vero e proprio sodalizio, dando luogo ad una comunanza di interessi economici o di vita, tale da ingenerare il sospetto che la valutazione avvenga non sulla base delle risultanze oggettive della procedura, ma in virtù della conoscenza personale con il candidato²¹.

Anche le situazioni, opposte a quelle caratterizzate dal rischio di “favoritismo” nei confronti di determinati concorrenti, che riguardano ipotesi di “discriminazione” o di pregiudizio negativo derivante da inimicizia verso certi partecipanti alle selezioni, ha visto la giurisprudenza assumere una posizione prudente, volta a circoscrivere i casi dai quali far derivare una dichiarazione di incompatibilità dei commissari. Infatti, si è affermato che la grave inimicizia, per essere rilevante «deve essere reciproca, trovare fondamento esclusivamente in pregressi rapporti personali, derivanti da vicende estranee allo svolgimento delle funzioni per cui è controversia, ed estrinsecarsi in dati di fatto concreti, precisi e documentati»²², che testimonino una ostilità radicata e tenace, e non solo un sentimento di mera antipatia o di acrimonia²³.

I giudici di Palazzo Spada hanno, però, chiarito che l'obbligo di astensione per incompatibilità dei commissari dei concorsi va verificato a monte dello svolgimento della procedura selettiva e indipendentemente dalla sua concreta incidenza sugli esiti di quest'ultima: infatti, esso «ricorre per il solo fatto che essi siano portatori di interessi personali che possano trovarsi in posizione di conflittualità ovvero anche solo di divergenza rispetto a quello generale, risultando influente che nel corso del procedimento l'organo abbia proceduto in modo imparziale ovvero che non sussista prova che nelle sue determinazioni sia stato condizionato dalla partecipazione di soggetti portatori di interessi personali diversi, atteso che l'obbligo de quo è espressione del principio generale di imparzialità e di trasparenza (art. 97 Cost.) al quale ogni Pubblica amministrazione deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione»²⁴.

gennaio 2016, n. 192; Cons. St., III, 29 aprile 2016, n. 1628; Cons. St., VI, 29 agosto 2017, n. 4105; Cons. St., VI, 13 dicembre 2017, n. 5865; Cons. St., VI, 24 agosto 2018, n. 5050; Cons. St., III, 17 gennaio 2020, n. 420.

²¹ Sulla gestione delle situazioni di conflitto di interessi a carico dei componenti delle commissioni giudicatrici di concorsi pubblici è intervenuta più volte anche l'ANAC, con la Delibera 1° marzo 2017, n. 207, la Delibera 29 marzo 2017, n. 384, la Delibera del 22 novembre 2017, n. 1208 (sull'università), la Delibera 19 dicembre 2018, n. 1186 e, da ultimo, con la Delibera 15 gennaio 2020, n. 20. Quest'ultima delibera, oltre a riassumere i contenuti delle precedenti determinazioni, richiama e fa propri gli orientamenti della giurisprudenza, ma propone anche «l'adozione di misure di maggior tutela, quale potrebbe essere l'obbligo di esplicitare la tipologia di eventuali rapporti a qualsiasi titolo intercorsi o in essere fra i componenti della commissione e i candidati. Infatti, poiché è compito delle amministrazioni verificare le autodichiarazioni rilasciate dai commissari ai fini del citato art. 51, l'indicazione della tipologia di eventuali rapporti a qualsiasi titolo intercorsi o in essere consentirebbe all'amministrazione di effettuare uno stringente controllo, alla luce delle richiamate ipotesi di applicazione concreta della disposizione».

²² Cons. St., V, 9 luglio 2015, n. 3443.

²³ Cons. St., III, 2 aprile 2014, n. 1577.

²⁴ Cons. St., V, 28 maggio 2012, n. 3133. V. anche Cons. St., VI, 23 maggio 2013, n. 2816, e Cons. St., IV, 12 novembre 2015, n. 5137.

Tornando alle fonti normative, in ordine alla questione del conflitto di interessi dei membri delle commissioni è stato chiamato in causa l'art. 6 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 1, co. 41 della l. n. 190/2012, in base al quale il «responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale».

Soprattutto da parte di alcuni giudici di primo grado, in alcune pronunce degli anni immediatamente successivi all'approvazione della «legge anticorruzione»²⁵, si è sostenuto che con l'art. 6 *bis* il legislatore ha coniato un canone di valore generale, con un ambito applicativo esteso a tutte le determinazioni dal contenuto discrezionale, implicanti apprezzamenti di stampo soggettivo che possono, anche solo in astratto, essere condizionati dal fatto che chi concorre all'adozione dell'atto versa nella vicenda un interesse personale. La norma, quindi, riguarderebbe anche le commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici, le quali debbono garantire nella loro composizione trasparenza, obiettività e terzietà di giudizio, a tutela della parità di trattamento fra i diversi aspiranti ad un posto pubblico: pertanto, a tali commissioni dovrebbero applicarsi sia le cause di incompatibilità e di astensione del giudice codificate dall'art. 51 c.p.c., sia i principi costituzionali di cui all'art. 97, così come recepiti e sviluppati dagli artt. 1 e 6 *bis* della l. n. 241/1990. Di conseguenza, laddove sia ipotizzabile un conflitto di interessi, anche potenziale, il soggetto facente parte della commissione sarebbe tenuto, innanzitutto, a segnalarlo al soggetto che lo ha nominato, e poi necessariamente ad astenersi.

L'utilità o, per meglio dire, l'opportunità del ricorso all'art. 6 *bis* della legge sul procedimento è stata, però, negata dal Consiglio di Stato, secondo il quale rifacendosi alla formulazione di ordine generale di tale disposizione «non vi sarebbe più alcuna certezza in merito alla stabilità delle commissioni di esame, potendo essere messa in discussione l'imparzialità dei suoi componenti sulla base di qualunque elemento induttivo che potrebbe essere considerato soggettivamente in grado di inficiare l'imparzialità della commissione», mentre l'ancoraggio all'art. 51 c.p.c. «soddisfa pienamente l'esigenza del rispetto del principio di imparzialità di rilevanza costituzionale, delimitando nel contempo le ipotesi di incompatibilità, perseguendo in questo modo l'esigenza di garantire la certezza giuridica»²⁶.

È stato fatto, poi, riferimento anche all'art. 7 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (codice di comportamento dei dipendenti pubblici), dove si elencano una serie di doveri di astensione dei dipendenti pubblici rispetto a rapporti dai quali possono scaturire situazioni di conflitto di interessi o, comunque, di interferenza con la cura degli interessi pubblici: si tratta, peraltro, in larga misura della riproposizione, sia pure in termini diversi, delle fattispecie già contemplate dall'art. 51 c.p.c., nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza ai fini della loro applicazione in ambito amministrativo.

²⁵ Tar Sardegna, I, 5 giugno 2013, n. 459; Tar Campania, Salerno, II, 17 marzo 2014, n. 580; Tar Abruzzo, Pescara, I, 21 gennaio 2015, n. 84.

²⁶ Cons. St., III, 28 aprile 2016, n. 1628, dove si aggiunge che «nel conflitto tra le norme, deve prevalere la disciplina speciale – relativa al regime delle incompatibilità – con quella generale propria del procedimento amministrativo, anche se cronologicamente successiva»; v. anche Cons. St., V, 9 luglio 2015, n. 3443. Più aperte rispetto alla possibilità di prendere in considerazione l'art. 6 *bis* della l. n. 241/1990 sembrano però, altre, più recenti decisioni: Cons. St., VI, 8 gennaio 2019, nn. 178 e 179.

4.2. Il divieto di partecipazione alle commissioni dei condannati

L'art. 1, co. 46, della l. n. 190/2012 ha introdotto nel d.lgs. n. 165/2001 l'art. 35 *bis*, ai sensi del quale «coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale: a) non possono fare parte, anche con compiti di segreteria, di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi...».

Viene, quindi, stabilito il divieto per i condannati per delitti contro la pubblica amministrazione, non solo di essere inseriti nelle commissioni dei concorsi e delle altre procedure selettive per il reclutamento o per le progressioni di carriera, ma anche di svolgere funzioni di supporto e collaborazione con le stesse.

È stato rilevato criticamente che il divieto non si estende a quanti operano negli uffici ordinari di gestione del personale, i quali pure pongono in essere una serie di atti preliminari e consequenziali rispetto all'attività delle commissioni, che possono anche avere un carattere discrezionale (con il conseguente rischio di illeciti) e possono condizionare l'esito delle procedure²⁷; peraltro, secondo l'ANAC, anche se parrebbero restare fuori dal divieto gli uffici che gestiscono in via ordinaria il personale, tuttavia «ragioni di carattere logico inducono a ritenere che siano comunque compresi tutti gli incarichi che potrebbero condizionare lo svolgimento delle procedure concorsuali, indipendentemente dalla natura dell'ufficio»²⁸.

Si sono, inoltre, riscontrati limiti nella determinazione del campo di operatività della previsione in questione anche sotto il profilo oggettivo, osservando che la lista dei reati in essa richiamati non è completa, in quanto mancano, ad esempio, i reati di falso, ricompresi nel titolo VII c.p. tra i delitti contro la fede pubblica: sarebbe stato, quindi, preferibile fare riferimento a tutti i reati propri dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio o, utilizzando la formulazione dell'art. 31 c.p., a «ogni condanna per delitti commessi con l'abuso dei poteri o con la violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione, o ad un pubblico servizio»²⁹.

Sempre in ordine alla dimensione oggettiva del divieto, l'Autorità anticorruzione ha espresso l'opinione che esso debba essere applicato anche ai reati commessi nella forma del tentativo³⁰.

Quanto all'obiettivo che il legislatore si propone di conseguire con la misura, è stato giustamente affermato che essa non ha natura disciplinare o sanzionatoria e, quindi,

²⁷ B. Cimino, *I divieti per i condannati (art. 1, comma 46)*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 238, dove si citano, ad esempio, atti quali «la redazione dei bandi, la fissazione dei requisiti di partecipazione e dei punteggi per i titoli, la decisione circa lo scorrimento della graduatoria o l'indizione di una nuova procedura».

²⁸ ANAC, Delibera 23 novembre 2016, n. 1292 e Delibera 18 dicembre 2019, n. 1201.

²⁹ B. Cimino, *I divieti per i condannati (art. 1, comma 46)*, cit., p. 237, dove si afferma che l'estensione delle fattispecie rilevanti a fini dei divieti cui all'art. 35 *bis* è consentita dalla limitata incidenza della norma sui diritti individuali dei lavoratori pubblici. Anche l'ANAC nella Delibera n. 1292 del 2016 parla di «limitato sacrificio imposto ai soggetti interessati».

³⁰ ANAC, Delibera 17 aprile 2019, n. 447, che modifica la posizione precedentemente assunta dalla stessa Autorità con l'Orientamento n. 64 del 9 settembre 2014.

non ne possono derivare conseguenze afflittive sullo stato giuridico e retributivo dei soggetti interessati³¹. Secondo l'ANAC si tratta una nuova fattispecie di inconferibilità (che si affianca a quelle disciplinate dal d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, e segnatamente a quella di cui all'art. 3 di tale decreto) «atta a prevenire il discredito, altrimenti derivante all'amministrazione, dovuto all'affidamento di funzioni sensibili a dipendenti che, a vario titolo, abbiano commesso o siano sospettati di infedeltà»³²; essa risponderebbe, pertanto, allo scopo di prevenire il danno all'immagine dell'amministrazione derivante dall'affidamento di funzioni importanti e delicate – in particolare, in un'“area a rischio” come quella delle assunzioni di personale – a dipendenti che si siano resi responsabili di illeciti³³. Questo ne spiega il carattere permanente³⁴ (il che ne esclude anche la natura di provvedimento cautelare), e giustifica il fatto che essa operi anche nei confronti dei condannati in via non definitiva, e prescindendo dalla gravità del reato e della condanna³⁵.

In ordine alle concrete modalità applicative della disposizione, il PNA del 2013 stabilisce che le pubbliche amministrazioni all'atto della formazione delle commissioni concorso sono tenute a verificare la sussistenza di eventuali precedenti penali a carico dei dipendenti e/o dei soggetti cui intendono conferire i relativi incarichi³⁶. Naturalmente, una volta effettuato l'accertamento sui precedenti penali, mediante acquisizione d'ufficio o mediante dichiarazione resa dall'interessato, laddove risultino a suo carico precedenti penali ricompresi fra quelli indicati dalla norma l'amministrazione deve astenersi dal conferire l'incarico o, comunque, non può consentire la sua partecipazione all'attività valutativa della procedura: deve, pertanto, provvedere a sostituirlo con altro soggetto³⁷.

5. Il rispetto dell'anonimato nelle prove concorsuali

Ai fini della prevenzione di ipotesi corruttive nell'espletamento delle procedure selettive assume un particolare rilievo anche la questione della garanzia dell'anonimato nello svolgimento delle prove scritte.

Il tema del rispetto del principio dell'anonimato, chiaramente, precede e travalica l'introduzione della legislazione anticorruzione: lo dimostra l'ampia serie di pronunce del giudice amministrativo – diverse delle quali antecedenti all'introduzione di tale

³¹ B. Cimino, *I divieti per i condannati* (art. 1, comma 46), cit., p. 236.

³² ANAC, Delibera 23 novembre 2016, n. 1292 e Delibera 18 dicembre 2019, n. 1201.

³³ B. Neri, *Manuale di diritto dell'anticorruzione e della trasparenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 11-112.

³⁴ Il divieto – che, non avendo natura punitivo-afflittiva, non è assoggettato al principio di retroattività – viene meno unicamente a seguito della pronuncia di una sentenza di proscioglimento ovvero di una sentenza di riabilitazione: in tal senso ANAC, Delibera 23 novembre 2016, n. 1292, Delibera 13 novembre 2019, n. 1064 e Delibera 18 dicembre 2019, n. 1201.

³⁵ B. Cimino, *I divieti per i condannati* (art. 1, comma 46), cit., p. 237.

³⁶ PNA, par. 3.1.10. Su tale prescrizione v. ANAC, Delibera 27 febbraio 2019, n. 159.

³⁷ B. Neri, *Manuale di diritto dell'anticorruzione e della trasparenza*, cit., p. 112.

normativa – nelle quali viene vagliato un insieme assai variegato di comportamenti e situazioni che possono dar luogo a violazioni di tale principio, con la conseguente invalidazione delle prove stesse (o addirittura dell'intera procedura). Però, è fuor di dubbio che il profilo finalistico della garanzia dell'anonimato finisca per coincidere con quello che ispira le norme anticorruzione, perché si presuppone che grazie alla violazione dell'anonimato si creino le condizioni per una potenziale distorsione degli esiti della procedura selettiva.

Questo elemento è confermato dal Supremo consesso della giustizia amministrativa, in tre pronunce dello stesso tenore del 2013³⁸ – che costituiscono un punto di riferimento fondamentale per tutta la giurisprudenza successiva sul tema – dove si legge: «il criterio dell'anonimato delle prove scritte delle procedure di concorso – nonché in generale in tutte le pubbliche selezioni – costituisce il diretto portato del principio costituzionale di uguaglianza nonché specialmente di quelli del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, la quale deve operare le proprie valutazioni senza lasciare alcuno spazio a rischi di condizionamenti esterni e dunque garantendo la par condicio fra i candidati»³⁹.

In tali sentenze si spiega che l'obbligo dell'anonimato nella prassi viene in evidenza sotto due distinti profili: nella maggior parte dei casi si pone il problema della esclusione dalle procedure di candidati che abbiano apposto sul proprio elaborato segni di riconoscimento; in altri casi, meno frequenti, la violazione dell'anonimato viene imputata all'amministrazione e non ai concorrenti.

Riguardo alla prima ipotesi, l'Adunanza plenaria, in conformità a un indirizzo giurisprudenziale consolidato, afferma che la regola dell'anonimato non va intesa in modo tanto tassativo e assoluto da farne conseguire l'invalidità delle prove ogni volta che si rileva una astratta possibilità di identificazione dell'autore dell'elaborato, perché altrimenti sarebbe praticamente impossibile svolgere concorsi per esami scritti, in quanto non si potrebbe mai escludere a priori che uno o più commissari riconoscano una particolare modalità di stesura: quindi, per invalidare la prova è «necessario che emergano elementi atti a provare in modo inequivoco l'intenzionalità del concorrente di rendere riconoscibile il suo elaborato»; una intenzionalità «che va desunta, in via indiretta o presuntiva, dalla natura in sé dell'elemento riconoscibile e dalla sua suscettività oggettiva di comportare la riferibilità dell'elaborato a un determinato soggetto»⁴⁰.

³⁸ Cons. St., Ad. Plen., 20 novembre 2013, nn. 26, 27 e 28, sulle quali v. il commento di D. Bologna, *Concorsi pubblici e violazione non irrilevante dell'anonimato nelle tre sentenze "gemelle" del Consiglio di Stato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 1, p. 134 ss.

³⁹ Questo riferimento ai principi costituzionali è ripreso dall'ANAC nella Delibera 8 luglio 2020, n. 592, dove tra l'altro si richiama l'attenzione dei soggetti competenti sulla «assoluta necessità di mantenere l'anonimato degli elaborati concernenti le prove scritte, fino all'avvenuta correzione degli stessi».

⁴⁰ La presunzione dell'intenzionalità – come risulta da un cospicuo numero di decisioni (si possono citare, ad esempio, Cons. St., VI, 15 maggio 2015, n. 2473; Cons. St., III, 29 aprile 2019, n. 2775; Tar Lazio, Roma, II, 5 novembre 2014, n. 11106) – non si applica ad ipotesi quali correzioni e cancellature, sbarramenti nel testo, produzione di brutta e bella copia, schemi sull'ordine dell'esposizione, uso di matite o di penne di diverso colore, consistenza delle buste contenenti gli elaborati, ecc.. Deve trattarsi, si afferma, di segni particolari che assumono «un carattere oggettivamente e inequivocabilmente anomalo rispetto alle

Diverso è il ragionamento da farsi per i casi nei quali la mancata osservanza della regola dell'anonimato viene addebitata ai comportamenti tenuti (o omissi) dall'amministrazione, in quanto l'Adunanza plenaria, anche qui confermando una giurisprudenza maggioritaria⁴¹, considera tale violazione rilevante di per sé, senza dover ricostruire a posteriori, per desumerne la illegittimità, il percorso di riconoscimento degli elaborati da parte di coloro i quali sono chiamati a valutarli, ed accertare se la violazione dell'anonimato abbia portato a conoscere effettivamente il nome del candidato: tale concreto accertamento, si sostiene, oltre ad essere oneroso «si risolverebbe, con inversione dell'onere della prova, in una sorta di probatio diabolica che contrasterebbe con l'esigenza organizzativa e giuridica di assicurare senz'altro e per tutti il rispetto delle indicate regole, di rilevanza costituzionale, sul pubblico concorso». Pertanto, non si rende necessario accertare in concreto l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione, in quanto è sufficiente «la mera, astratta possibilità dell'avverarsi di tale evenienza».

L'amministrazione (*in primis* la commissione di concorso, ma anche gli altri soggetti che partecipano alla valutazione) deve osservare regole vincolanti che ne tipizzano il comportamento, imponendo una serie minuziosa di cautele e accorgimenti prudenziali, che si spiegano sul presupposto della qualificazione della garanzia dell'effettività dell'anonimato quale elemento costitutivo dell'interesse pubblico a che sia assicurata la piena trasparenza di ogni procedura pubblica selettiva.

Il principio affermato dall'Adunanza plenaria del 2013, in ordine al carattere presuntivo e astratto delle ipotesi di violazione della regola dell'anonimato delle prove scritte da parte della commissione giudicatrice, per le conseguenze che possono conseguire sulla correttezza del successivo percorso valutativo dei candidati, trova conferma in numerose sentenze degli anni successivi⁴², dove si fa riferimento ad un quadro molto articolato di situazioni e comportamenti censurabili⁴³.

Chiaramente, molti di questi casi fanno riferimento a prove concorsuali nelle quali

ordinarie modalità di estrinsecazione del pensiero e di elaborazione dello stesso in forma scritta» (Cons. St., V, 11 gennaio 2013, n. 102; v. anche Cons. St., IV, 12 novembre 2015, n. 5137): altrimenti qualsivoglia scritto aggiunto o alterato nel testo andrebbe considerato sufficiente ad identificare l'autore. Ciò non toglie che i concorrenti debbano conformare attentamente la propria condotta nel corso dello svolgimento delle prove alle disposizioni che disciplinano la procedura: «si richiedono, quindi, da parte degli stessi, azioni positive, tutte improntate a prevenire ogni possibile vulnus alla garanzia di anonimato delle prove scritte, che, ove violata, viene ad incidere, con effetto invalidante della prova, sulla fase del giudizio valutativo che deve intervenire su un elaborato in alcun modo riconducibile al suo autore» (Cons. St., III, 26 maggio 2014, n. 2687).

⁴¹ In particolare, nelle sentenze dell'Adunanza plenaria vengono richiamati i contenuti di Cons. St., VI, 6 aprile 2010, n. 1928, Cons. St., II, par. 17 gennaio 2011, n. 213, Cons. St., VI, 11 luglio 2013, n. 3747.

⁴² Si possono citare, ad esempio: Cons. St., VI, 5 gennaio 2015, n. 15; CGARS, 20 aprile 2015, n. 330; Cons. St., IV, 28 settembre 2018, n. 5571; Cons. St., IV, 21 ottobre 2019, n. 7152; Tar Lazio, Roma, III bis, 29 novembre 2019, n. 13721; Tar Lazio, Roma, II quater, 18 febbraio 2021, n. 2023.

⁴³ È una casistica molto varia, che comprende situazioni quali: presenza di buste con l'elaborato aperte, ordine alfabetico nella consegna, ritiro e conservazione dei test, anomalie nell'apposizione delle firme dei commissari sui plichi, non utilizzazione dei plichi previsti dalle norme per l'inserimento degli elaborati e delle schede anagrafiche, apposizione degli stessi codici su schede dei test e schede anagrafiche consentendo alla commissione o a correttori esterni di abbinare nomi e compiti prima o durante la correzione e, quindi, di manipolare i risultati, e così via.

si richiede la stesura di elaborati originali (temi). Di qui il dubbio, emerso già in passato ma riproposto in alcune decisioni degli scorsi anni, soprattutto di giudici di prime cure⁴⁴, sull'applicabilità dei criteri sopra ricordati a prove consistenti in questionari a risposta multipla (quiz), con modalità di correzione completamente automatizzata: in questo secondo caso, a differenza del primo (nel quale il favoritismo nei confronti di un candidato noto può esprimersi con un giudizio insindacabile nel merito), l'esito, oggettivamente verificabile *ex post*, potrebbe essere alterato solo grazie a vere e proprie falsificazioni, attraverso una manipolazione delle schede.

In realtà, la questione era stata presa in considerazione nelle sentenze sopra ricordate dell'Adunanza plenaria del 2013, dove comunque si confermava il valore del principio dell'anonimato, pur dovendosene adattare le modalità di verifica alle caratteristiche delle prove.

Il tema, comunque, merita senz'altro un'attenta riflessione, ed è destinato in prospettiva ad acquisire un rilievo sempre maggiore e connotazioni differenti rispetto al passato, anche in considerazione della nuova configurazione delle procedure selettive introdotta dai più recenti provvedimenti legislativi, i quali danno spazio all'utilizzo della tecnologia informatica e digitale, che sembra destinata d'ora in avanti a divenire lo strumento ordinario di svolgimento delle prove concorsuali. Questa indicazione risulta già presente in alcune disposizioni contenute nei decreti del 2020 con i quali si è data risposta ai problemi posti dalla pandemia da Covid-19 (il riferimento è, in particolare, agli artt. 247-249 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito dalla l. 17 luglio 2020, n. 77) e risulta confermata e rafforzata – come modalità da applicare a regime, al di là della fase emergenziale – dalle previsioni dell'art. 10, co. 1, lett. b), del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, convertito dalla l. 28 maggio 2021, n. 76 e, da ultimo, dell'art. 3, co. 1, del d.l. 30 aprile 2022, n. 36, che ha introdotto l'art. 35 *quater* nel d.l. n. 165/2001.

Come è evidente, alla luce delle importanti innovazioni introdotte nelle tecniche di reclutamento del personale i problemi relativi alla garanzia del rispetto dell'anonimato e, più in generale, della prevenzione di forme di corruzione nei concorsi si presenteranno nel prossimo futuro in forme e con caratteristiche notevolmente diverse rispetto a quelle conosciute finora, e richiederanno l'individuazione e l'applicazione di tecniche e mezzi di contrasto ai comportamenti patologici del tutto originali rispetto a quelli utilizzati finora.

6. Conclusioni

Come si è tentato di mostrare nelle pagine precedenti, non mancano nella normativa elementi – sia pure parziali e disorganici – che testimoniano l'attenzione del legislatore per la conformazione della disciplina sui concorsi pubblici all'esigenza di prevenire i fenomeni corruttivi; e, di certo, non si può rimproverare al giudice amministrativo (così

⁴⁴ Tar Lazio, Roma, III, 9 ottobre 2017, nn. 10129 e 10130; Tar Lazio, Roma, III, 2 novembre 2017, n. 10925; Tar Lazio, Roma, III, 22 gennaio 2018, n. 738; Tar Lazio, Roma, III, 27 settembre 2018, n. 9591. Ma nello stesso senso v. anche Cons. St., ord. 22 gennaio 2018, n. 304.

come all'autorità anticorruzione) di non aver fornito un significativo contributo all'interpretazione e alla specificazione delle prescrizioni legislative.

Indubbiamente, le norme meriterebbero di essere migliorate e aggiornate (anche per metterle in sintonia, come accennato, con le importanti novità intervenute negli ultimi anni in ordine ai criteri, alle modalità e alle tecniche di reclutamento del personale): ma le criticità, per quanto si riferisce al tema qui affrontato, non interessano tanto il versante delle regole, quanto quello della loro attuazione ed applicazione da parte delle amministrazioni, e quello dei comportamenti di quanti sono chiamati ad operare e ad assumere decisioni in questo settore: come spesso avviene, i problemi principali (e più difficili da affrontare) riguardano la qualità professionale, la cultura istituzionale e l'etica dei funzionari pubblici e di quanti sono chiamati a contribuire all'azione delle pubbliche amministrazioni (come, nel nostro caso, i componenti delle commissioni giudicatrici).

Quindi, nella materia della quale ci si è occupati sembrerebbe esserci soprattutto un problema di corruzione "soggettiva", mentre resterebbe sullo sfondo il tema della corruzione "oggettiva"⁴⁵. Occorre, però, considerare se e in che misura la cattiva (inefficiente e/o scorretta) gestione dei concorsi da parte dei soggetti responsabili sia consentita, o addirittura favorita dal malfunzionamento delle strutture e delle procedure amministrative: errori, lacune o scelte discutibili nella programmazione (dai piani anticorruzione a quelli assunzionali), farraginosità dei procedimenti selettivi, limiti nell'utilizzazione delle tecnologie, carenze dei controlli, ecc.

In realtà, sembra di poter affermare che in questo, come in molti altri ambiti, corruzione soggettiva e oggettiva non si manifestano distintamente o alternativamente, ma tendono, invece, a convergere e ad alimentarsi reciprocamente: occorre, di conseguenza, approntare strategie e dotarsi di strumenti che consentano di affrontarle insieme.

⁴⁵ La distinzione fra i due tipi di corruzione si deve a M. D'Alberti, *Corruzione "soggettiva" e "oggettiva"*, in M. D'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 13 ss.; l'autore è, poi, tornato più volte sul tema nei suoi scritti successivi, fino ai più recenti (quelli citati nella nota 2).

Chi comanda nell'amministrazione?

La funzione poco normata dei capi dei gabinetti

Guido Melis

Sommario: 1. Nascita ed evoluzione dei gabinetti ministeriali. – 2. Una ricerca recente sui gabinetti ministeriali. – 3. Capi di gabinetto “di lungo corso”: alcuni casi. – 4. Identikit, luci e ombre del capo di gabinetto. – 5. Presente e futuro dei gabinetti.

1. Nascita ed evoluzione dei gabinetti ministeriali

Questo saggio altro non vuole essere che un primo bilancio sulle ricerche in corso circa i gabinetti ministeriali nella storia dello Stato italiano.

Non esiste in Italia una ricostruzione complessiva del tema. Pochi, e comunque circoscritti a brevi periodi storici (per lo più recenti), gli studi generali¹. Rare le bio-

¹ G.P. Storchi, *Materiali per un'analisi del ruolo politico del Consiglio di Stato. Gli incarichi esterni dei magistrati amministrativi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1977, 2, p. 536 ss.; G. D'Auria, *Dati sulla durata in carica dei capi-gabinetto, capi degli uffici legislativi e direttori generali dei ministeri*, ibidem, 1981, p. 191 ss.; A. Taradel, *Alle origini del coordinamento dei ministeri: la figura del segretario generale*, in *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di G. Amato, G. Marongiu, Bologna, il Mulino, 1982, p. 173 ss.; A. Agosta, C. Piccardi, *I gabinetti ministeriali*, in *Le relazioni tra amministrazioni e partiti*, a cura di A. Panebianco, Milano, Giuffrè, 1988, p. 73 ss.; B.G. Mattarella, *Il ruolo degli uffici legislativi dei ministeri nella produzione normativa*, in *Nomos*, 1993, 4, p. 118 ss.; *Sistema Italia*, in *Terziaria*, XI, 1 marzo 1995, p. 9 ss.; S. Sepe, *Alcune osservazioni sui responsabili degli uffici di gabinetto e degli uffici legislativi nei ministeri nel periodo 1979-1994*, in M. Villone, A. Zuliani (a cura di), *L'attività del Governo della Repubblica italiana (1948-1994)*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 427 ss.; F. Rugge, *Administrering the Summit: the Italian Case*, in Institut International Des Sciences Administratives, *L'entourage administratif du pouvoir executive*, *Cahier d'Histoire de l'Administration*, 5, 1998, p. 217 ss.; G. Vetrutto, *Gabinetti e uffici legislativi ministeriali tra storia e dato normativo*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2000, 1, p. 122 ss.; I. Portelli, *In tema di nomine esterne all'alta burocrazia e alla direzione degli uffici di diretta amministrazione*, in *Amministrazione pubblica*, 2002, 23-24, p. 97 ss.; S. Sele, G. Vetrutto (a cura di), *Le stanze del potere. I Gabinetti dei Ministeri nell'età della transizione (1979-2006)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006 (con un'utile appendice su *Capi di gabinetto e Capi Ufficio legislativo dei ministeri (1979-2006)*); S. Battini, *Gli uffici di staff dei ministri: diversi ma uguali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, p. 671 ss.; B. Cimino, *Gli uffici di diretta collaborazione nella Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 677 ss.; D. Bevilacqua, C. Notarnuzi, *Gli uffici di diretta collaborazione nel Ministero dell'interno*, cit., p. 711 ss.; L. Fiorentino, V. Milani, *Gli uffici di diretta collaborazione nel Ministero dell'economia e finanze*, cit., p. 727 ss.; C. Martini, *Gli uffici di diretta collaborazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*, cit., p.

grafie. Incerti i dati statistici. Inespolate le prassi concrete. Ignoto il funzionamento reale.

Fu con la Repubblica democratica che i gabinetti assunsero rilievo autonomo, sia per il numero di addetti, sia per le funzioni. Ciò per ragioni connesse al formarsi (e poi all'entrare in crisi) del cosiddetto "Stato dei partiti": in particolare per ovviare all'estraneità, rispetto al personale politico di governo "nuovo", di una burocrazia di Stato rimasta "vecchia". Non potendosi affidare ai direttori generali sopravvissuti al regime, il ceto politico si rivolse ai grandi corpi dello Stato (Consiglio di Stato, Corte dei conti, Avvocatura generale dello Stato) e da questi serbatoi di esperienza e di cultura giuridica trasse i suoi collaboratori. I gabinetti così formati, forti del prestigio di chi ne era a capo, furono come i moli protesi verso il mare sconosciuto e potenzialmente ostile rappresentato dalla burocrazia dei ministeri. Nasceva un modello definibile come «guida dell'amministrazione per tramite dei gabinetti».

Il modello sarebbe durato a lungo, sino ai nostri giorni. Conoscendo due sole cesure: la prima negli anni dell'avvento del centro-sinistra, la seconda nel passaggio dalla cosiddetta prima alla cosiddetta seconda Repubblica.

Nel primo caso il corpo unitario dei "gabinettisti", ferma la sua comune estrazione dai grandi corpi citati, tese a differenziarsi secondo affinità politiche, sicché da allora in poi si potrebbero individuare tra i collaboratori dei vari governi una componente legata alla Democrazia cristiana (e alle sue correnti) e una al Partito socialista, con l'aggiunta di uomini prossimi ai partiti minori. Ciò non esclude mai, peraltro, anche la presenza di capi di gabinetto meno schierati politicamente, utilizzati anzi proprio in virtù di questa loro "neutralità".

Il secondo caso data invece alla metà degli anni Novanta e coincise coi governi dell'alternanza *post* 1994. Anche allora le provenienze restarono quelle tradizionali, ma le nomine seguirono criteri più marcatamente ispirati alla politica.

Difficile dire quanto, nel corso della storia d'Italia, abbiano contato i gabinetti. Pochissimo in età liberale, poco durante il fascismo, molto – ma con variazioni – nell'esperienza repubblicana. Governi in genere brevi, come quelli che si sono succeduti dal dopoguerra a oggi, hanno avuto bisogno di appoggiarsi a capi di gabinetto di lungo corso, capaci di garantire, con la loro presenza continuativa, la conoscenza e la memoria dell'amministrazione. Se c'è un filo rosso che ha unito gli apparati ministeriali al di là delle variazioni dei governi questo è stato rappresentato dai capi di gabinetto.

Ma quale fu la reale influenza di questa che si può considerare una vera e propria élite della Repubblica? Fu limitata, come del resto prescrivono le poche norme, all'esecuzione delle direttive del ministro, in un quadro di limpida collaborazione nella quale i ruoli restarono nettamente definiti? Oppure sfociò di fatto in una partecipazione attiva alla gestione, persino in certi casi rappresentò una supplenza? Per rispondere a queste domande (che investono in definitiva la stessa forma di governo) non basta cen-

749 ss.; F. Di Mascio, A. Natalini, *Analyzing the role of ministerial cabinets in Italy: legacy and temporality in the study of administrative reforms*, in *International Review of Administrative Sciences*, 79, 2013, p. 328 ss.; G. Melis, A. Natalini, *Nascita, ascesa (e declino?) dei gabinetti ministeriali (1861-2018)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2020, 3, p. 639 ss.

sire i capi di gabinetto, esaminandone formazione, reclutamento, cultura di base, carriera. Tutto ciò è molto importante, ma costituisce una premessa per poi esaminare l'azione concreta, quella che traspare negli atti e quella, assai più consistente e spesso inaccessibile, che si cela nelle prassi.

2. Una ricerca recente sui gabinetti ministeriali

La Tabella che segue è tratta dalla recente ricerca IRPA, poi ICAR- Archivio centrale dello Stato- Società per gli studi di storia delle istituzioni, condotta negli anni 2015-2018 su "I gabinetti ministeriali 1861-2018"². Presenta uno dei tanti aspetti di quell'indagine, quello relativo alla lunga durata di alcuni capi di gabinetto nella storia d'Italia.

*Tabella dei capi di gabinetto e capi degli uffici legislativi nell'Italia repubblicana. Ruolo, Giorni di incarico, numero degli incarichi ricoperti, Governi di appartenenza, ministeri in cui si è prestato l'incarico. Primi otto per lunghezza di incarichi*³.

² La ricerca, diretta da me e da Alessandro Natalini, ha avuto per oggetto sia i capi di gabinetto, sia quelli degli uffici legislativi, sia – da quando esistettero – i responsabili degli uffici stampa o della comunicazione. I risultati, compresa la tabella in parte riportata di seguito, sono già in parte pubblicati nel sito dell'Icar <http://www.icar.beniculturali.it/>, ove cfr.: la banca dati informatizzata sui capi di gabinetto e capi degli uffici legislativi; le schede dei nomi censiti; una scelta più ridotta di biografie lunghe; il *Report* finale riassuntivo, corredato di una corposa appendice di tabelle; due docufilm, *L'ombra del potere. I gabinetti e gli uffici legislativi dei Ministeri*, (https://www.youtube.com/watch?v=pVBY_yHbrYY) e *Dentro la macchina. I meccanismi segreti del potere*, entrambi per la cura di A. Harja. Nello stesso sito Icar, sezione «Ti racconto la storia. Portale di storie di vita ed altri documenti sonori e audiovisivi», sono già visibili 35 interviste di circa un'ora e mezza ciascuna rese da altrettanti protagonisti e testimoni; altre 5 interviste si possono vedere nel sito Archivio centrale dello Stato, Aset (in rete. Le due serie saranno indicate di seguito con le abbreviazioni *Ricerca Icar* e *Acs, Aset*). Una prima valutazione di questo materiale visivo in A. Harja, *Raccontare in video le istituzioni: una ricerca sui gabinetti ministeriali*, in *Le Carte e la Storia*, 2016, 1, p. 179 ss.; raccoglie le biografie lunghe G. Melis, G. Tosatti (a cura di), *Il potere opaco. I gabinetti ministeriali nella storia d'Italia*, Bologna, il Mulino, 2020. L'intera ricerca è illustrata in G. Melis, A. Natalini, *Nascita, ascesa (e declino?) dei gabinetti ministeriali*, cit. Tra i primi lavori basati sui dati della ricerca cfr. specialmente F. Di Mascio, A. Natalini, *Analysing the role of ministerial cabinets in Italy: Legacy and temporality in the study of administrative reform*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2, 2013, p. 328 ss.; Id., *Ministerial advisers between political change and institutional legacy: The Case of Italy*, in *Acta Politica*, 2016, p. 517 ss. Ringrazio in particolare Alessandro Natalini per la lettura di questo saggio e le sue preziose osservazioni, ma ancor più per avermi consentito di utilizzare seppure parzialmente i risultati di una ricerca che abbiamo ideato, diretto e condotto insieme, come insieme stiamo lavorando alla pubblicazione di un imminente volume sul tema dei gabinetti ministeriali nelle edizioni del Mulino.

³ <http://www.icar.beniculturali.it/>, d'ora in poi citato come *Ricerca Icar*. Ove la Tabella, qui ridotta ai primi otto nomi, nella versione integrale.

<i>Gabinetto/ Legislativo</i>	<i>Ruolo</i>	<i>Giorni di incarico</i>	<i>Numero incarichi</i>	<i>Governi</i>	<i>Ministeri</i>
Tamiozzo Raffaele	Avvocato dello Stato	9986	18	Amato I, Amato II, Andreotti VI, Andreotti VII, Berlusconi I, Berlusconi II, Berlusconi III, Berlusconi IV, Craxi I, Craxi II, D'Alema I, D'Alema II, Dini, Fanfani VI, Gorla, Monti, Prodi I, Prodi II	Affari Sociali, Beni culturali e ambientali, Comunicazioni, Salute, Sanità, Trasporti, Welfare
Scarcella Sebastiano	Magistrato amministrativo	8708	25		Commercio con l'estero, Pubblica Istru- zione, Tesoro
Napolitano Mario	Magistrato amministrativo	7363	18	Andreotti II, Andreotti III, Andreotti IV, Andreotti VI, Andreotti VII, Cossiga I, Craxi I, Craxi II, De Mita, Fanfani VI, Gorla, Leone II, Moro I, Moro II, Moro III, Rumor I, Rumor IV, Rumor V	Commercio con l'estero, Finanze, Lavoro e previdenza so- ciale, Marina Mercantile, Poste e teleco- municazioni, Trasporti
Leoni Beniamino	Magistrato ordinario	7346	17	Colombo, De Gasperi VI, De Gasperi VII, Fanfani II, Fanfani III, Fanfani IV, Leone II, Moro I, Moro II, Moro III, Pella, Rumor III, Scelba, Segni I, Segni II, Tambro- ni, Zoli	Presidenza del Consiglio dei ministri
Calabrò Corrado	Magistrato amministrativo	7125	20	Amato I, Andreotti III, Andreotti IV, Andreotti VI, Andreotti VII, Berlusconi I, Ciampi, Cossiga I, Cossiga II, Craxi I, Craxi II, D'Alema II, Dini, Fanfani	Agricoltura e foreste, Bilancio e pro- grammazione economica, Industria com- mercio e artigia- nato, Interventi straordinari nel

segue

<i>Gabinetto/ Legislativo</i>	<i>Ruolo</i>	<i>Giorni di incarico</i>	<i>Numero incarichi</i>	<i>Governi</i>	<i>Ministeri</i>
				V, Fanfani VI, Go- ria, Moro V, Spa- dolini I, Spadolini II	mezzogiorno, Marina Mercanti- le, Politiche Co- munitarie, Poste e telecomunica- zioni, Pubblica Istruzione, Riforme, Sanità, Tesoro
Fortunato Vincenzo	Magistrato amministrativo	6927	11	Amato II, Berlus- coni I, Berlusconi II, Berlusconi III, Berlusconi IV, D'Alema I, D'Alema II, Dini, Monti, Prodi I, Prodi II	Economia, Finanze, Infrastrutture
Anelli Carlo	Magistrato amministrativo	6797	18	Andreotti I, Andreotti II, Andreotti III, Andreotti IV, Colombo, Craxi I, Fanfani IV, Moro I, Moro II, Moro IV, Moro V, Rumor I, Rumor II, Rumor III, Rumor IV, Rumor V, Segni II	Finanze, Pubblica Istru- zione, Rapporti con il parlamen- to, Sanità, Tesoro, Traspor- ti
Tallarida Antonio	Avvocato dello Stato	6612	12	Amato I, Amato II, Andreotti VI, Andreotti VII, Berlusconi II, Berlusconi III, Ciampi, D'Alema I, D'Alema II, Dini, Prodi I, Prodi II	Affari Regionali, Agricoltura e foreste, Com- mercio con l'estero, Immi- grazione, Politi- che Comunitarie, Turismo e spet- tacolo, Universi- tà

I dati così raccolti documentano tre aspetti fondamentali del fenomeno del cosiddetto “gabinettismo” nell’età repubblicana:

1. La continuità. Tanto più significativa perché in contrasto con la caducità invece dei governi (Sabino Cassese ha calcolato che gli esecutivi nella storia d’Italia abbiano durato – fascismo escluso – una media di un anno e pochi mesi ciascuno)⁴.

⁴ S. Cassese, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, Donzelli,

2. La provenienza. Tratti dalle *pépinières* tradizionali del Consiglio di Stato, Corte dei conti, Avvocatura generale dello Stato (con l'eccezione non trascurabile, però, dei ministeri dell'Interno, della Difesa, degli Affari esteri, della Giustizia, nei quali sono invece stati reclutati di norma dalle rispettive amministrazioni), sono quasi sempre «generalisti», capaci di padroneggiare la funzione in qualunque contesto ministeriale⁵.

3. La natura fiduciaria dell'incarico, fondata sul rapporto personale con determinati ministri. Se si rapportano i dati della Tabella alle schede biografiche prodotte dalla ricerca (qui non pubblicate), ci si avvede che in molti casi i capi gabinetto sono collegati a un particolare ministro, i cui trasferimenti da un dicastero all'altro seguono continuamente. Esempi di questo legame personale si trovano alla Presidenza del Consiglio nei primi governi Moro 1963-1968 (la triade Manzari-Leoni-Calabrò), nei ministeri guidati da Remo Gaspari (Uccellatore-Quaranta-Iannotta, poi anche De Lise), nel caso del legame creatosi tra il ministro Bisaglia e Paolo Salvatore, in quello del rapporto tra Riccardo Misasi e Ugo Niutta⁶, ecc.

3. Capi di gabinetto “di lungo corso”: alcuni casi

In testa alla “classifica” riportata nella Tabella figurano Raffaele Tamiozzo, Sebastiano Scarcella, Mario Napolitano, Beniamino Leoni, Corrado Calabrò, tutti tra i 7 mila e oltre i 9 mila giorni di permanenza in carica. Seguono, con oltre 6 mila giorni, Vincenzo Fortunato, Carlo Anelli e Antonio Tallarida. Nell'impossibilità di ripercorrere le biografie di tutti i censiti (per i quali si rimanda ai materiali della ricerca), sarà sufficiente soffermarsi sul percorso di queste otto eminenti personalità, le più presenti in assoluto ai vertici dei gabinetti ministeriali nell'arco del periodo repubblicano.

Tamiozzo, nato ad Ampezzo nel 1941, laureato in giurisprudenza nel 1963, entra nel 1965 per concorso nel Ministero della pubblica istruzione, dove compie il suo ap-

1998, specie p. 63 ss., dove l'autore parla di «governi transeunti», rapportandone gli effetti non tanto (o non sempre) a una instabilità di classi di governo, giacché spesso si tratta di una turnazione tra leader dei medesimi partiti, ma di indirizzi e soprattutto di guida dell'amministrazione. Il tema è stato poi ripreso dallo stesso Cassese in numerose altre occasioni: fondamentale *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2014.

⁵ Per riflesso, la scomparsa dei dirigenti «generalisti» dagli organici dell'amministrazione italiana rappresenta, anche comparativamente con altri Paesi, uno dei principali difetti del sistema. Nell'età liberale e poi durante il fascismo (più per forza d'inerzia che per consapevole iniziativa del regime) le figure dei grandi direttori generali ebbero una loro rilevante presenza, specialmente in alcuni ministeri-chiave quali ad esempio quello dell'Interno. Successivamente si sono prodotti processi di restrizione in parte motivati dalle esigenze specialistiche delle amministrazioni stesse, in parte dalla emarginazione di «culture» prima presenti nei processi formativi e poi via via abbandonate. In pratica, ad eccezione dei prefetti, la cui competenza a carattere generale ha agito nel senso di perpetuare una formazione adeguata, l'amministrazione è rimasta priva di «generalisti», con la conseguenza di dover fare ricorso ai corpi esterni (principalmente ai consiglieri di Stato): il che spiega anche l'escalation dei gabinetti come motori chiave delle attività ministeriali.

⁶ Secondo Pasquale De Lise (*Acs, Aset*, intervista 28 novembre 2014) «il rapporto di fiducia è alla base del rapporto di collaborazione». Sulla familiarità con Gaspari (sino all'abitudine di andare la sera a cena insieme alle rispettive consorti, esse stesse divenute amiche) cfr. la testimonianza di Alfonso Quaranta (*Acs, Aset*, intervista 12 maggio 2014).

prendistato amministrativo. Nel 1968 già supera il concorso per procuratore; e tre anni dopo, brillantemente, quello per l'Avvocatura dello Stato. Sarà, dal 1983 al 1987 ininterrottamente capo di gabinetto ai Beni culturali: 25 incarichi in carriera tra la guida dei gabinetti e degli uffici legislativi (9.986 giorni). Ricorda d'essere stato designato per la prima volta su suggerimento e presentazione dell'avvocato generale Giuseppe Manzari, al quale il ministro Gullotti si era rivolto per avere un nome affidabile. L'ingresso nella élite dei capi degli uffici di collaborazione sarebbe dunque avvenuto anche nel suo caso (come in tutti gli altri) per cooptazione (diverso il caso dei sottosegretari, che di norma non scelgono i loro diretti collaboratori), ma questa non direttamente operata dal ministro su criteri politici bensì intermediata da una personalità autorevole dell'élite amministrativa di governo (Manzari, lo si è già citato, era stato lo storico capo di gabinetto di Moro sin dal governo Moro I del 1963-64). È questo un dato che si riscontra in molti altri casi; specie se il ministro è alle sue prime prove e non conosce bene l'amministrazione, è per lui naturale rivolgersi o ai colleghi di governo più esperti oppure (ed è questo il caso più frequente) ai capi di quelle magistrature che abbiamo definito *pépinières de grands commis*: i quali, forse seguendo anche una qualche turnazione tra i loro colleghi più giovani⁷, suggeriscono i nomi o, come talvolta capita, le rose di nomi sulle quali scegliere⁸.

Scarcella (25 incarichi di capo di gabinetto, complessivamente 8798 giorni, il secondo classificato nella Tabella) appartiene a una generazione precedente a quella di Tamiozzo. Nato a San Giovanni Rotondo nel 1925, consigliere di Stato dal 1969, presidente di sezione dal 1981, i suoi pur numerosissimi incarichi si circoscrivono a tre ministeri: Commercio estero, Pubblica istruzione e Tesoro.

Mario Napolitano (Castellamare di Stabia 1923), entra a Palazzo Spada nel 1967, è presidente di sezione nel 1978: è preposto alla guida dei gabinetti del Commercio estero, delle Finanze, del Lavoro, della Marina mercantile, delle Poste e Trasporti. Appartiene dunque alla categoria dei capi di gabinetto *bons-à-tout-faire*.

Beniamino Leoni, pugliese, è principalmente legato ad Aldo Moro, nei cui gabinetti occupa stabilmente la guida dell'Ufficio legislativo della Presidenza, in perfetta siner-

⁷ Cfr. in *Ricerca Icar* l'intervista a Raffaele Tamiozzo, 4 dicembre 2015; la stessa prassi (la presentazione questa volta è di un consigliere di Stato più anziano e molto influente, Franco Piga) vale per il primo incarico ai Lavori pubblici di Pasquale De Lise (*Acs, Aset*, intervista cit.); nel caso di Alfonso Quaranta (1968, primo incarico all'ufficio legislativo del Ministero dei trasporti con il ministro Gaspari) il tramite è il capo di gabinetto Uccellatore (conosciuto dal più giovane collega al Consiglio di Stato). Ugualmente sarà Quaranta, divenuto a sua volta capo di gabinetto, a «reclutare» al legislativo Raffaele Iannotta (cfr. *Acs, Aset*, intervista Alfonso Quaranta cit.) e poi De Lise. Un episodio particolare riguarda la «coppia» Sergio Ristuccia-Andrea Manzella nel Governo Forlani 1980-82 (dicastero il Tesoro, ministro Nino Andreatta). Capita che Manzella, appena entrato in Consiglio di Stato, non possa essere posto fuori ruolo per assumere la funzione più assorbente di capo di gabinetto; l'espedito adottato è allora quello di nominarlo alla guida dell'Ufficio legislativo, lasciando formalmente all'amico Ristuccia la carica più impegnativa (ma nell'intesa che i due agiranno di conserva: cfr. *Ricerca Icar*, intervista Andrea Manzella, 3 febbraio 2017).

⁸ Un caso particolare è quello di Franco Bassanini, capo di gabinetto nel Ministero delle regioni, 1973-74: il ministro De Toros chiese e ottenne il nome da tre dei leaders della fase costituente di altrettante Regioni: Bassetti, Fanti e Lagorio (il che superò le obiezioni del capo di gabinetto alla Presidenza Franco Piga: cfr. *Ricerca Icar*, intervista Franco Bassanini, 20 novembre 2017).

gia con Giuseppe Manzari (Bari, 1918)⁹, e in stretta collaborazione con il giovane Corrado Calabrò (Reggio Calabria, 1935, vicecapo di gabinetto, titolare via via di deleghe sempre più importanti come responsabile della segreteria tecnico-giuridica)¹⁰. Già presidente di alcune delle commissioni di riforma dell'amministrazione degli anni Cinquanta, Leoni rappresenta un caso anomalo: è di provenienza un magistrato ordinario e sarà sempre impegnato nella sola Presidenza del consiglio: nei governi Moro I, II e III, ma anche – precedentemente – due volte con De Gasperi, tre con Fanfani, due con Segni, una rispettivamente con Pella, Leone, Scelba, Colombo, Rumor, Tambroni, Zoli. Di lui si ricorderà che non volle mai assumere, sebbene invitato, il ruolo di capo di gabinetto, ritenendolo inadatto alle sue competenze eminentemente giuridiche.

Segue nella Tabella il già menzionato Calabrò: 19 governi, 11 ministeri diversi, una carriera lunghissima che si protrae dal 1963 sino agli anni Duemila, sia negli uffici di collaborazione che in altri prestigiosi incarichi. Di sé dirà – nell'intervista rilasciata per la ricerca citata –: «Ad ogni cambio di governo avevo più proposte da più ministri. Allora sceglievo. Ponendo una condizione: nessun atto doveva essere firmato dal ministro senza che io lo avessi visionato e siglato»¹¹. Poter scegliere era forse una facoltà non comune a tutti i futuri capi di gabinetto: quando però la si poteva esercitare è evidente che ne veniva investito lo stesso rapporto tra il dante causa e il beneficiario, conferendo a quest'ultimo una autorevolezza e magari un'autonomia più spiccata¹².

Vincenzo Fortunato, magistrato amministrativo, figlio d'arte essendo stato il padre Pietro influente capo di gabinetto al Bilancio, Finanze, Presidenza del consiglio e Teso-

⁹ Su Manzari cfr. il profilo biografico di Alessandro Hobel, in *Il potere opaco*, cit., p. 194 ss. Su Leoni cfr. S. Dondi, *Beniamino Leoni e le origini dell'Ufficio legislativo della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Le Carte e la Storia*, XXVII, 2021, 2, p. 25 ss.

¹⁰ Di Calabrò cfr. nella *Ricerca Icar*, l'intervista 3 giugno 2015.

¹¹ *Ibidem*. Laureatosi in giurisprudenza nel 1957, è magistrato alla Corte dei conti, poi dal 1968 al 2008 al Consiglio di Stato (presidente di sezione dal 1976, presidente del Tar Lazio dal 2001). Oltre all'opera prestata nei governi Moro degli anni Sessanta sono da menzionare gli incarichi di capo di gabinetto al Bilancio, Mezzogiorno, Sanità, Industria, Agricoltura, Marina mercantile, Poste e telecomunicazioni, Pubblica istruzione e università, Politiche comunitarie e Riforme istituzionali (oltre a quelli di consigliere giuridico del Ministero degli esteri dal 1969 al 1972 e in tempi diversi di capo del Legislativo al Bilancio e al Tesoro). Presidente sino al 2012 della Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, Calabrò ha anche avuto successo come poeta e letterato, attività – dichiara egli stesso nell'intervista – che in niente si connette alla sua lunga permanenza nelle istituzioni ma che tuttavia concorre a tratteggiare la sua non banale personalità. Sulla stessa linea Antonio Cacialà (*Ricerca Icar*, intervista 25 giugno 2015) dice: «mi sono sempre riservato di fare una scelta».

¹² Il caso più macroscopico di un capo di gabinetto suggeritore privilegiato di ministri e di presidenti del Consiglio è forse quello di Franco Piga (Roma, 1927-Cortina d'Ampezzo, 1990). Figlio di Emanuele, eminente giudice di Cassazione partecipe attivo delle commissioni di riforma dell'età costituente (e dal 1953 anche giudice costituzionale – sebbene i ritardi nella inaugurazione dell'organo ne avessero di fatto impedito l'esercizio della funzione), Franco Piga a soli 31 anni è già presidente di sezione del Consiglio di Stato. Egli stesso «gabinettista» (con Lami Starnuti all'Industria, con Natali alla Marina mercantile), è dal 1969 capo di gabinetto alla Presidenza del consiglio, prima con Rumor, poi con Colombo. Dal 1971 al 1980 presiede il Crediop, dal 1984 al 1990 la Consob. Nel 1987 ministro dell'Industria nel breve governo Fanfani VI; poi, eletto deputato della Dc, opta per restare alla Consob. Ministro delle Partecipazioni statali nel 1990 (governo Andreotti), muore all'improvviso alla fine di quell'anno. Giurista finissimo, legato in più modi alla politica, rappresenta certamente una delle figure di maggior spicco tra coloro che operarono negli uffici di diretta collaborazione governativa. Su di lui cfr. il profilo tracciato da Giuseppe De Luca in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, vol. 83, 2015 *ad vocem*.

ro, sempre accanto a Emilio Colombo, assomma 6.927 giorni, 11 governi (tra i quali quelli di Berlusconi, quando Vincenzo Fortunato è il collaboratore chiave di Giulio Tremonti; ma anche l'Amato II, i due governi Prodi e i due D'Alema). Sempre, salvo una parentesi alle Infrastrutture, nel dicastero dell'Economia, Finanze (nel corso delle varie trasformazioni sino all'attuale assetto come Mef)¹³.

Carlo Anelli, anch'egli consigliere di Stato, mette insieme 6.797 giorni in 17 diversi governi (tra i quali le serie ininterrotte dei primi cinque esecutivi Moro e dei primi cinque Rumor), ma spazia in un ventaglio di materie più ampio e articolato: uffici legislativi della Sanità, dei Trasporti e della Pubblica istruzione, poi del Tesoro con Tambroni; capo di gabinetto al Tesoro, alle Finanze (diverse volte), ai Rapporti col parlamento¹⁴.

Infine Antonio Tallarida, proveniente dall'Avvocatura dello Stato, con 6.612 giorni, 12 governi, 7 diversi ministeri: Affari regionali, Politiche agricole alimentari e forestali, Commercio con l'estero, Immigrazione, Politiche comunitarie, Turismo e spettacolo, Università e ricerca scientifica¹⁵.

Un dato accomuna due delle ultime figure prese in esame, quelle di Fortunato e di Tallarida: entrambe le loro esperienze cadono negli anni di cerniera tra la cosiddetta prima e la seconda Repubblica; entrambe ricoprono la funzione di capo di gabinetto (o del legislativo) indifferentemente con governi di centro-destra e di centro-sinistra: elemento, quest'ultimo, da tenere presente, perché segna un'eccezione rispetto a quella che si configura come un'ulteriore linea di confine. Non sempre infatti – e si anticipa così una delle conclusioni di questa breve riflessione – quella ideologia della neutralità amministrativa propria della prima generazione dei capi di gabinetto repubblicani (il servitore dello Stato immune da simpatie politiche) transita nella seconda generazione, impegnata nei governi espressi dal sistema dell'alternanza. Della concezione neutrale (appartenente specialmente alla generazione più anziana) sono presenti tracce in molte delle interviste: per tutte in quella di Alfonso Quaranta, il quale distingue con nettezza i diversi ruoli del ministro (politico e di indirizzo) e del capo di gabinetto (amministrativo e di esecuzione): «Le questioni politiche le trattava il ministro, la parte amministrativa spettava a me» (*Acs, Aset*, intervista cit.). Gli fanno eco altri colleghi, come Pasquale De Lise. Filippo Patroni Griffi (*Acs, Aset*, intervista 12 giugno 2014) sostiene

¹³ Vincenzo Fortunato (Roma, 1956), laureato in giurisprudenza nel 1979, nel 1980 vincitore del concorso a magistrato ordinario, nel 1993 vicedirettore, poi dal 2001 direttore dell'Ufficio del coordinamento legislativo del Ministero della giustizia. Capo di gabinetto dell'unificato Ministero dell'economia e delle finanze, poi del Ministero delle infrastrutture (e coordinatore della Struttura tecnica di missione per le grandi opere), poi ancora dell'Economia e delle finanze (e coordinatore degli uffici legislativi di quel Ministero). Nel 2002, come docente della Scuola tributaria Vanoni, è stato nominato professore ordinario di diritto amministrativo e successivamente rettore della stessa Scuola. È stato quindi ancora capo di gabinetti e coordinatore degli uffici legislativi del Mef, e infine commissario liquidatore della Spa Stretto di Messina. Cfr. in *Ricerca Icar*, intervista 10 giugno 2015.

¹⁴ Su Anelli (Vasto, 1924-Roma, 1997) cfr. la biografia scritta da Giovanna Tosatti in *Il potere opaco*, cit., p. 23 ss. Laureato in giurisprudenza nel 1945, entrato tre anni dopo nella carriera direttiva delle Poste, passa poi al Tesoro e dal 1953 alla Corte dei conti, per poi entrare nel 1956 al Consiglio di Stati, dove raggiunge il grado di presidente di sezione e poi viene chiamato a presiedere il Tar Lazio.

¹⁵ Antonio Tallarida, Roma, 1939, è stato magistrato ordinario, avvocato dello Stato a Brescia, Roma, Milano, ancora Roma, Venezia (qui avvocato distrettuale), poi vice avvocato generale (dal 2010) e avvocato generale aggiunto (dal 2014).

che il buon capo di gabinetto deve saper dissuadere il ministro quando ritiene che sbagli ma al tempo stesso «sapere fare un passo indietro» se quello insiste. Antonio Catricalà (*Ricerca Icar*, intervista cit.) che non deve essere in rapporti stretti coi partiti per “guardare alle spalle” il ministro. Predomina in queste posizioni, pur con differenze anche notevoli, un’idea virtuosa del servitore dello Stato essenzialmente come esecutore delle linee governative. Di opinione parzialmente differente Michele Di Pace (*Ricerca Icar*, intervista 5 febbraio 2015), forse il più netto portavoce della *nouvelle vague* dei capi di gabinetto vicini ai ministri socialisti nella prima stagione del centro-sinistra e poi negli anni della segreteria Craxi. Nel corso della sua intervista Di Pace accenna a un ruolo più incisivo, che si spingeva talvolta sino alla partecipazione alla formulazione di quello che sarebbe poi stato il programma del ministro (e indirettamente quindi del governo), prima della stessa nomina¹⁶.

Ugualmente, Paolo De Ioanna (*Ricerca Icar*, intervista 2 luglio 2015) si rifà alle motivazioni ideali per le quali egli, da capo di gabinetto, collaborava a un progetto politico ben preciso, che identifica con il riformismo degli anni Ottanta e Novanta. E quasi con le sue stesse parole (“una condivisione del progetto”) si esprime Alessandro Pajno (*Acs, Aset*, intervista 12 maggio 2014), che insiste anche sulle riunioni corali dei capi di gabinetto nella stagione delle riforme Bassanini: quando si richiese – dice – oltre a una competenza tecnico-amministrativa anche una condivisione attiva del progetto collettivo.

Interessante, a questo proposito (per la sottile linea d’ombra – così la si potrebbe chiamare – che nella storia repubblicana ha diviso i capi degli uffici di collaborazione tra “militanti” partecipi dei progetti dei ministri e “servitori neutrali dello Stato” esecutori delle sole ricadute amministrative) la ricostruzione sul filo della memoria che Manin Carabba, egli stesso più volte capo di gabinetto, compie nella sua intervista del *milieu* raccoltosi nei primi anni sessanta intorno a Antonio Giolitti, ministro del Bilancio e della programmazione del primo governo Moro: «entrai nella segreteria tecnica di Giolitti, il cui responsabile era Tom Carini, che era già stato il capo della segreteria tecnica di La Malfa. Attorno a lui entrarono o nel gabinetto o in strutture parallele di supporto Giorgio Ruffolo, Franco Archibugi, Luciano Cafagna, ed io. Carbone era capo ufficio legislativo, con vice Federico Coen. Fra gli economisti, nel Comitato della programmazione c’erano Giorgio Ruffolo e Paolo Sylos, e Franco Modigliani. Chi mediava nel gruppo era Ruffolo». Molti di loro – precisa Carabba – venivano dall’esperienza comune nell’Eni, dove appunto Ruffolo era stato il leader naturale, prima che nel 1962, morto Mattei, l’esperimento avesse termine. «Noi – aggiunge Carabba – eravamo isolati nel mondo della burocrazia»¹⁷.

¹⁶ Tra i nomi evocati da Di Pace, quelli di Nino Freni (che collaborò alla elaborazione dello Statuto dei lavoratori col ministro Brodolini) e fu capo di gabinetto al Lavoro, al Commercio con l’estero, ai Trasporti, al Tesoro, alla Funzione pubblica, nonché capo del legislativo della Presidenza con Craxi e capo di gabinetto del vicepresidente del Consiglio Martelli. Su di lui cfr. la biografia, di Alessandro Hobel, in *Il potere opaco*, cit., p. 139 ss.). Freni ebbe un ruolo peculiare (quasi da *talent scout*) nell’allevare futuri capi di gabinetto iscrivibili all’area socialista: la sua interpretazione della funzione fu insieme e senza soluzione di continuità amministrativa e politica.

¹⁷ Cfr. in *Acs, Aset*, intervista a Manin Carabba, 28 marzo 2014.

4. Identikit, luci e ombre del capo di gabinetto

La citata battuta di Calabrò sul controllo preventivo – pur se discreto – della firma ministeriale¹⁸, consente di spingersi un po' più oltre nell'indagine.

Dunque:

1. Il capo di gabinetto è nei governi della Repubblica una figura bicefala, interposta tra il ministro e i vertici amministrativi. Esercita una funzione solo genericamente normata nella quale fa valere la sua competenza e la sua determinazione. Ben lungi dal costituire un mero raccordo tra ministro e dirigenza generale, finisce per rappresentare il vero motore dell'intera attività del ministero; o, nel caso particolare del capo dell'ufficio legislativo, per fungere da regista attivo dell'iniziativa normativa del Governo, posto in assiduo interfaccia con il Parlamento. La funzione tuttavia si esprime in modi anche radicalmente differenti, a seconda del rapporto stabilito col titolare politico: un ministro o un presidente spesso assente, per esorbitanti impegni politici¹⁹, lascerà spazio al suo capo di gabinetto; viceversa un ministro (accade in genere con quelli "tecnico-politici") fortemente specialista della materia oggetto dell'incarico finirà per svolgere un ruolo più incisivo, anche a discapito del capo di gabinetto (come nel caso di Giuliano Amato, del quale diverse testimonianze concordano nel definirlo "il capo di gabinetto di sé stesso")²⁰.

2. Meritano un cenno i compiti specifici degli uffici legislativi che, salvo il caso del Ministero dell'interno nel quale l'ufficio è formalmente autonomo, fanno parte del gabinetto. Anche qui, più che alle norme (poche e vaghe) si deve ricorrere alle esperienze. Nelle interviste effettuate ne parlano diversi testimoni diretti: Pasquale De Lise (*Ricerca Icar*, intervista cit.) ne illustra i compiti specifici, in rapporto all'insieme del gabinetto; Alfonso Quaranta (*Acs, Aset*, intervista cit.) ne compendia le funzioni, indicando soprattutto nell'esame degli atti normativi d'iniziativa del Ministero e del Governo (questi ultimi naturalmente per gli aspetti che concernono il Ministero) e nel rapporto col Parlamento; Bernardo G. Mattarella (*Ricerca Icar*, intervista 29 gennaio 2019) indica la consulenza diretta al ministro, che però in molti casi può estendersi anche agli

¹⁸ Ci si riferisce a un periodo antecedente il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, che spostò il potere di firma degli atti in capo ai dirigenti.

¹⁹ Da rilevare alcuni casi nei quali la carica di presidente del Consiglio coincise con quella di segretario del rispettivo partito: come accadde ad esempio a Fanfani nella sua seconda e più sostanziale esperienza di governo nel 1958-59, quando egli pensò probabilmente di assicurarsi le retrovie controllando personalmente il partito. Sul punto E. Cheli, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978, p. 113-114, che definisce «una costante della storia istituzionale (...) la mancata coincidenza tra la carica di Presidente del consiglio e quella di segretario politico del partito di maggioranza relativa». E aggiunge: «Il tentativo ebbe allora drammatica conclusione nel giro di pochi mesi. Sotto le bordate di una pattuglia di franchi tiratori democristiani (...), Fanfani fu costretto a presentare le dimissioni tanto da Presidente del Consiglio quanto da segretario politico». Più tardi altri due presidenti conservarono la segreteria dei rispettivi partiti: Craxi e De Mita. Da notare la scarsa fortuna che ebbe all'atto pratico, la stessa regola, legittimata dalla scelta del maggioritario, adottata nel processo di fondazione del Partito democratico e accolta nel primo Statuto: sopravvisse solo nel caso del primo segretario, Walter Veltroni, per essere poi soppressa nel nuovo statuto del partito del 2019.

²⁰ Nell'intervista già citata Michele Di Pace però, parlando della sua esperienza, distingue tra il caso di Amato e quello di altri ministri «tecnico-politici» quali Franco Reviglio, Paolo Baratta, Letizia Moratti: «Questi tipi di ministri, per loro principio, non vedono esterni e non fanno riunioni senza che sia presente il capo di gabinetto».

uffici di vertice del Ministero, e cita in particolare la redazione di norme e il sindacato ispettivo (la risposta alle interrogazioni e interpellanze parlamentari).

3. La citata continuità negli incarichi fa dei capi di gabinetto e dei loro stretti collaboratori una chiave fondamentale per guidare le amministrazioni. Ciò naturalmente è insieme effetto ma anche forse anche causa del declino, in età repubblicana, dei vertici amministrativi, prima "detecniciizzati" per effetto del monopolio sulle altre della sola formazione giuridica, poi, più di recente, diminuiti nella loro autonomia dall'avvento dello *spoils system*. Come risulta dalle testimonianze raccolte, è il capo di gabinetto che governa di fatto la macchina amministrativa, distribuendo gli affari, curando tempistica e qualità delle pratiche, intervenendo di persona nel processo di produzione degli atti («tenendo il tavolo sgombro», per citare una felice espressione tratta dalle interviste). A lui riferiscono i dirigenti generali²¹.

4. La provenienza dei capi degli uffici di diretta collaborazione resta, salvo poche eccezioni, quella stessa dell'alta burocrazia: in maggioranza meridionali, figli di famiglie quasi sempre del ceto borghese, spesso con padri magistrati o professionisti, tratti dalle più volte citate riserve di *grand commis* (con l'eccezione del governo Renzi 2014-2016, quando prevalsero in parte i consiglieri parlamentari)²². Ciò produce due effetti: in primo luogo i capi di gabinetto praticano una metodologia di lavoro, ricorrono a un *background* culturale e utilizzano un linguaggio tra loro comuni, ciò che li pone quasi naturalmente in reciproca relazione²³; in secondo luogo – sebbene non tutte le testimonianze raccolte lo confermino ma molte sì – essi assicurano, al di là di quello che può considerarsi il normale circuito di connessione istituzionale tra le amministrazioni, una sorta di comunicazione non necessariamente ufficiale, basata su antichi rapporti personali, di confidenza quando non addirittura di amicizia, che molto giova a risolvere problemi, disinnescare incomprensioni, accelerare la lavorazione delle pratiche²⁴. Dove gli stessi ministri non riescono a trovare un'intesa e i corpi amministrativi ministeriali gelosi delle proprie competenze si fronteggiano, spetta spesso al capo di gabinetto, d'intesa con il collega dell'altra parte, trovare un terreno di risoluzione del conflitto²⁵.

²¹ Cfr. nella *Ricerca Icar* cit. l'intervista a Franco Battini, che attribuisce la battuta a Sabino Cassese, ministro della Funzione pubblica nel 1993-94. Battini stesso prosegue definendo il capo di gabinetto «come una massaia: (...) mette in ordine tutto con grande solerzia, e il giorno dopo è tutto in disordine, perché gli altri lasciano le cose in giro».

²² Ne fa cenno nell'intervista cit. in *Ricerca Icar* Bernardo G. Mattarella (che in base alla sua esperienza di capo del Legislativo alla Funzione pubblica giudica quella collaborazione come positiva, avendo il capo di gabinetto di estrazione parlamentare una confidenza utile con l'ambiente di provenienza). All'epoca del governo Renzi però nacque in proposito una polemica. Nel corso della presentazione della prima parte della ricerca, svoltasi nel 2016 a Palazzo Vidoni, un importante consigliere di Stato, Roberto Garofoli, all'epoca capo gabinetto al Ministero di economia e finanza, obiettò che, in quello specifico ruolo, la competenza giuridica propria del consigliere di Stato, avvocato dello Stato ecc. fosse da ritenersi insostituibile.

²³ Sul punto cfr. in *Ricerca Icar*, intervista cit. a Michele Di Pace, che sottolinea come in genere il capo di gabinetto espresso da uno degli istituti citati tenda a portare con sé come collaboratori colleghi più giovani tratti dalla medesima istituzione.

²⁴ Ancora Michele Di Pace (*ibidem*) parla di «abilità nelle conoscenze personali», non solo nei vari ministeri ma specialmente nella Presidenza del consiglio: «Quella specie di unione tra tutti questi manager dell'amministrazione» presupposto per una facile soluzione dei problemi.

²⁵ Intervista Di Pace cit.: «Il cordone ombelicale con gli istituti di provenienza non si rompe. Anzi, è

5. Presente e futuro dei gabinetti

Dei gabinetti ministeriali e della loro funzione si discute da qualche tempo molto di più che non nel passato. Da una parte se ne sottolinea il ruolo di predominio di fatto, tuttavia ineliminabile se si vuole assicurare la guida stessa di apparati amministrativi altrimenti divenuti acefali; dall'altra se ne denuncia l'influenza esorbitante (di recente lo si è fatto anche in un anonimo *pamphlet* che ha goduto d'una certa pubblicità)²⁶.

Che i gabinetti si siano sviluppati al di là di quanto prescrivevano le norme è indubbio. Le premesse furono poste sin dai primi governi a composizione Cln. Si innescò sin da allora quello che a posteriori possiamo considerare come il processo di graduale crescita dei gabinetti, sia come numero di addetti (non è stato mai chiarito sino in fondo come avvenisse e avvenga il reclutamento degli addetti, quanto per comando dalle amministrazioni, quanto invece per cooptazione esterna extra-concorsuale), sia come moltiplicazione delle funzioni (talvolta attribuite per dare occupazione a qualcuno che stava a cuore al ministro)²⁷.

Una serie di interventi normativi ha mirato, tra la fine del secolo scorso e i primi due decenni dell'attuale, a dare fisionomia più certa e equilibrata alla realtà dei gabinetti²⁸.

Il primo punto fermo, introdotto alla fine degli anni Novanta in omaggio al principio della separazione tra politica e amministrazione, è stato quello di chiarire in che cosa consistessero i compiti dei gabinetti: individuati in quelli di programmazione, valutazione strategica, produzione di atti normativi esclusi quelli in materia di gestione (l. 15 marzo 1997, n. 59; d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80). A queste funzioni avrebbe dovuto corrispondere la concentrazione nel gabinetto delle strutture preposte al controllo, alla valutazione e alla competenza giuridico-legislativa: un passo indietro rispetto alla vastità e genericità di funzioni sino ad allora esercitate, uno in avanti verso l'idea di un cervello pensante, che razionalizzasse e indirizzasse senza intervenire le attività amministrative correnti.

una delle forze del capo di gabinetto o del capo del legislativo, perché le istituzioni a cui essi appartengono hanno una rilevanza amministrativa notevolissima sull'attività di governo (...). Tanto è vero che spesso si diceva: uno, uno e uno, cioè un esponente per esempio del Consiglio di Stato al gabinetto, un membro della Avvocatura al legislativo, uno della Corte dei conti in un'altra posizione».

²⁶ *Io sono il potere. Confessioni di un capo di gabinetto*, raccolte da Giuseppe Salvaggiolo, Milano, Feltrinelli, 2020. Una recensione è G. Melis, *I gabinettisti delle segrete stanze*, in *L'Indice dei libri del mese*, XXXVII, 9, settembre 2020, p. 28.

²⁷ I numeri degli addetti ai gabinetti non è chiaro. In assenza di fonti ufficiali, le stesse interviste hanno dato anzi risultati variabili e disomogenei: Alfonso Quaranta (intervista cit.) ha risposto indicando un numero basso (6 o 7) e rivendicando il suo metodo personale di non licenziare i dipendenti del gabinetto precedente ma di mantenerli in funzione («quasi come se prendessi un treno in corsa, senza farlo fermare»), salvo poi sostituirli dopo averne verificato le prestazioni; Pasquale De Lise, esclusa la Presidenza, ha indicato non più di 10 persone; Antonio Catricalà, per ministeri piccoli come la Ricerca, pochissimi; Filippo Patroni Griffi, riferendosi alla Presidenza, Dipartimento affari generali e legislativi durante il governo Letta, 120. Michele Di Pace ha parlato, ma per i ministeri più piccoli, di 40/50 persone; Bernardo Mattarella (intervista del 29 gennaio 2019), con riferimento al Ministero della pubblica istruzione 2018 e ricerca, di 300 (dei quali una trentina nel solo Legislativo). I numeri più alti sono comunque quelli della Presidenza: secondo Alessandro Pajno, all'atto della stabilizzazione in ruolo autonomo, erano circa 4 mila dipendenti, distribuiti tra dipartimenti e uffici centrali. Una sintesi in G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, il Mulino, 2020, e 571 e nota.

²⁸ Cfr. il *Report* finale della *Ricerca* più volte richiamata.

Tutto ciò presupponeva la fine del monopolio dei tradizionali istituti di reclutamento (d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300) e una disciplina più puntuale relativamente agli incarichi di magistrati, avvocati dello Stato, ecc. (d.p.r., n. 418/1993; n. 388/1995; n. 584/1993).

Alla messa a punto normativa²⁹, ha fatto riscontro però una micro-legislazione di segno opposto, cioè in palese continuità con il passato che si sarebbe voluto superare. Così la l. 3 agosto 2001, n. 317, che «ha ampliato di molto la possibilità di ricorrere a magistrati e avvocati dello Stato, stabilendo che gli incarichi possono dar luogo a posizioni di aspettativa o di fuori ruolo per l'intera loro durata, anche in deroga ai limiti di carattere temporale previsti dai rispettivi ordinamenti dei corpi di appartenenza (seppure non oltre i limiti dei cinque anni consecutivi)»³⁰. Così la persistente e disordinata crescita dei dipendenti dei gabinetti³¹. Così la difforme distribuzione della spesa tra ministeri. Né migliore esito pratico sembra abbiano ottenuto alcuni provvedimenti “virtuosi” assunti in anni recenti: il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 35 (pubblicazione sui siti istituzionali degli incarichi extragiudiziali conferiti a magistrati ordinari, amministrativi, contabili, avvocati e procuratori dello Stato); la l. 6 novembre 2012, n. 190 (collocamento fuori ruolo per tutti gli incarichi, compresi quelli relativi ai gabinetti delle stesse categorie); la l. 11 agosto 2014, n. 114 (limite di tempo alla posizione di fuori ruolo)³². Un lavoro di lima sull'esistente – si direbbe –, piuttosto che non l'inquadramento della figura del capo di gabinetto nel *cliché* disegnato dalle recenti riforme: quasi a dimostrare la debolezza insita nella cultura dei riformatori: senza uno staff della politica consapevole e all'altezza dei suoi compiti, che progetti le riforme e ne guidi continuativamente la realizzazione, è assai difficile poi intervenire sull'identità professionale e sulla *mission* di coloro che lavorano negli uffici di collaborazione.

Ritorna qui il problema già accennato nel primo paragrafo: attraverso il gabinetto, nato come mero supporto alla attività non istituzionale del ministro, passa oggi in realtà tutto il lavoro quotidiano dell'amministrazione; quest'ultima – qualunque cosa ne dicano le norme – finisce per dipendere gerarchicamente dal gabinetto; il ministro, che solo eccezionalmente, conosce e domina l'amministrazione, deve necessariamente utilizzarne il filtro; e nell'atto stesso di filtrarne la volontà si esprime sovente una attività di indirizzo, che in teoria dovrebbe appartenere allo stesso ministro ma che il più delle volte viene da questi di fatto delegata al capo di gabinetto.

Tutto ciò produce due effetti negativi: il primo consiste in quella che si potrebbe definire come la supplenza nei confronti della dirigenza amministrativa (che ne risulta depressa e ulteriormente emarginata); il secondo come la supplenza nei confronti della

²⁹ Sostanzialmente deludente nella sua attuazione concreta, però: cfr. G. Melis, A. Natalini, *Nascita, ascesa (e declino?)*, cit., p. 670 e p. 676.

³⁰ Ivi, p. 667.

³¹ Ivi, pp. 667-668: 145 unità alla Difesa, 75 alle Politiche agricole, 90 al Lavoro e previdenza sociale, 270 allo Sviluppo economico, 236 alla Pubblica istruzione, 148 alle Infrastrutture, 110 ai Beni culturali, 210 al Ministero di grazia e giustizia, 120 agli Affari esteri, 340 all'Interno: i dati sono tratti da atti normativi, puntualmente citati, risalenti agli ultimi anni.

³² Ivi, p. 669, ove si ricorda anche come il tentativo della legge Madia del 2014 (delega al governo per rivedere l'intera materia, concentrando progettazione e valutazione nella Presidenza del consiglio) non ebbe attuazione.

politica: una politica che, all'atto pratico, priva com'è di conoscenza approfondita della macchina amministrativa finisce sovente sotto tutela dei suoi principali collaboratori. In entrambi i casi si smarrisce il disegno lineare di un corpo intermedio servente che, piuttosto che occuparsi della gestione burocratica corrente, dovrebbe essere capace di programmare, di valutare, di proporre.

Vale in proposito il giudizio espresso da Bernardo Mattarella:

«gli uffici di diretta collaborazione dei ministri, che dovrebbero definire le politiche e le idee di riforma, fanno tante cose, spesso poco utili, ma non si occupano di studiare e progettare»³³.

³³ B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 119-120, citato anche nelle conclusioni di G. Melis, A. Natalini, *Nascita, ascesa (e declino?)*, cit., p. 670.

Indirizzo e coordinamento nell'ordinamento repubblicano nel pensiero di Vittorio Bachelet

Giuseppe Di Gaspare

Sommario: 1. Il governo dell'economia nella Costituzione. – 2. Pianificazione, liberismo e corporativismo. – 3. La funzione dei Comitati interministeriali. – 4. La “cariocinesi”. – 5. L'asimmetria informativa. – 6. Tra sovraordinazione ed equiordinazione. – 7. La direttiva, atto giuridico a fatti-specie aperta. – 8. La “zona grigia” dell'alta amministrazione. – 9. Tra legittimità e opportunità. – 10. Alta amministrazione e rapporto fiduciario. – 11. Il buon andamento come limite al rapporto fiduciario. – 12. “Immagini” del coordinamento plurilaterale nel governo dell'economia degli anni Ottanta. – 13. La scomparsa del merito.

1. Il governo dell'economia nella Costituzione

Quando Vittorio Bachelet scrive, nel 1957, “L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia” l'intervento pubblico nell'economia è in forte espansione così come è in espansione la crescita economica del Paese. Al fondo un rapporto sinergico tra industria pubblica e privata, assumendosi la prima il compito di una funzione propulsiva nei settori strategici a forte capitalizzazione, come gli investimenti nelle infrastrutture, l'industria di base e quella ad alto contenuto tecnologico¹. Inizia a prendere forma, in questo periodo, un assetto istituzionale dell'intervento pubblico nell'economia contrassegnato dall'apparizione di una nuova forma di governo al vertice dell'organizzazione ministeriale, costituita dal Comitato interministeriale come formula organizzatoria di raccordo e di articolazione dell'attività di indirizzo politico economico del Governo per obiettivi e per settori².

All'interno di queste dinamiche prende forma il coordinamento dell'amministrazione pubblica dell'economia. Questa nuova prassi istituzionale di governo come stru-

¹ Sul ruolo propulsivo all'epoca dell'intervento pubblico in economia ed in particolare delle imprese a partecipazioni statali in settori strategici per lo sviluppo del Paese, con elevati costi di investimento, tecnologicamente avanzati e in genere a redditività differita cfr. G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2003, p. 141. Il carattere esemplare del modello, con riferimento all'esperienza della *new economy* negli Usa, è in M. Mazzucato, *Lo stato innovatore*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

² V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, in *Scritti giuridici*, vol. III, *Interessi sociali e intervento pubblico nell'economia*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 83.

mento di garanzia e al contempo di efficacia dell'azione dell'amministrazione pubblica nell'economia si pone al centro della riflessione teorica e pratica di Vittorio Bachelet³. L'approccio, orientato alla risoluzione delle problematiche concrete, testimonia un coinvolgimento in prima persona dell'autore nella partecipazione a questi nuovi processi di governo. Questo fa sì che nella ricostruzione giuridica degli istituti, nella messa a punto delle fattispecie di diritto positivo Bachelet con "sano pragmatismo" vada sempre al nocciolo dei problemi esaminandoli in relazione alla organizzazione e attività dei singoli comitati.

Il filo conduttore rimane però la ricerca di una sistematica giuridica ed istituzionale delle nuove figure e della funzione di coordinamento del governo nei riguardi dell'amministrazione, analizzando il funzionamento dei comitati ed in particolare la tipologia degli atti, in quanto «il particolare sviluppo della legislazione economica e dell'amministrazione pubblica dell'economia (...) pone nuovi problemi di teoria, di interpretazione, di applicazione delle norme»⁴. La stretta aderenza all'esegesi normativa è fondamentale per Bachelet per delimitare il contesto istituzionale all'interno del quale collocare correttamente l'analisi degli istituti, definendo al contempo i vincoli e le finalità che discendono dalla ricostruzione logico giuridica dei testi normativi, in modo da comprendere il senso e la portata effettiva della trasformazione dell'azione del governo nell'economia allora in atto.

Comprendere, spiegare la fenomenologia dei Comitati interministeriali, quanto ad organizzazione ed attività, sulla base del diritto positivo apre ad una corretta utilizzazione del nuovo modello nella direzione pubblica dell'economia, ma anche ad una migliore comprensione della realtà istituzionale in movimento.

Gli interrogativi che lo scritto si pone ruotano essenzialmente intorno a due nodi problematici. La legittimità costituzionale della formula dei Comitati nel rapporto con l'art. 95 Cost. e, dunque, i limiti alla loro costituzione e funzionamento che derivano dal rispetto delle prerogative costituzionali del Governo, da cui far discendere il loro specifico ambito di utilizzazione nel quadro della legalità repubblicana di cui, viene da aggiungere esplicitamente, ai sensi dell'art. 97 Cost.⁵. Il secondo plesso problematico è costituito dalla verifica della strumentazione normativa e amministrativa di cui può disporre l'azione dei pubblici poteri nell'intervento dell'economia. L'attenzione è posta in particolare sugli strumenti giuridico-amministrativi con i quali si estrinseca l'azione dei Comitati interministeriali. Il punto di criticità è rappresentato dalle peculiari caratteristiche dell'oggetto, sul quale la loro azione è destinata ad incidere tramite l'amministrazione pubblica, e cioè l'attività economica ed imprenditoriale come realtà ontologicamente diversa, anche se non estranea, dall'ambito d'azione dell'amministrazione pubblica nella storia del nostro Paese. La diversità ontologica tra economia e Stato costituisce, in una economia di mercato, come fondata nel nuovo assetto costituzionale,

³ V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 84 e p. 88.

⁴ V. Bachelet, *ibidem*, p. 77.

⁵ Sul superamento definitivo, grazie alla lettura del diritto positivo e dell'art. 97 Cost. di Bachelet, della dogmatica della pubblica amministrazione come "ordinamento separato" cfr. M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 57.

un limite dell'intervento pubblico, lasciando aperto il quesito del punto limite di tale intervento nell'indirizzare l'attività economica privata⁶, stante la estraneità della "materia economia" rispetto a quelle tradizionalmente devolute alla cura della amministrazione pubblica. Da questo punto di vista la materia economica sembra sfuggire al tradizionale riparto delle attribuzioni e delle competenze, apparendo piuttosto una materia trasversale rispetto ai tramandati schemi ministeriali e destinata perciò ad essere oggetto precipuo di un'attività di coordinamento tra i ministeri interessati.

2. Pianificazione, liberismo e corporativismo

Per Bachelet la realtà istituzionale in movimento dell'intervento pubblico nell'economia implica un metodo di studio storicizzato. Sempre nel volume terzo della raccolta degli scritti del 1981, in cui è ripubblicato il coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia, sono riprodotti due saggi di poco precedenti, che testimoniano l'orizzonte teorico e storico all'interno del quale il suo approccio era andato maturando.

Questi saggi sono "L'organizzazione sindacale in regime collettivista" del 1954, ed una recensione al volume di Enrico Di Robilant su "Direttiva economica e norma giuridica" del 1955. Due punti di vista opposti sul ruolo dello Stato nell'economia. Da un lato, la pianificazione coercitiva procede secondo uno schema scalare di attuazione normativa che non consente deviazioni e che non lascia margini di autodeterminazione ai destinatari, neppure ai lavoratori o alle loro rappresentanze sindacali. La coerenza e la rigidità del piano prefigurano, nei mezzi e nei risultati, l'esito quantitativo dell'attività economica eterodiretta. La pianificazione, dunque, quale negazione di qualsiasi forma di partecipazione di ogni altra istanza sociale e sindacale alla definizione degli obiettivi, degli strumenti e dei risultati postulati dal programma economico del partito. In questo schema, il profilo di criticità, per il giurista democratico, è dato non solo dalla funzione normativa del piano ma anche dalla sua sovraordinazione a qualsiasi altra fonte del diritto. La pianificazione sovietica realizza il massimo dell'eteronomia sull'economia.

All'estremo opposto, da un punto di vista teorico, la assoluta autonomia dell'economia rispetto alle fonti eteronome dello Stato che trova forma nel pensiero liberista e nello studio del Di Robilant sulla "Direttiva economica", il quale, su quella base, configura un'ontologica alienità della stessa alla "norma giuridica". Per il giurista liberale la direttiva economica trova il proprio ed esclusivo dover essere nella razionalità economica e nei vincoli che essa impone all'agire dell'operatore economico il quale non

⁶ Ed in effetti «detti organi diventano le figure soggettive più importanti nell'attuazione di quell'indirizzo che non pone vincoli o limiti diretti all'autonomia privata ma che è determinante per orientarla», cfr., V. Bachelet, *op. cit.*, p. 84. All'epoca la formulazione teorica prevalente era a favore della pianificazione indicativa con la quale lo Stato forniva un quadro dinamico di riferimento delle politiche pubbliche in modo da orientare l'iniziativa economica lasciandola comunque libera di auto orientarsi. Sui limiti dell'intervento pubblico in Costituzione cfr.: G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 83 ss. Sull'importanza, oggi, della programmazione indicativa come chiave metodologica del PNRR cfr.: M. D'Alberti, intervento conclusivo del convegno annuale dell'AIPDA, 8 ottobre 2021, Roma (atti in corso di pubblicazione).

può che attenersi conseguentemente a regole di convenienza e di opportunità nella gestione dell'impresa. Un'autonomia coessenziale all'impresa e al mercato, dunque, sulla quale non può incidere alcuna direttiva etero-formulata e rispondente a criteri diversi da quelli tecnico economici. Qualsiasi direttiva pertanto pretendesse di condizionare l'agire imprenditoriale, comunque o da chiunque formulata, sarebbe "priva di doverosità" per il destinatario, non potendo mai assurgere all'imperatività della norma giuridica, risultando ciò in contrasto con l'assiologia comportamentale derivante dal rispetto delle regole tecnico-economiche proprie dell'economia di mercato. Da un lato, dunque, la presa d'atto dell'impraticabilità nello Stato democratico di un intervento pubblico nell'economia che faccia ricorso a strumenti autoritativi riconducendo e riducendo l'attività economica nel perimetro di azione del potere politico, senza riconoscimento di alcuna autonoma capacità imprenditoriale agli operatori. Dall'altro, l'autonomia dell'economia rispetto alle fonti eteronome dello Stato, per cui la direttiva eteronoma in economia sarebbe comunque deprivata di qualsiasi doverosità per i soggetti cui intendesse rivolgersi, rimanendo questi sempre arbitri del proprio comportamento e chiamati eventualmente a risponderne in termini di responsabilità imprenditoriale.

Bachelet, pur rifiutando recisamente tale approdo dicotomico⁷, riconosce al giurista liberale il merito di avere posto, seppur in termini non condivisibili, il dilemma tra fonti autonome e fonti eteronome, tra legalità ed opportunità nella formulazione e nell'attuazione dell'indirizzo pubblico dell'economia. Un confronto tra macro-parametri, verrebbe da dire, il cui punto di equilibrio nello Stato democratico è affidato alla ricerca della dottrina giuridica. Tale sistematizzazione è appunto l'oggetto del successivo studio sul coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia del 1957, con cui si colloca il tema all'interno e nel rispetto dei limiti posti dalla Costituzione della Repubblica all'azione del governo. Non si tratta però solo di ricercare il limite statico dell'azione di governo nella compatibilità con il quadro costituzionale, quanto piuttosto di definire il contesto istituzionale dinamico in cui tale azione possa svolgersi e di individuare con quali strumenti. Una messa a punto, in una visione democratica, del ruolo dello Stato in economia che si scontra, all'epoca, con le non conciliabili e tra loro contrapposte concezioni totalitarie e liberiste, le quali forniscono alimento ideologico allo scontro politico allora in atto nel Paese.

C'è un'altra pista, meno teorica, da cui muove, tuttavia, Bachelet quella storico istituzionale che rimane sempre sul piano della strumentazione istituzionale dell'intervento pubblico e quindi si tiene lontano dalla contemplazione dei modelli teorici economici, anche keynesiani. L'ottica del giuspubblicista. Il ragionamento giuridico è nutrito dalla consapevolezza della continuità istituzionale della presenza dello Stato nell'economia così come concretizzatasi nel nostro Paese anche nel ventennio fascista.

In questo ordine di idee prende in considerazione il lascito dell'ordinamento corporativo, del quale, pur prendendone le distanze, rimarca la linea di continuità/discontinuità nella evoluzione in atto nella disciplina giuridica dell'economia anche nell'ordi-

⁷ Rigettando «la conclusione che la norma contenente una direttiva economica sia solo sul piano dell'azione e non abbia una sua doverosità o almeno che possa essere sentita come doverosa dai singoli», cfr., V. Bachelet, *ibidem*, p. 79.

namento repubblicano⁸. Un retaggio radicato nell'ancora persistente esigenza dell'industrializzazione e del raggiungimento dell'autosufficienza economica del Paese. Una necessità con la quale bisogna fare tuttora i conti anche nell'organizzazione pubblica postbellica dell'economia.

Bachelet torna sul tema ancora nello scritto su "Industria e industrializzazione", ma è qui sufficiente segnalarne la centralità nel dibattito allora in corso sulla ricostruzione economica⁹. Fare i conti con il passato significa anche prenderne le distanze. Il giudizio negativo sul corporativismo in economia deriva fundamentalmente dalla non democraticità di quel sistema. In questo senso è illuminante la critica alla categoria dell'ordinamento sezionale di M.S. Giannini che Bachelet vede come una riproposizione dell'ordinamento corporativo, a suo avviso valida per l'ordinamento del credito come proposto da Giannini per esigenze di preminenza di un guida tecnocratica – si potrebbe oggi dire – ma non suscettibile di più estesa applicazione ad altri settori in ragione della intrinseca non democraticità dell'assetto di vertice. Settori nei quali non si presenterebbe l'esigenza di porre al vertice un organismo di direzione e alta amministrazione autonomo ed indipendente rispetto al Governo come la Banca d'Italia ed il suo Governatore. Non tanto una critica all'ordinamento sezionale del credito, dalla cui ricostruzione Giannini aveva preso le mosse nell'elaborazione del modello dell'ordinamento sezionale, quanto piuttosto un rifiuto della generalizzazione del modello come forma giuridica post-corporativa dell'intervento dello Stato nell'economia nell'ordinamento repubblicano¹⁰.

Politique d'abord per Bachelet. Lontano, quindi, da suggestioni tecnocratiche come da riformulazioni corporative, seppur rieditate su base legislativa. Bachelet rivolge invece la sua attenzione alla funzione di indirizzo politico del governo della Repubblica nell'ordinamento democratico costituzionalmente definito e alla emergente esigenza di coordinamento dell'amministrazione pubblica in particolare dell'economia.

3. La funzione dei Comitati interministeriali

È la compatibilità costituzionale delle nuove forme istituzionali di indirizzo e coordinamento dell'intervento pubblico nell'economia, dunque, come accennato, la bussola nello scritto in esame¹¹, venendo in rilievo l'art. 95 Cost. in primo luogo, ma anche l'art. 41 Cost., anche se quest'ultimo addentrandosi nel discorso sul coordinamento rimane ai margini.

L'art. 95 della Costituzione non funge però solo da norma di raffronto della legittimi-

⁸ Evidenziando come «molte strutture nate e sviluppatesi in quel sistema sono rimaste per necessità talora opportunamente in pieno vigore», cfr., V. Bachelet, *ibidem*, p. 150.

⁹ V. Bachelet, *Industria e industrializzazione*, in *Interessi sociali ed intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 555.

¹⁰ V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 152, ove, nella nota 20, si veda il riferimento a M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, Padova, Cedam, 1939.

¹¹ Rimane fuori quadro, quindi, nei limiti del presente studio l'esame delle modalità di coordinamento al di fuori del campo di azione del governo per le quali sinteticamente si veda M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 300.

tà delle fattispecie di diritto positivo, ma anche da metro di conformazione e configurazione giuridica dei comitati interministeriali nella loro strutturazione organizzativa e funzionale, nonché nella loro attività e, dunque, per i loro atti. In questo senso possiamo dire che l'art. 95 costituisce il "contenitore conformante" l'organizzazione, i poteri e le funzioni dei comitati interministeriali e, quindi, al contempo e di risulta, lo strumento ermeneutico per l'inquadramento dei singoli comitati interministeriali sulla base del riscontro delle specifiche leggi istitutive. Lo scritto riconduce sempre l'esegesi legislativa entro i canoni costituzionali dell'esercizio della funzione di Governo, nel rispetto delle prerogative e responsabilità del Presidente del Consiglio e del Consiglio dei ministri, nonché delle attribuzioni dei ministri preposti ai singoli dicasteri. Variano, a seconda della loro costituzione su base legislativa o meno, i rapporti dei Comitati interministeriali con il Governo. Articolazioni organizzative interne al Consiglio dei ministri e sostanzialmente paritetiche nello svolgimento dei compiti ad essi demandati, nel caso di loro costituzione per deliberazione del Consiglio dei ministri, rimanendo imputabile ai ministri singolarmente per gli atti da loro assunti la rilevanza verso i terzi di tale attività¹².

Più complessa la relazione, qualora i comitati siano costituiti per legge e a seconda dell'attribuzione della funzione di coordinamento ad un ministro *ad hoc*, con o senza portafoglio, oppure al Presidente del Consiglio, assumendo in questi casi le deliberazioni dei comitati a rilevanza esterna, anche se in genere come atti presupposti di eventuali provvedimenti.

Ad ogni modo, lo scritto fa sempre salvo l'ordine delle competenze e della responsabilità politica degli organi di governo previsti nell'art. 95 Cost., ovvero il Presidente del Consiglio, il Consiglio dei ministri e i singoli ministri. In questa prospettiva, interna al funzionamento del Governo, il sistema dei comitati è visto nella sostanza da V.B. come una forma evolutiva del concerto interministeriale, una sua diversa declinazione¹³. Un sistema non più ordinato secondo la successione temporale degli atti, ma realizzato attraverso il coordinamento simultaneo dell'esercizio delle competenze, rimanendo sempre integra, da ultimo, la responsabilità del ministro competente nell'assunzione dell'atto verso l'esterno.

Il rispetto del riparto delle funzioni costituzionalmente attribuite ai ministri per legge, e, dunque, l'implicazione della loro responsabilità politica è un tratto essenziale nell'assetto costituzionale dell'ordinamento del Governo e non può essere alterato dall'ordito legislativo relativo ai singoli comitati¹⁴. Tant'è, tiene a precisare Bachelet, che competenze e responsabilità ministeriali rimangono integre anche nell'ipotesi di una deliberazione del comitato interministeriale assunta nelle materie di competenza del ministro, ancorché la deliberazione del comitato lo abbia visto dissenziente.

Vorrei oggi sottolineare questo profilo della responsabilità ministeriale perché con-

¹² Come nel caso del comitato interministeriale per l'attuazione dello schema Vanoni, cfr. V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 155.

¹³ V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 132. Sul punto cfr. L. Orlando, *Contributo allo studio del coordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 25 ss. e gli autori ivi richiamati.

¹⁴ Sul fatto che la deliberazione presa all'interno dei comitati interministeriali non annulli la responsabilità politica dei singoli ministri per gli atti del proprio dicastero, cfr. V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 133.

sente di ritrovare, nella costante attenzione al nesso tra competenza istituzionale e responsabilità politica, la salvaguardia del nocciolo costituzionale dell'art. 95, nella concatenazione delle responsabilità politiche, singole e collegiali, dei ministri e dell'azione del Governo verso il Parlamento. Responsabilità tenuta insieme al vertice dall'attribuzione, al Presidente del Consiglio, del compito di garantire l'unità dell'indirizzo politico del Governo anche con l'esercizio del potere di vigilanza sulla sua attuazione. Si potrebbe dire che la ricostruzione sistematica di Bachelet costituisca uno sforzo ben riuscito, realizzato senza enfasi e senza perifrasi. Una ricostruzione fondata sul diritto positivo che riesce ad includere la nuova formula dei comitati interministeriali nello schema classico del Governo parlamentare cui la Costituzione della Repubblica italiana indubbiamente si ispira.

La ribadita salvaguardia della competenza ministeriale – è il caso di aggiungere – mantiene integro, inoltre, il collegamento della responsabilità politica con quella amministrativa di cui all'art. 97 Cost. sulla organizzazione della pubblica amministrazione con i pubblici uffici organizzati secondo disposizioni di legge¹⁵, per cui in conclusione per Bachelet, «nonostante l'attenuazione della legalità formale ... L'amministrazione è pur sempre nel principio di legalità¹⁶» con l'ulteriore corollario che la responsabilità dei funzionari ad essi preposti si salda, da un lato, con quella ministeriale e, dall'altro lato, con quella degli stessi funzionari verso i cittadini ai sensi dell'art. 28 Cost.¹⁷.

4. La "cariocinesi"

Il riconoscimento della conformità costituzionale dei nuovi organi di governo, nel rispetto del principio di legalità dell'azione di governo e dell'azione amministrativa, non dà però di per sé conto della loro ragion d'essere. Il loro venire ad esistenza, la loro ontologia va invece ricercata in qualche cosa che investe dall'esterno l'assetto dei pubblici poteri e ne determina la progressiva trasformazione. Una tendenza, dunque, che si radica nella realtà socioeconomica, segnata dallo stigma della crescente complessità, particolarmente accentuata, nell'amministrazione pubblica dell'economia.

Nell'illustrare questa tendenza storica socioeconomica sottesa alle trasformazioni istituzionali, Bachelet prende a prestito una metafora della fisica: la cariocinesi¹⁸. Sarebbe a dire la frammentazione progressiva del nucleo originario della materia. Una legge della fisica che per effetto dell'entropia investe la struttura della materia. Dal no-

¹⁵ Sulla competenza come collante del principio di legalità e di articolazione degli uffici cfr. G. Di Gaspare, voce *Organizzazione amministrativa*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, Utet, 1995, p. 515.

¹⁶ M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, cit., p. 55.

¹⁷ Per Bachelet la necessità che ci sia comunque un ministro, responsabile politico di fronte al Parlamento, si ha anche nel caso di intervento di un ente amministrativo non ministeriale come la Cassa per il mezzogiorno, cfr. V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 142.

¹⁸ I comitati interministeriali sarebbero «il frutto di una specie di cariocinesi del Consiglio dei ministri dovuta al moltiplicarsi e tecnicizzarsi dei suoi compiti», cfr. V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 131.

stro punto di vista una decostruzione – diremmo oggi – delle forme tramandate dell'organizzazione dei pubblici poteri. L'innescò della frammentazione della struttura originaria della pubblica amministrazione e la crescente articolazione delle sue forme organizzative è, dunque, conseguenza di una variabile esogena. La modificazione adattiva dell'amministrazione è piuttosto conseguenza della complicazione della realtà non solo economica ma anche sociale. "Amministrazione in cammino" appunto, come, prendendo spunto dalle sue parole, abbiamo intitolato la rivista del Centro di ricerca della Luiss a lui intitolato. Un adattamento allo sviluppo della società civile, piuttosto che alle logiche partitiche e partigiane, del riparto del potere politico amministrativo tra organi di governo o tra centro e periferia. Un *driver* che investe all'epoca la struttura gerarchicamente compatta e rigida della amministrazione statale ancora organizzata secondo lo schema ministeriale del secolo precedente.

Lo scritto ne indica a ritroso il tracciato, facendo vedere come dall'organizzazione per ministeri derivi, come per "gemmazione", la struttura per aziende e poi, con un ulteriore allontanamento, quella degli enti autarchici con personalità giuridica ed infine, negli anni '50, gli enti economici e di gestione¹⁹. Sotto un punto di vista complementare si potrebbe dire la trasformazione del connettivo giuridico da rapporti interni a rapporti interorganici, a rapporti intersoggettivi²⁰. Una stratificazione di forme organizzative, un sistema a raggi concentrici che però continua necessariamente a gravitare intorno al nucleo centrale dell'organizzazione dello Stato così come conformata ora dagli artt. 95 e 97 Cost.²¹.

In questo processo si colloca e si spiega anche la genesi dei comitati interministeriali. Lo slittamento dell'operatività del sistema pubblico verso i punti di espansione dell'assetto organizzativo della pubblica amministrazione è comunque tenuto insieme da un collante giuridico costituito appunto dal "coordinamento". Non si tratta pertanto di una sovrapposizione di uno schema giuridico astratto alla realtà delle istituzioni. In questo senso l'aggancio alla Costituzione non esime dalla esigenza di calarsi nelle dinamiche in atto né tantomeno copre le criticità dell'applicazione della formula. Si tratta, insistendo nella metafora, di ricondurre a sistema il processo cariocinetico in atto.

La necessità di delegare poteri decisionali e responsabilità gestionali nel campo dell'economia pubblica è evidente nel riconoscimento o, forse meglio, nel prendere atto, ad esempio, della coeva apparizione della figura di un "capo", qua e là emergente al vertice degli enti pubblici economici, del quale non si può fare a meno di riconoscere e, quindi, in una certa misura rendere trasparente, la titolarità di autonomia gestionale, implicante un tasso di potere di fatto che la stessa percezione della figura del capo necessariamente implica²². Se ne prende atto con "sano pragmatismo". Ma non siamo di fronte ad una deriva pragmatistica. Lo sforzo ricostruttivo rimane costantemente orientato al raccordo di tali istanze di potere di alta amministrazione, comunque delegato,

¹⁹ Affermando che «è in fondo la stessa tendenza che spinse a costituire l'azienda autonoma delle ferrovie dello stato sotto la responsabilità politica e l'alta direzione del ministro», V. Bachelet, *ibidem*, p. 137.

²⁰ G. Di Gaspere, voce *Organizzazione amministrativa*, cit., p. 514.

²¹ Sul recepimento del modello legal burocratico statocentrico nella costituzione della Repubblica, cfr. G. Di Gaspere, *op. cit.*, p. 516.

²² V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 137.

con il governo della Repubblica ed in particolare con la sua formula articolata e specializzata del comitato interministeriale.

Nel ricostruire e dare ragione di questi raccordi, Bachelet richiama esigenze di “prontezza” della decisione e di “flessibilità” dell'azione. Momenti che non si possono richiudere in procedimenti decisionali complessi e diluiti nel tempo²³. Nell'attività economica in particolare la decisione va assunta in un lasso di tempo utile predeterminato da circostanze esogene all'amministrazione pubblica decidente.

Non c'è tempo, viene ora da aggiungere, per risalire, *bottom up*, la catena di comando fino al vertice politico della gerarchia ministeriale²⁴. Ma «non è soltanto l'analisi di diritto positivo – si osserva – che conduce Bachelet a tali conclusioni. Il ragionamento giuridico da descrittivo si trasfigura in prescrittivo. Il coordinamento come attenuazione della subordinazione delle amministrazioni ... verso l'apparato amministrativo è un dover essere ... per impedire il costituirsi di feudalità amministrative»²⁵.

5. L'asimmetria informativa

Bachelet non conosce e non usa perciò il termine “asimmetria informativa”, ma il concetto è sotteso al suo ragionamento. Cerchiamo perciò di esplicitarlo. Al fondo dell'asimmetria informativa c'è un disallineamento tra chi ha il potere e chi ha le informazioni necessarie al suo esercizio nel lasso di tempo necessario a prendere la decisione opportuna²⁶. Chi ha le informazioni non ha il potere e chi ha il potere non ha le informazioni necessarie. Siccome l'elaborazione delle informazioni precede l'esercizio del potere, il disallineamento può essere risolto inevitabilmente solo con lo spostamento del potere nel punto ove le informazioni possono essere immediatamente elaborate in funzione della decisione prima che il contesto operativo sul quale la decisione deve impattare cambi. “Prontezza”, appunto, nella gestione della finestra temporale in cui la decisione può essere utilmente presa²⁷. L'asimmetria informativa in una realtà sociale complessa e dinamica non è in verità una esclusiva dell'amministrazione pubblica che agisce in campo economico. Essa si può riscontrare e si riscontra di fatto anche nella pubblica amministrazione tradizionale legata al suo interno dal rapporto di gerarchia²⁸,

²³ V. Bachelet, *ibidem*, p. 137.

²⁴ G. Di Gaspare, *Miti e paradossi della riforma amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2001, 2, p. 654, ora anche in www.amministrazioneincammino.it.

²⁵ M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, cit., p. 58.

²⁶ V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 177, ove si legge che «chi emana la direttiva non dispone sovente tutti gli elementi che gli consentono di valutare l'opportunità dell'atto».

²⁷ V. Bachelet, *op. cit.*, p. 137. Si veda anche il ricorso alla direttiva nell'ordinamento gerarchico per eccellenza, quello militare e della difesa, per cui «il capo dello Stato maggiore dipende dal ministro e risponde dell'esecuzione delle direttive ricevute», Id., *op. cit.*, p. 169 e nota.

²⁸ Anche nel rapporto di gerarchia chi emana delle direttive «lo fa perché non intende vincolare con atti imperativi l'autonoma discrezionalità dei destinatari in quanto non sempre conveniente», V. Bachelet, *op. cit.*, p. 183 e p. 188. Sui limiti del rapporto di gerarchia basato sull'identità di competenze tra sovraordinato e subordinato nell'amministrazione pubblica, cfr. G. Marongiu, voce *Gerarchia amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, p. 620.

anche se in quel caso «le direttive potranno essere sostituite da norme o ordini dettati all'interno del rapporto gerarchico»²⁹. Così nell'ordinamento militare, dunque, ma anche in quello prefettizio, essendo tradizionalmente il prefetto iscritto in un rapporto gerarchico, sebbene, comunque, al vertice di un assetto organizzativo deconcentrato della pubblica amministrazione con funzione di rappresentanza del governo e ampiezza di poteri di coordinamento e di adozione di misure di urgenza.

6. Tra sovraordinazione ed equiordinazione

Il collante del complesso sistema cariocinetico è, dunque, il coordinamento.

Un coordinamento modulato in modo quasi informale sul piano dell'esercizio della funzione di governo, se costituito all'interno del Consiglio dei ministri, oppure formalizzato, se operante al di fuori dell'organo collegiale di governo, nel caso della istituzione per legge dei comitati interministeriali.

Nell'ambito della funzione di governo il coordinamento dell'indirizzo politico si svolge nella plurilateralità di rapporti equiordinati³⁰, fatto salvo il potere dovere costituzionale di garantire l'unità e l'indirizzo dell'azione di governo del Presidente del Consiglio. Potere che si esercita comunque sempre nel segno del coordinamento, non trapassando nel nostro sistema a governo parlamentare, nonostante più recenti accentuazioni nella prassi, in un autonomo potere di direzione politica del premier.

Fuori dai rapporti dell'organo collegiale, nell'azione di governo nei confronti della pubblica amministrazione, indirizzo e coordinamento appaiono nella sostanza un'endiadi³¹. Il coordinamento include necessariamente il potere di indirizzo, stante che il governo politico, nella sua dimensione collegiale o monocratica ministeriale, si pone comunque al vertice e al centro del sistema amministrativo e non può pertanto abdicare all'esercizio del potere politico conferitogli senza venir meno alla connessa responsabilità verso il Parlamento derivante dal rapporto di fiducia. Questo ulteriore profilo non è direttamente affrontato nello scritto di Bachelet e la distinzione tra i due piani del coordinamento politico e amministrativo non è pienamente svolta. Anche il senso della distinzione si può ricavare dall'insieme dei suoi ragionamenti, tuttavia una certa indeterminatezza nella formulazione del nesso tra indirizzo e coordinamento era già stata all'epoca evidenziata³². Successivamente, nella voce per l'enciclopedia del diritto, il punto sarà risolto a favore della giuridica inclusione dell'un termine nell'altro³³.

È interessante notare, ai fini del nostro discorso, invece come in questo primo scritto il concetto giuridico di indirizzo e coordinamento sia ricercato e prospettato su tre ordini di riflessioni che nell'ordito del ragionamento di V.B. si intrecciano. La natura e la funzione degli atti di indirizzo e, dunque, la struttura giuridica dell'atto di indirizzo

²⁹ V. Bachelet, *ibidem*, p. 183 ss.

³⁰ V. Bachelet, voce *Coordinamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1962, vol. X, p. 632.

³¹ Cfr. sul problema della distinzione tra indirizzo e direzione, G. Marongiu, *L'attività direttiva*, cit., p. 18.

³² M.S. Giannini, *Recensione a Bachelet, L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1958, p. 656.

³³ V. Bachelet, voce *Coordinamento*, cit., p. 632.

e, quindi, la direttiva. La posizione del soggetto destinatario dell'atto di indirizzo all'interno dell'organizzazione amministrativa e, dunque, la sua posizione istituzionale quale *status* giuridico. Infine, su quella base, il rapporto giuridico che lega il destinatario della direttiva con l'indirizzo politico amministrativo e, dunque, con il sistema di governo democratico nelle sue articolazioni politiche di vertice.

Tre registri. Atti, *status* e rapporti. Nel primo è centrale il discorso sulla direttiva. Il secondo registro orbita intorno alla nozione di alta amministrazione ed alle diverse forme di discrezionalità politica tecnica e amministrativa³⁴. Il terzo riguarda la natura del rapporto giuridico-politico derivante dalla attribuzione dell'incarico e, quindi, la responsabilità nel rapporto fiduciario.

7. La direttiva, atto giuridico a fattispecie aperta

Nel 1957 Bachelet è alle prese con un lavoro monografico e quindi tenuto, in un'ottica accademica, ad un approccio sistematico. In questo senso lo studio degli atti parte da una ricognizione generale di quelli di governo, anche se rivisitati e circoscritti dal filtro delle competenze dei comitati interministeriali. Il *focus* della ricerca è però sulla direttiva.

Ripercorrendone per tratti essenziali le conclusioni, Bachelet vede in tendenziale riduzione l'ambito dell'intervento nell'economia per atti legislativi, sia per lo smantellamento del fondamento codicistico dell'ordinamento corporativo, sia, ed in particolare modo, per la inidoneità dell'atto legislativo ad operare efficacemente come strumento di intervento, tanto per la complessità delle procedure di approvazione, quanto per la intrinseca necessaria rigidità e anelasticità della legge³⁵. Con riguardo agli atti di governo, sia generali, come i regolamenti, sia puntali, come le ordinanze e i provvedimenti, già tipizzati lo scritto si attiene alle problematiche applicative. Lo studio della direttiva apre invece su nuovi scenari poiché comporta «la revisione tradizionale dei criteri posti a distinzione degli atti sostanzialmente amministrativi e sostanzialmente normativi»³⁶.

La direttiva è uno strumento duttile, in quanto – viene ora da aggiungere – consente di adeguarsi all'asimmetria informativa che condiziona e complica l'esercizio del potere.

Per comprenderne meglio la fenomenologia è utile introdurre una distinzione di tipo strutturale tra fattispecie chiusa e fattispecie aperta³⁷. Da un lato, atti giuridici a “fatti-

³⁴ V. Bachelet, *L'attività di coordinamento*, cit., p. 168 ove si legge che «si allarga notevolmente il campo delle funzioni di alta amministrazione (...) nel quale confluiscono la discrezionalità tecnica, quella amministrativa e quella politica dovendosi contemporaneamente ritenere che i titolari di tali funzioni siano soggetti a una responsabilità che partecipa a ciascuno di questi caratteri».

³⁵ V. Bachelet, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Interessi sociali ed intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 431.

³⁶ V. Bachelet, *L'attività di coordinamento*, cit., p. 89.

³⁷ Evidentemente si usa qui il termine in senso tecnico come fattispecie necessariamente indeterminata che senza successiva integrazione degli elementi che la compongono non può trovare attuazione. In altri termini una fattispecie a formazione diacronica il cui completamento non è rimesso a successive interpretazioni della norma che la possono contestualizzare, ampliandone la portata applicativa, come nel caso della clausola aperta nel diritto costituzionale dell'art. 2 Cost. e dell'integrazione del novero dei diritti fondamentali.

specie chiusa” in cui tutti gli elementi che compongono la fattispecie giuridica sono inclusi nell’atto. Dall’altro, atti a “fattispecie aperta”, invece, in cui la struttura giuridica dell’atto necessita di un’integrazione successiva ai fini della sua attuazione.

Solo la direttiva, a differenza di tutti gli altri atti di governo e amministrativi appena ricordati, è a “fattispecie giuridica aperta”.

Ne consegue – e qui si passa al secondo registro dell’analisi di Bachelet – che il destinatario dell’atto si trova necessariamente iscritto in un rapporto giuridico bilaterale, qualcuno dirà anche “duale”³⁸, che si instaura nel momento stesso della formulazione della direttiva, la quale individua inequivocabilmente il destinatario (o i destinatari) della stessa, il quale (o i quali) singolarmente sono chiamati in una qualche misura a condividere il potere decisionale, dovendo assumere, completandola, la determinazione finale che sfocia nell’attività giuridica a rilevanza esterna³⁹. Una decisione, dunque, operativa, ma non necessariamente provvedimentale, anzi piuttosto comportamentale, che dà luogo ad un’attività, piuttosto che a specifici atti giuridici, e che comunque non si risolve esclusivamente in quelli.

8. La “zona grigia” dell’alta amministrazione

Bachelet non fa evidentemente riferimento alla distinzione tra atti a fattispecie aperta o chiusa, qui proposta come criterio distintivo della direttiva dagli altri atti di governo, ma, attraverso la ricerca della giuridicità della direttiva nel rapporto istituzionale che lega il titolare del potere al destinatario della stessa, prende le distanze dalla prospettiva dicotomica del Di Robilant, per il quale la direttiva procede su un piano parallelo e mai collimante con quello della norma giuridica ed è pertanto priva, per questa ragione, di qualsivoglia normatività.

D’altra parte, Bachelet non sembra neppure pienamente appagato della troppo sintetica formula romaniana per cui il destinatario della stessa non può «discostarsene senza giustificato motivo». Affermazione che lascia in ombra il problema della giuridicità della direttiva e dunque della sua doverosità per il destinatario⁴⁰.

La giuridicità per Bachelet va fatta salva, ma questa sembra derivare più che dalla natura dell’atto, dalla conformazione del rapporto e, nello specifico, dalla posizione giuridica del destinatario che consegue dall’incardinazione nell’ufficio e quindi dalla competenza e dai limiti nel rapporto tra competenze. Il confronto con Di Robilant ha dato i suoi frutti. La “direttiva economica” non è estranea al sistema giuridico della

³⁸ M. D’Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, cit., p. 55.

³⁹ In quanto «si lascia nel destinatario la discrezionalità e la responsabilità di tale scelta», V. Bachelet, *ibidem*, p. 168. Vedi anche dello stesso autore, *Profili giuridici dell’organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 97 e p. 120.

⁴⁰ Riprendendo S. Romano, «per cui le direttive non sono di per sé obbligatorie ma determinano l’obbligo di non discostarsene senza giustificato motivo», *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1947, osserva come questo effetto si produca anche per gli atti di indirizzo emanati all’interno di un rapporto di gerarchia e subordinazione ma senza l’intendimento di vincolare il comportamento del destinatario, per cui anche tali atti non creano l’obbligo di conformarvisi ma semplicemente di tenerli presenti e non discostarsene senza un motivo plausibile.

amministrazione pubblica, anche se non è di per sé norma. La fattispecie aperta della struttura della direttiva economica rileva per il suo completamento non sul piano della attuazione per atti normativi o amministrativi subordinati. Non rileva neppure sul piano della legittimità, ma piuttosto su quello del merito; dunque, dell'opportunità in ordine alla scelta degli strumenti e delle misure da intraprendere che il destinatario della direttiva è tenuto ad assumere, per quanto utile e possibile, per l'attuazione dell'indirizzo politico che essa veicola.

In questo senso la direttiva, come atto di posizione dei fini è, dunque, atto politico e non giuridico. La sua attuazione non si incanala pertanto nello schema scalare delle fonti normative e della funzione amministrativa e non rileva, pertanto, *ex post* come il punto finale della trasformazione del potere normativo in un provvedimento amministrativo a contenuto discrezionale⁴¹.

Nell'attuazione della direttiva, l'esercizio della discrezionalità attiene al "merito" delle azioni intraprese (o non intraprese) per la realizzazione degli obiettivi indicati dalla direttiva, con gli strumenti disponibili in un determinato contesto operativo. Ed il destinatario della stessa risponde del proprio comportamento e dei risultati conseguiti nell'ufficio in cui è incardinato e non dell'ottemperanza alla direttiva in quanto atto normativo. Per entrare o, forse meglio, tornare a questo scenario operativo dobbiamo sfuggire oggi dalle strettoie dogmatiche che riducono e riconducono l'attività della pubblica amministrazione al procedimento amministrativo. Qui siamo fuori dal campo della legalità dell'azione amministrativa e piuttosto in quello dell'"opportunità" e, dunque, della valutazione nel "merito" del "risultato" in termini economici e/o sociali⁴². La discrezionalità politica, amministrativa, tecnica si manifesta tramite l'esercizio e l'implementazione di un'autonoma valutazione di opportunità che è di competenza del destinatario della direttiva⁴³. Minore è il vincolo che la fattispecie aperta dell'atto di indirizzo pone al comportamento del destinatario, maggiore è la libertà d'azione di quest'ultimo⁴⁴.

La struttura a fattispecie aperta della direttiva per Bachelet fa sì che la relazione tra politica e amministrazione, astrattamente configurabile nella contrapposizione fini/strumenti, sfumi nella prassi in una "zona grigia" segnata comunque dalla presenza di un diffuso tasso di politicità della decisione che concerne anche i destinatari della direttiva⁴⁵.

⁴¹ Sul livello di manifestazione dell'atto politico nel sistema delle fonti costituzionali si veda la messa a punto di E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 433.

⁴² V. Bachelet, *L'attività di coordinamento*, cit., p. 177, ove si legge che «tali regole non sono di per sé obbligatorie ma lo divengono in base al principio generale che obbliga il funzionario a comportarsi secondo equità convenienza e opportunità».

⁴³ E «pertanto una direttiva non potrà rendere opportuno un atto che obiettivamente non lo sia», V. Bachelet, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁴ In ogni caso «presuppone nell'organo o nel soggetto cui la direttiva è inviata un'ampiezza del potere discrezionale che la direttiva tende a guidare», V. Bachelet, *ibidem*, p. 178. Al riguardo da richiamare è il riferimento agli "interessi normativizzati" che trovano nell'indirizzo il mezzo giuridico di composizione per governarne in modo ordinato la soddisfazione, contenuto in G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, Cedam, 1969, p. 184. Per una ricostruzione del suo pensiero ed in particolare sulla concezione dualista del potere con "l'enuclearsi" a lato del potere normativo di principio direzionale ad esso non riconducibile, *ibidem*, p. 129. Sul punto cfr. G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992, p. 330 ss.

⁴⁵ V. Bachelet, *ibidem*, p. 147.

Questa zona grigia è il territorio dell'“alta amministrazione” nel cui esercizio la competenza propria del “funzionario” si raccorda con la funzione di governo tramite la partecipazione alla formulazione, messa a punto e attuazione della decisione del governo.

La stretta collaborazione comporta necessariamente l'adesione all'indirizzo politico del governo, e fa sì che egli sia legato da rapporto fiduciario con il governo e quindi che la sua preposizione all'ufficio sia effetto di una formale nomina *ad hoc* da parte del governo. In questa prospettiva, si proporrà, per la migliore evidenziazione di tale rapporto, l'inclusione «dei dirigenti generali dei ministeri interessati ai Comitati di indirizzo e coordinamento per le proposte relative alla programmazione per grandi obiettivi»⁴⁶.

9. Tra legittimità e opportunità

È il caso di rimanere sulla discrezionalità amministrativa come categoria ormai considerata essenzialmente solo nel profilo della legalità interna dell'atto amministrativo manifestantesi all'interno del suo percorso procedimentale. Nel ragionamento di Bachelet, ma direi in modo non isolato all'epoca, la discrezionalità, in particolare del titolare/responsabile dell'attività cui è indirizzata la direttiva, non si identifica con quella del contenuto discrezionale dell'atto amministrativo, valutabile secondo il parametro della legittimità interna del provvedimento amministrativo, tramite il giudizio e il riscontro *ex post* della stessa eventualmente in sede giurisdizionale.

Nel rapporto di alta amministrazione, in cui la direttiva si iscrive, la discrezionalità, attinendo al merito dell'azione, al comportamento e al risultato, implica una valutazione condotta essenzialmente secondo il metro dell'opportunità della scelta⁴⁷. Dobbiamo tenere presente come all'epoca la valutazione di legittimità interna, nella tipologia dell'eccesso di potere, trovasse un limite non valicabile nell'accesso al merito dell'azione amministrativa. Nel caso della direttiva, in particolare quella inerente all'amministrazione pubblica dell'economia, la valutazione in termini di legittimità del potere rimaneva circoscritta alla “legalità esterna” quale presupposto dell'esercizio del potere stesso secondo l'ordine delle rispettive competenze. Il rispetto del limite della competenza è ben presente all'epoca e Bachelet lo richiama espressamente citando la facoltà del funzionario, prevista dall'art. 17 del T.U. sull'impiego pubblico del 1958, di astenersi dall'esecuzione, qualora ritenga che la direttiva o l'ordine impartito esorbitino dalla sfera di competenza dell'autorità sovraordinata, con facoltà di richiederne la reiterazione in forma scritta⁴⁸. Il rispetto della disposizione appare fondamentale in una concezione dell'amministrazione come “corpo” del quale si vorrebbe salvaguardare l'unità e la garanzia della sua autonomia sia dai politici che dalle organizzazioni sindacali del personale dipendente⁴⁹.

⁴⁶ M. D'Alberti, *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, in M. D'Alberti (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 17.

⁴⁷ Sulla crisi del modello legale burocratico per la divaricazione tra legittimità ed opportunità, cfr. G. Di Gaspare, voce *Organizzazione amministrativa*, cit., p. 511 ss.

⁴⁸ V. Bachelet, *L'attività di coordinamento*, cit., p. 185.

⁴⁹ M. D'Alberti, *Alta burocrazia, Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Bologna, il Mulino, p. 161.

In questo senso, fermo il rispetto del suddetto limite della competenza, rispetto al contenuto di indirizzo della direttiva, l'apprezzamento del comportamento tenuto, dovrebbe essere valutato, non in base al suo grado di conformità alla stessa, ma secondo parametri di efficienza e di efficacia dell'azione intrapresa rispetto ai doveri di ufficio e ai mezzi effettivamente disponibili. Particolarmente acuta e di fatto successivamente disattesa l'esigenza di sciogliere a tal fine «i nodi degli assetti organizzativi degli uffici, della formazione dei poteri ministeriali fino ai meccanismi di reclutamento e formazione della dirigenza pubblica» senza la cui soluzione la «riforma amministrativa che voglia conferire ai dirigenti più ampi poteri e responsabilità e che intende recepire esperienze proprie dei settori imprenditoriali rischia di arrestarsi sulla soglia delle proclamazioni vuote»⁵⁰.

A partire dagli anni '90 la riconduzione della discrezionalità essenzialmente all'interno della legittimità dell'atto, come estensione della valutazione dell'eccesso di potere, perseguita a fini tuzioristici nella logica della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, ha ulteriormente eroso l'ambito della valutazione dell'opportunità e, quindi, ridotta, se non vanificato, la rilevanza dell'autonomia, non solo di tipo imprenditoriale, dei dirigenti e dei funzionari.

Ne consegue che rimane nella sostanza fuori quadro nell'esasperazione del modello legalitario il punto di approdo di Vittorio Bachelet per il quale, si può dire, forzando forse il suo pensiero verso un punto di sistematizzazione, la giuridicità della direttiva si pone sul piano del rapporto di ufficio. La sua doverosità non deriva dalla intrinseca giuridicità dell'atto e neppure dalla sua incompiuta struttura di comando, né dal suo essere, su altro piano normativo, atto di governo. La giuridicità della direttiva non si coglie neppure nella concatenazione dell'esercizio del potere dalla norma di legge che lo attribuisce al provvedimento che ad esso dà concreta attuazione.

Si tratta, piuttosto, di una giuridicità riflessa che deriva dal rapporto giuridico tra titolare del potere e destinatario dell'atto e che discende quindi da un giudizio che attiene al merito e, dunque, alla valutazione del risultato e del comportamento assunto dal destinatario dell'atto di indirizzo secondo il metro dell'efficacia e della rispondenza al dovere di ufficio al quale è preposto. Con l'ulteriore corollario, per la dirigenza apicale, derivante dalla sua compartecipazione alla dimensione politica del potere, che il destinatario della direttiva debba essere legato da un rapporto di fiducia con il Governo.

10. Alta amministrazione e rapporto fiduciario

L'importanza della nomina a funzioni di alta amministrazione è resa evidente dalla preposizione del funzionario nell'incarico con deliberazione del Consiglio dei ministri. L'atto di nomina comporta una verifica collegiale dell'idoneità del candidato e l'assunzione della responsabilità politica dell'indicazione del ministro proponente. Il procedimento seguito tradizionalmente per la nomina dei direttori generali dei ministeri e delle più alte cariche dello Stato (prefetti, ambasciatori) si estende al complesso dell'amministrazione pubblica dell'economia e, dunque, al vertice degli enti pubblici economici,

⁵⁰ M. D'Alberti, *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, cit., p. 28.

degli enti di gestione e delle aziende statali. In questo senso si spiega come anche gli incarichi di gestione di attività economiche in mano pubblica vengano ricondotti nel perimetro dell'alta amministrazione, anche se – e forse proprio perché – ai vertici dell'amministrazione dell'economia sono sovente posti *manager* non provenienti dalla carriera burocratica.

Va rimarcato tuttavia che anche per l'amministrazione pubblica dell'economia siamo sempre nell'ambito dell'alta amministrazione. Contestualizzando storicamente dobbiamo ricordare che il potere di indirizzo e il coordinamento dei comitati interministeriali e dei singoli ministri si esercitasse comunque nei confronti di enti pubblici come CA-SMEZ, IRI ed ENI o di aziende statali senza personalità giuridica ma dotate di ampie autonomie come all'epoca FFSS e ANAS, per citare solo gli acronimi più rilevanti.

Diverso è però il contenuto dell'attività discrezionale in presenza di attività imprenditoriali che debba essere riconosciuta a chi ne ha conduzione, una autonomia tecnica necessariamente improntata ad una logica di economicità, anche se non di profitto⁵¹. In questi casi il rapporto fiduciario viene paragonato da Bachelet a quello intercorrente nella relazione tra l'azionista e il *management* di una impresa privata. Lo Stato non quale semplice azionista, ma come l'azionista di maggioranza ha la possibilità in qualsiasi momento di valutare l'attività del *manager* ed esercitare, se del caso, la facoltà di revoca dall'incarico, non tanto però sulla base del riscontro della rispondenza o meno all'indirizzo impartito, a volte solo generico, ma sulla base dei risultati conseguiti.

In ambito economico il tasso di asimmetria nella formulazione dell'indirizzo è molto elevato e sovente è il destinatario della stessa che ne elabora i contenuti, come si evince dalla locuzione, proposta all'epoca da Fabio Merusi, di "direttiva circolare"⁵². Il settore pubblico dell'economia, dunque, gravita anch'esso intorno al centro politico democratico dello Stato, costituito da Governo e Parlamento, seppure ruotante su di un'orbita più distanziata rispetto a quella più ravvicinata dell'amministrazione statale.

"Immagine duale" estrema del coordinamento destinata ad entrare in tensione per il progredire, nell'arco del ventennio successivo «dello sviluppo delle amministrazioni di tipo imprenditoriale» nel quale «il carattere continuativo degli interventi richiesti pone in secondo piano il governo e l'incidenza del potere parlamentare»⁵³.

11. Il buon andamento come limite al rapporto fiduciario

Al fondo è il connettivo del rapporto fiduciario che lega e collega tutto il sistema dell'alta amministrazione⁵⁴. Il Governo, nelle sue diverse configurazioni, risponde colle-

⁵¹ In quanto l'intervento pubblico nell'economia si svolge sovente in situazioni di monopolio ed anche l'attività imprenditoriale degli enti di gestione all'epoca è retta dal principio di economicità, piuttosto che da quello della massimizzazione del profitto. Sul principio di economicità cfr. G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 141.

⁵² F. Merusi, *Le direttive governative agli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 63.

⁵³ M. D'Alberty, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, cit., p. 55.

⁵⁴ Sia nella supremazia speciale che nella gerarchia, le direttive sono «espressione caratteristica del rapporto di fiducia», V. Bachelet, *op. cit.*, p. 204.

gialmente o individualmente nei confronti delle Camere ed i vertici delle amministrazioni pubbliche rispondono nei confronti del Governo che li ha nominati. Una trama delle responsabilità autonome e connesse, gli uni verso gli altri, per cui dell'esito negativo della fiducia accordata e mal riposta, del risultato negativo dello svolgimento delle attività rispondono, ognuno nella sfera di spettanza, sia i soggetti coordinanti che quelli coordinati.

La caratura delle responsabilità individuali dipende dal rapporto giuridico che lega chi detiene il potere di indirizzo e coordinamento, essenzialmente politico, ed i soggetti coordinati, anch'essi titolari di funzioni di direzione, in quanto facenti parte del plesso dell'alta amministrazione, e quindi dotati di un potere discrezionale, dipendente ma autonomo, il cui esercizio implica l'assunzione di una responsabilità di tipo gestionale che attiene al merito. Il comportamento, i suoi effetti ed il risultato conseguito devono, pertanto, essere valutati in ordine ai compiti istituzionalmente assegnati e riscontrabili in base alle circostanze in cui l'azione viene in essere alla luce di parametri oggettivi del "buon andamento". Tecnico-economici nel caso dell'amministrazione pubblica dell'economia⁵⁵.

La valutazione del comportamento, pertanto, non ha come parametro il rispetto delle direttive impartite o l'eventuale scarto dalle stesse, ma piuttosto le modalità di esercizio del potere di alta amministrazione di cui il soggetto è titolare ed in questo senso «la responsabilità dei dirigenti dovrebbe essere legata ai risultati conseguiti»⁵⁶. Non c'è quindi una valutazione della conformità all'indirizzo politico come criterio autonomo e sufficiente della valutazione del comportamento⁵⁷. Siamo di fronte ad una responsabilità gestionale, manageriale che può arrivare, proprio sul piano della doverosità dell'ufficio, anche al rifiuto "giustificato" di attenersi alle direttive ricevute perché contrarie al dovere di assicurare il "buon andamento", perché valutate come non opportune.

Come giustamente rimarca Bachelet «una direttiva non potrà rendere opportuno un atto che obbiettivamente non lo sia»⁵⁸. In altri termini il pedissequo adeguamento agli atti di indirizzo non esime il responsabile della mala gestione dal dovere di rispondere, insieme a chi quegli indirizzi ha impartito, senza potersi nascondere dietro l'ottemperanza agli stessi.

12. "Immagini" del coordinamento plurilaterale nel governo dell'economia degli anni Ottanta

In realtà, il tentativo "prescrittivo" di Vittorio Bachelet di ridurre e ricondurre il coordinamento al «modello potenzialmente esclusivo direzionale duale del governo»⁵⁹

⁵⁵ In questo senso la responsabilità disciplinare può nascere non solo per violazione di norme, ma da qualunque comportamento comunque contrario ai doveri di ufficio e quindi ai doveri di buona amministrazione, tanto che nel rapporto disciplinare non vale il principio *nullum crimen sine lege*, cfr. V. Bachelet, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁶ M. D'Alberti, *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, cit., p. 26.

⁵⁷ Con riferimento a Di Robilant considera però "mito" ritenere che le norme che regolano il merito di un comportamento economico non dovrebbero per sé essere considerate giuridiche, in quanto il loro contenuto piuttosto che in un comando consisterebbe in una direttiva economica, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁸ V. Bachelet, *L'attività di coordinamento*, cit., p. 177.

⁵⁹ M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, cit., p. 55.

si constatava, già all'inizio degli anni Ottanta, era andato «incrinandosi e non costituisce ... argine contra la foga feudale delle pubbliche amministrazioni»⁶⁰. L'ordinamento regionale, la sempre più percepibile interferenza nell'ordinamento statale delle fonti sovraordinate di derivazione comunitaria, l'apertura del mercato nazionale alla comunitarizzazione ed alla regolazione incrinano o piuttosto restringono l'ambito di esplicazione dell'indirizzo e coordinamento "duale" incentrato sul congiunto parlamento – governo intorno al quale ruota il complesso organizzativo della pubblica amministrazione così come messo a punto e perfezionato, nella sua ricostruzione descrittiva – prescrittiva, negli studi di Bachelet.

Si avverte all'epoca il passaggio dal «coordinamento duale ... a quello plurilaterale». Un'inedita "forma di auto-coordinamento". L'effetto della cariocinesi inizia ad erodere il "modello stato- centrico" dal suo interno. Un "auto-coordinamento" nella pluralità che ha a suo baricentro enti pubblici economici dotati di una tecnostuttura e nella sostanza titolari di una attribuzione a carattere generale per il perseguimento della missione di cui sono attributari per legge. L'immagine è fornita dalla evoluzione della Cassa del Mezzogiorno che, con l'installarsi dell'ordinamento regionale, opera, ora, in un quadro di competenze per materie distribuito tra Stato e regioni.

È in questo contesto normativo di transizione – e di incerta transazione tra il vecchio e il nuovo intervento straordinario del Mezzogiorno – che appare, con l'«Accordo di programma», la forma embrionale di «coordinamento plurilaterale tra amministrazioni su base convenzionale – equiordinata sul quale si innestano potestà ministeriali e governative»⁶¹. Il nuovo istituto verrebbe perciò a configurarsi come «strumento di attuazione delle prescrizioni generali di settore»⁶². Con esso le amministrazioni si concertano per il raggiungimento di un accordo «caratterizzato dalla comunanza dello scopo». Comunanza di fini che fa sì che il nuovo istituto non sia riconducibile allo schema di un contratto tipico di diritto privato in quanto «non si applicano le regole proprie della corrispettività»⁶³. L'innesto delle "potestà ministeriali e governative" nell'accordo, dunque, non ne modifica la natura che rimane, in quanto tale, sul piano dell'equiordinazione e dell'"auto coordinamento" ma lo integra, se necessario, al fine del raggiungimento dell'obiettivo condiviso in ordine alla efficacia verso i terzi, imprese, collettività e comunità locali.

È il caso oggi di sottolineare come tale forma di auto coordinamento non sia sopravvissuta all'espansione della sfera delle competenze regionali e sia stata da tempo ricondotta nel quadro operativo delle pubbliche amministrazioni introdotto dalla l. n. 241/1990 incentrato sulla disciplina del procedimento amministrativo.

Ed in effetti si rilevava allora come "tali figure di coordinamento plurilaterale" avessero invece una caratura "contrattuale più che procedimentale", auspicandosi che, per questa via, potessero sfuggire alla «trasfigurazione dell'accordo in un atto unilaterale che è stata un po' la croce dei meccanismi precedenti». Trasfigurazione non evitata che

⁶⁰ M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, cit., p. 60.

⁶¹ M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, cit., p. 60.

⁶² M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, cit., p. 62.

⁶³ M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca del concetto*, cit., p. 62.

offre oggi spunti di riflessione sulle conseguenze dell'egemonia culturale della prospettiva procedimentale inclusiva di ogni manifestazione dell'attività amministrativa.

A seguito della legge n. 241/1990 sul procedimento, anche l'accordo di programma è stato omologato nello schema endoprocedimentale. Una specie della "conferenza di servizi" che non sfugge così alla "trasfigurazione in un atto unilaterale". Esito in qualche modo già scritto dal mancato consolidarsi della «contrattualità amministrativa ... in figure consolidate come avviene in Francia – per cui essa – naviga tra due opposte pervertibilità che vanno dall'eccessivo rigore e dalla sfiducia propria delle vecchie normative di contabilità pubblica ... alla totale deroga a tutto ciò»⁶⁴.

13. La scomparsa del merito

Cerchiamo di tirare le fila, a questo punto, sull'indirizzo e il coordinamento sulla base dei parametri desunti dalla rivisitazione dell'opera di Bachelet e dalle osservazioni della dottrina successiva degli inizi degli anni '80.

Abbiamo avuto modo di evidenziare come il presupposto strutturale dell'attività di indirizzo e coordinamento sia una lacuna cognitiva – l'asimmetria informativa – che non consente al titolare del potere di prendere una decisione operativa sull'azione da intraprendere. La presenza e la consistenza di tale lacuna si può riscontrare nell'amministrazione in qualsiasi rapporto di sovraordinazione, incluso quello gerarchico.

Ne consegue che, per quello che riguarda in particolare l'esercizio della funzione di governo, nelle sue varie articolazioni organizzative⁶⁵, l'asimmetria implichi necessariamente che l'organo di governo competente ricorra nella formulazione dell'indirizzo ad un atto a "fattispecie aperta" quale è appunto la direttiva.

Il completamento della fattispecie, ai fini dell'azione da intraprendere, è rimesso ad un'autonoma determinazione prospettica del soggetto che la riceve, posto al vertice di una qualche struttura amministrativa, imprenditoriale o tecnica di rilevanza pubblica.

Chi assume la decisione finale in ordine all'azione da intraprendere, deve tenere conto delle circostanze di tempo e di luogo, delle interazioni, nonché degli effetti collaterali che ne potrebbero conseguire, dovendo in ogni modo far prevalere, nel bilanciamento degli obiettivi e degli strumenti, il dovere del perseguimento dell'"interesse primario" (M.S. Giannini) attribuito per legge all'ufficio (struttura, organismo, ente) cui il destinatario della direttiva è preposto.

In questo senso ai fini della doverosa ponderazione di interessi, mezzi e fini, al titolare dell'ufficio cui la direttiva si rivolge va necessariamente riconosciuta un'ampia sfera di discrezionalità in ordine ad una scelta che attiene al fare e, pertanto, al merito amministrativo. Una valutazione di opportunità, che abbiamo ricordato, ha inevitabilmente un contenuto di politicità, riguardando la combinazione in concreto di strumenti e fini. L'elevato tasso di politicità implica, ai livelli apicali dell'amministrazione, che il titolare della funzione non possa non essere in sintonia con il Governo, potendosi altrimenti la

⁶⁴ M. D'Alberti, *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, cit., p. 16.

⁶⁵ F. Merusi, *Le direttive governative agli enti di gestione*, cit., p. 92, introduce per i comitati interministeriali l'efficace formula di "organi di organi".

componente di politicità declinare in senso anche ostativo agli indirizzi di quest'ultimo.

È questa, pertanto, la ragione per cui il destinatario della direttiva debba trovarsi in una "relazione di fiducia" con il Governo. L'investitura, nomina e incardinazione nell'ufficio avviene però con atto formale del Governo. Un rapporto giuridico trasparente – ad evidenza pubblica – che si instaura con deliberazione del Consiglio dei ministri. All'epoca in cui Bachelet scrive, alla nomina in Consiglio dei ministri seguiva, in allegato al comunicato ufficiale, la pubblicazione del *curriculum vitae* del funzionario in modo da consentire a tutti, di valutarne esperienza e capacità. L'ufficio, invece, cui il dirigente era preposto non era nella disponibilità organizzativa del governo, non poteva essere ritagliato su misura o modellato secondo convenienza del Governo in carica, ma era, in base alla riserva di legge dell'art. 97 Cost., predeterminato nella competenza in base alla legge⁶⁶.

L'incardinazione nell'ufficio comportava, quindi, necessariamente il riconoscimento di una competenza propria sulla base di una norma di legge. La dicotomica investitura, per cui il dirigente, nella specie il direttore generale nominato dal governo, fosse titolare di funzioni predeterminate dalla legge, faceva sì che lo stesso fosse responsabile, non tanto e non solo nei confronti dell'indirizzo politico impartitogli, quanto dei risultati della sua azione, ex art. 97 Cost., e dunque sia sotto il profilo della legittimità, "imparzialità" verso i terzi, sia sotto il profilo del "buon andamento" e quindi dell'opportunità delle sue decisioni nello svolgimento dei compiti dell'ufficio.

È, dunque, rispetto al merito e ai risultati conseguiti, piuttosto che rispetto alla conformità delle direttive impartite, che in base alla nostra Costituzione, dovrebbe essenzialmente essere valutato il "comportamento" del funzionario anche nell'attuazione dell'indirizzo politico.

Il parametro del buon andamento, qualificato allora come «attività giuridicamente rilevante nell'esercizio della funzione» (sempre Giannini), attiene, a differenza dell'imparzialità, all'attività svolta unitariamente considerata, piuttosto che ai singoli provvedimenti amministrativi. Su tale base si sarebbe dovuto apprezzare gli esiti dell'attività funzionalizzata. Dal punto di vista «dell'attività giuridicamente rilevante nell'esercizio della funzione», siamo – è il caso di ribadirlo – su di un terreno diverso, contiguo ma distinto rispetto a quello della legittimità dell'azione amministrativa⁶⁷. Il prevalere invece della concezione normativa della funzione amministrativa, internalizzata nel percorso attuativo della legge e dunque nel procedimento – di cui il provvedimento amministrativo è il precipitato ultimo, (F. Benvenuti)⁶⁸ – ha ridotto l'ambito proprio del merito amministrativo che ha finito così con il porsi al margine estremo del giudizio di legittimità⁶⁹, venendosi

⁶⁶ M. D'Alberti, *Alta burocrazia*, cit., p. 157.

⁶⁷ Sulla vicinanza della concezione duale del potere giuridico di Bachelet a quella di M.S. Giannini per cui la «decisione giuridica ed il giudizio politico si intersecano inevitabilmente» cfr. G. Di Gaspare, *Il potere*, cit., p. 278.

⁶⁸ Sull'identità tra potere giuridico e normativo e sul concetto di funzione ricondotta al procedimento in F. Benvenuti in primis, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, p. 118; altresì: *L'ordinamento repubblicano*, in *Dal regionalismo alla Regioni*, Bologna, 1973, p. 71 e p. 247 e *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1959, p. 133 ss.

⁶⁹ Sulla diversa concezione del potere giuridico, nella contrapposizione tra normativismo e istituzionalismo, con riferimento alla dinamica giuridica e al concetto di funzione nel pensiero di M.S. Giannini e di F. Benvenuti cfr.: G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 344 ss.

conseguentemente il giudizio sul “buon andamento” a coniugarsi con quello dell'imparzialità. Un'endiadi nella dilatata concezione giurisprudenziale dell'eccesso di potere.

Il merito, in questo modo, disancorato dal buon andamento e posto come limite negativo al confine del giudizio di legittimità, è scivolato in una terra incognita per il diritto. Una landa abbandonata priva di rilevanza giuridica.

L'esito di questo processo è stato quello di esentare il funzionario dal rispondere del proprio comportamento sulla base dei risultati conseguiti, ovvero della rispondenza al dovere di ufficio in assenza di atti illegittimi o del riscontro di illeciti penali. Una estensione della valutazione di legalità, peraltro, che ne ha paralizzato, in modo già percepibile all'inizio degli anni Ottanta, l'azione in quanto si osservava «Il timore del giudice ... induce il dirigente ad una grande cautela nell'adottare decisioni»⁷⁰. Interrotto il *continuum* tra la responsabilità politica e quella amministrativa, scomparsa la “zona grigia” dell'alta amministrazione, è stato caducato anche il nesso tra la responsabilità del funzionario e quella politica del ministro e/o del Governo nei confronti del Parlamento. In questo ordine di idee, al funzionario – o al “dirigente” per usare la terminologia corrente – si chiede ora di dare conto, esclusivamente dell'ottemperanza alle direttive impartitegli, secondo una concezione normativa delle stesse come atti fonte, mallevandolo dal dovere di rendere i conti sulla base dei risultati raggiunti secondo il parametro dell'opportunità.

Il punto di svolta, in ordine all'assorbimento del giudizio di merito nello schema attuativo della legge, può forse essere colto nella decisione del 1990 della Corte costituzionale (C. cost., 15 ottobre 1990, n. 453), che ne fornisce la motivazione. La responsabilizzazione dell'amministrazione, esclusivamente sotto l'egida della legalità, fungerebbe da correttivo al carattere intrinsecamente partigiano dell'azione di governo, conseguenza inevitabile, nelle democrazie, dell'essere lo stesso Governo espressione di una maggioranza di parte piuttosto che dell'intera collettività, per cui la tutela dei cittadini, in definitiva, potrebbe essere ricercata e assicurata solo nella e dalla legalità dell'azione amministrativa.

Ragionamento condivisibile forse dal punto di vista strettamente della tutela dei terzi, meno però da quello dell'efficienza dell'azione amministrativa in quanto il principio di distinzione elimina il nesso di responsabilità governativa conseguente alla nomina dell'alto funzionario da parte del governo, vanificando la responsabilità ministeriale del *simul stabunt, simul cadent*⁷¹. Questa distinzione/separazione a partire dagli anni Novanta si è andata estendendo alle amministrazioni regionali nonché locali, lasciando peraltro il solo funzionario nel perimetro della responsabilità amministrativa. Trova purtroppo conferma quanto già intravisto, in termini di inerzia amministrativa e di apparente vuoto di potere all'inizio degli anni Ottanta. La separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa ha subito non poche smentite. I ministri non si sono prodigati nel determinare le direttive i programmi e le scale di priorità che la legge ha affidato alla loro cura e i dirigenti hanno finito per rinunciare ampiamente all'esercizio della loro autonomia gestionale⁷².

⁷⁰ M. D'Alberti, *Alta burocrazia*, cit., p. 166.

⁷¹ G. Di Gaspare, *Miti e paradossi della riforma amministrativa*, cit., p. 662 ss.

⁷² M. D'Alberti, *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, cit., p. 17.

La scabrosa ipotesi della corruzione sociale

Cesare Pinelli

Sommario: 1. Un'attenzione costante al tema della corruzione. – 2. Le conseguenze inattese delle riforme degli anni Novanta. – 3. Il disinteresse dei riformatori per il momento dell'attuazione delle riforme. – 4. Le minoranze organizzate e il lato oscuro del pluralismo sociale. – 5. La rimozione dei doveri costituzionali. – 6. La crisi della democrazia. – 7. I discorsi sulla Costituzione.

1. Un'attenzione costante al tema della corruzione

La corruzione è uno dei temi più frequentati nella riflessione di Marco D'Alberti. Quando la corruzione, scriveva all'indomani di Tangentopoli, «si addensa maggiormente in un'età determinata, accade che la dissolutezza dei singoli, le frodi degli individui, l'abbandono dei principi morali e giuridici, si accompagnino ad un insieme più ampio di patologie, a forme di degenerazione del sistema politico, istituzionale, economico. In altri termini, la corruzione “soggettiva”, fatta dei comportamenti moralmente o penalmente illeciti dei singoli, si coniuga con una corruzione “oggettiva”», consistente nel disfaccimento di larghe parti della struttura politica e istituzionale. È questa che chiamiamo “oggettiva” l'immagine più profonda e più antica della corruzione»¹.

Di recente è tornato a più riprese sul tema², fino a dedicargli un volume apposito³. Una riflessione costante, dunque, del resto incentrata sul male forse meno facilmente estirpabile fra quelli di cui soffre il nostro Paese, come dimostra una precisa periodizzazione: dall'Unità alla fine dell'Ottocento, da questa alla Prima guerra mondiale, la fase del fascismo, la Repubblica fino a Tangentopoli, l'ultimo trentennio⁴.

¹ M. D'Alberti, *Corruzione «soggettiva» e «oggettiva»*, in M. D'Alberti e R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 13.

² M. D'Alberti, *Lotta alla corruzione e crescita economica*, in L. Paganetto (a cura di), *Giustizia sociale, occupazione e crescita*, Roma, Eurilink, 2013, p. 65; M. D'Alberti, *Corruption of the Institutional Systems: Remedies*, in L. Paganetto (a cura di), *Dynamism in an Anaemic Europe*, Cham, Springer, 2015, p. 285 ss.; M. D'Alberti, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in Id. (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p. 11 ss.; M. D'Alberti, *Il propagarsi della corruzione amministrativa*, in Id. (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017, p. 1 ss.

³ M. D'Alberti, *Corruzione*, Treccani, Roma, 2020.

⁴ M. D'Alberti, *Corruzione*, cit., p. 25 ss.

Richiamo solo un passo di Francesco Saverio Merlino: «Una forza maggiore, una corrente più potente delle buone intenzioni di cento, mille e centomila elettori spinge a galla i meno scrupolosi e trascina i nuovi venuti nel gorgo in cui son periti i suoi predecessori. In ogni amministrazione si forma un potere occulto che ordina, eseguisce, traffica senza freno né misura, vivendo e facendo vivere tutti coloro, e quelli soli, che si rendono complici delle sue prevaricazioni e dei suoi misfatti»⁵.

Si può reagire evitando le strade oggi tanto battute del cinismo mascherato dalla presa d'atto di un male endemico e dell'indignazione moralistica finalizzata a tornaconti elettorali o editoriali? D'Alberti risponde di sì nel momento in cui cerca rimedi alla corruzione oggettiva, dopo aver esplorato territori cui dice essere riservata «pochissima attenzione»⁶, e più vasti e infidi di quelli oggetto di repressione penale⁷. È consapevole che il diritto può incidere sulla convivenza civile solo a certe condizioni ed entro certi limiti, ma è altrettanto convinto che sia compito del giurista indicarli, proprio per «combattere il nemico» con strumenti il più possibile attrezzati.

Questa disposizione d'animo non ha a che vedere col metodo né con la deontologia. Consiste piuttosto in una tenacia che si avvale sì di un approccio realistico, ma che pure lo sfida ogni volta che gli esiti dell'indagine consiglino di non insistere coi propositi di cambiare lo stato delle cose. La tenacia del riformista forgiata da decenni di disillusioni, essendo rimasta inascoltata la raccomandazione che «la democrazia non può salvaguardare la “buona amministrazione” e in definitiva sé stessa con il solo diritto penale attivato, magari, per via di delazione e poi puntualmente intralciato. Molte altre strade devono essere aperte per chiamare a rispondere tempestivamente e puntualmente chi male amministra e governa»⁸.

Nel condividere questa difficile posizione, ritengo a più forte ragione matura un'analisi degli intralci e dei cortocircuiti incontrati dalle riforme amministrative degli anni Novanta che più di altre si proponevano di rimediare alla corruzione. Da cui l'esigenza di tornare sulla sua «immagine più profonda e più antica», che induce a riferire la corruzione ai rapporti fra istituzioni e gruppi sociali, di solito ritenuti in democrazia al di sopra di ogni sospetto.

2. Le conseguenze inattese delle riforme degli anni Novanta

D'Alberti annovera fra le maggiori cause della corruzione la debolezza delle pubbliche amministrazioni, per difetto di specializzazione tecnica, tanto più necessaria di fronte alla crescente incidenza del diritto dell'Unione europea e della globalizzazione⁹, e per la scarsa presa dei controlli, in particolare dei servizi ispettivi sull'attività priva-

⁵ F.S. Merlino, *Questa è l'Italia* (1890), Milano, Cooperativa del Libro Popolare, 1953, p. 75.

⁶ M. D'Alberti, *I due nemici da combattere*, cit., p. 14.

⁷ M. D'Alberti, *Corruzione*, cit., p. 99 ss.

⁸ S. Ristuccia, *Riflessioni sugli scandali politici: controllo sociale e controllo istituzionale*, in *Amministrare e governare. Governo parlamento amministrazione nella crisi del sistema politico*, Roma, Officina, 1980, p. 462.

⁹ M. D'Alberti, *Corruzione*, cit., p. 51.

ta¹⁰. Per ambedue gli aspetti, una tradizione prestigiosa dell'amministrazione centrale fu inconsapevolmente compromessa dalle concrete modalità di una regionalizzazione avviata anche per superare, come si diceva allora, «l'elefantiasi burocratica» del centro.

Come le riforme degli anni Settanta, quelle intervenute dopo Tangentopoli per arginare la corruzione produrranno conseguenze inattese che hanno indebolito l'amministrazione sui due fronti cruciali del rapporto con la politica e dei controlli.

La nota distinzione fra compiti di direzione politica e di gestione amministrativa (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29), concepita in funzione di responsabilizzazione dell'amministrazione, ebbe presto una correzione di rotta con l'integrale privatizzazione della dirigenza, nella misura in cui gli incarichi dei dirigenti generali venivano affidati agli organi di direzione politica senza un apprezzabile riscontro di requisiti di professionalità¹¹. La diffusione dello "spirito del maggioritario" dopo il referendum elettorale del 1993, con la conforme legislazione a livello nazionale e l'elezione dei Presidenti delle Giunte regionali a suffragio diretto, offriva una copertura culturale al ricorso dei legislatori (statali e regionali) a un sistema delle spoglie indiscriminato, assai più accentuato di quanto consentissero i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento. Se infatti la previsione di un circuito fiduciario tra dirigenti di vertice e Governo poteva giustificarsi con l'esigenza di attuare il programma governativo, lo stesso non poteva dirsi per i dirigenti non apicali. Il mancato rinnovo di costoro, non accompagnato da criteri sufficientemente obbiettivi, dava ai vertici politici una libertà di gioco che la faticosa procedura di revoca non avrebbe potuto mai assicurare¹². Si aggiunga che la Corte costituzionale ha reagito in ritardo (a partire dalle sentt. 23 marzo 2007, nn. 103 e 104), e comunque con una portata ben più limitata di quella di una legge generale di riforma.

In definitiva, il combinarsi di indirizzi politico-legislativi diversi o contraddittori e delle connesse retoriche – la distinzione dalla politica, la privatizzazione dell'impiego pubblico, lo spirito del maggioritario – ha finito col dequotare l'amministrazione nel suo rapporto con la sfera politica a un punto da cui tuttora stenta a risalire.

Di conseguenze inattese può parlarsi a maggior ragione per le riforme dei controlli amministrativi compiute prima con la l. n. 20/1994, poi con l'abrogazione degli artt. 125 e 130 Cost. (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3). Esito di una lunghissima polemica contro i controlli preventivi, meramente cartolari e formalistici – della Corte dei conti sugli atti del governo e degli organi di controllo sugli atti delle Regioni e degli enti locali –, queste riforme miravano a spostare il riscontro sulla congruità delle gestioni agli obiettivi fissati con legge, anche grazie alla rilettura degli enunciati costituzionali rilevanti nel frattempo compiuta dalla Corte costituzionale (soprattutto nella sent. 27 gennaio 1995, n. 29).

L'operazione veniva tuttavia tentata all'indomani della scoperta in sede giudiziaria di una corruzione politico-amministrativa così capillare da prendere il nome di "Tangentopoli", anche per via di una rete dei controlli a maglie troppo larghe per non lasciare al giudice penale l'ultimo possibile baluardo della legalità, tanto che la cifra di am-

¹⁰ M. D'Alberti, *Corruzione*, cit., p. 112.

¹¹ La tendenza, avviata dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, culminò nella l. 15 luglio 2002, n. 145.

¹² C. Pinelli, *Ministri, dirigenti e amministrazioni. Uno sguardo costituzionale sulla nuova disciplina*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1998, p. 445 ss.

ministratori pubblici coinvolti in procedimenti per delitti contro la pubblica amministrazione era salita a diciassette mila¹³.

Per riuscire, l'operazione avrebbe richiesto un ripensamento della missione della Corte dei conti, e una pronta messa in opera dei controlli interni introdotti con la riforma dell'impiego pubblico del 1993. Non si ebbero né l'una né l'altra. Anzi la contestuale entrata in funzione delle sezioni giurisdizionali regionali spaventò gli amministratori, i quali cercarono di stare alla larga da qualsiasi forma di responsabilità. Più tardi, la normativa europea avrebbe indotto la Corte a concentrarsi sulla legalità di comportamenti degli enti locali suscettibili di mettere a rischio gli equilibri di bilancio, con una "finanziarizzazione" dei controlli comunque ben distinta da controlli di gestione volti ad accertare la capacità degli enti di fornire servizi economici ed efficienti.

Fu dunque in un «vuoto di iniziativa della maggiore autorità di controllo esterno» nell'identificare indici di corruzione che venne istituita l'Autorità nazionale anticorruzione¹⁴. E la questione se, fino a che punto e come la sua istituzione sia stata in grado di colmare le carenze dei controlli andrebbe tenuta presente ogni volta che di quell'Autorità si esamini il rendimento.

3. Il disinteresse dei riformatori per il momento dell'attuazione delle riforme

Ad accomunare le vicende accennate è l'incuria per l'attuazione degli obiettivi stabiliti con legge. Risalente tendenza nazionale, che non ha risparmiato i riformatori alle prese coi problemi della corruzione emersa con Tangentopoli, nonostante fossero partiti con le migliori intenzioni. Il che giustifica l'opinione secondo cui, più ancora di una qualsiasi riforma, urge ridurre il divario fra la legislazione in vigore e le regole che effettivamente governano l'economia e la società: ad esempio, il rafforzamento delle procedure volte ad assicurare la concorrenza nelle gare per appalti pubblici intralcerà solo i concorrenti estranei ad accordi illeciti fino a quando questi precederanno la gara, vanificando l'efficacia di ogni misura di contrasto¹⁵. D'altra parte, la prevenzione della corruzione sarà opera estremamente difficile fino a quando l'assenza o la debolezza dell'amministrazione tecnica renderà il potere pubblico troppo permeabile dagli interessi privati già dal momento della stesura dei progetti, e con essa della effettiva individuazione dell'interesse pubblico da perseguire.

L'incuria per queste ed altre considerazioni elementari potrebbe aver caratterizzato le classi politiche della Repubblica ora perché troppo convinte delle loro virtù, come quella dei primi decenni, ora perché inconsapevoli del loro stesso ruolo come l'attuale. Ad ogni modo, non è pensabile che la scarsa e cattiva attuazione delle riforme possa così spiegarsi a sufficienza.

¹³ V. Scordamaglia, *Nuovo processo penale e politica criminale*, in *Politica del diritto*, 1992, p. 435.

¹⁴ G. D'Auria, *Controlli esterni sull'attività amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., p. 416.

¹⁵ A. Capussela, *Declino Italia*, Torino, Einaudi, 2021, p. 32.

4. Le minoranze organizzate e il lato oscuro del pluralismo sociale

Un ampio filone della scienza politica, da Gaetano Mosca a Mancur Olson, ha dimostrato la capacità di gruppi sociali organizzati di condizionare i pubblici poteri fino a vanificare il perseguimento di obiettivi di riforme ad essi sgraditi, e nello stesso tempo di prevalere sulla grande maggioranza dei cittadini fino a quando resterà silenziosa e dispersa, come i residenti di Corsico e di Gioia Tauro di fronte alla 'ndrangheta o i contribuenti fedeli di fronte all'evasione fiscale¹⁶. Le medesime ragioni strutturali possono venire addotte per spiegare fenomeni come la inosservanza dei doveri costituzionali e la crisi della democrazia rappresentativa, che fanno anch'essi emergere il lato oscuro e corporativo del pluralismo, ossia la dimensione sociale della corruzione alimentata da sfiducia e da particolarismo.

Un approccio alternativo è orientato alla denuncia dei colpevoli, al di là dei responsabili di reati di corruzione. Un celebre elenco delle promesse non mantenute della democrazia¹⁷ già si prestava a essere letto nei termini di un tradimento dei dirigenti politici nei confronti dei cittadini¹⁸. Più tardi, Tangentopoli farà emergere un divario apparentemente incolmabile fra partiti e società, con una politica che proprio per questo inizia a predicare la lotta contro la corruzione "con toni moralistici" delegandola alla magistratura¹⁹. E va nello stesso senso l'opinione che "la distanza fra élite e popolo" basti a spiegare i trionfi elettorali dei partiti populisti.

Si perdono così di vista sia la necessità per il potere politico di adattarsi a flussi di comunicazione sociale di cui non può disporre sul piano giuridico²⁰, sia i condizionamenti reciproci fra rappresentanti e rappresentati, sia la crescente sfiducia non solo verso i governanti, ma anche fra cittadini e gruppi sociali. Né gli elettori possono sempre considerarsi spettatori inermi del gioco del potere, visti i frequenti estesi ricambi di personale politico.

Per la verità, alcuni avevano criticato il generale abbandono dell'antica accezione di corruzione come decadenza o corrosione interna di un regime, «quasi che gli anticorpi sviluppati nella fase di strutturazione istituzionale dei regimi rappresentativi possano garantire, come per le malattie esantematiche, una immunità permanente»²¹. Come escludere che proprio l'ossequio alla volontà popolare manifestata attraverso il suffragio universale abbia fatto smarrire il risvolto sociale della corruzione? Se si assume, parafrasando un antico detto, che "*The people can do no wrong*", diventa impensabile ogni discorso sulla corruzione sociale, col risultato di occultare l'ipotesi che attribuisce

¹⁶ A. Capussela, *Declino Italia*, cit., p. 49.

¹⁷ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984, p. 8 ss.

¹⁸ P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, Paris, Gallimard, 1998, p. 468.

¹⁹ L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014, p. 166.

²⁰ G. Bonaiuti, *Dalla "folla" al "pubblico". Sul «governo popolare» in Gabriel Tarde*, in G. Bonaiuti, G. Ruocco e L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo del popolo. Rappresentanza, partecipazione, esclusione alle origini della democrazia moderna. 3. Dalla Comune di Parigi alla Prima guerra mondiale*, Roma, Viella, 2014, p. 221.

²¹ S. Belligni, *Corruzione e scienza politica: una riflessione agli inizi*, in *Teoria politica*, 1987, risp. p. 63 e p. 65.

alla presa di minoranze organizzate sui poteri pubblici il pregiudizio, ad un tempo, della legalità e degli interessi della grande ma dispersa maggioranza dei cittadini.

Un esempio estremo dal punto di vista democratico è offerto dai casi di commissariamento prefettizio di certi Comuni per infiltrazione mafiosa, nei quali il rinnovo del Consiglio vede rieletti i consiglieri uscenti la cui condotta aveva originato la scelta di commissariare il Comune. È un circolo vizioso che riflette la massima tensione possibile fra legalità e democrazia, incomprensibile secondo lo schema che riconduce esclusivamente ai titolari del potere pubblico la fonte della corruzione²².

5. La rimozione dei doveri costituzionali

Altrettanto eloquente è la rimozione dei doveri dall'orizzonte della convivenza. Gli elevati tassi di evasione e di elusione fiscale e l'inosservanza, se non l'ostentato rifiuto, della legalità sono i sintomi maggiori di un progressivo svuotamento del significato dei doveri costituzionali presso fasce significative di popolazione. Questi comportamenti si saldano con compiacenti attitudini dei pubblici poteri, dalla legislazione sui condoni (fiscali, edilizi, valutari) a frequenti dichiarazioni di "lotta all'evasione fiscale" prive di seguito amministrativo, senza contare l'accennata generale carenza di controlli.

Le origini del frequente disconoscimento dei doveri pubblici non possono non rinvenirsi, di nuovo, negli intrecci o negli aggiustamenti di interessi, di gruppi sociali più o meno numerosi, potenti e abbienti col potere politico e amministrativo, a spese della generalità dei cittadini. A sua volta, il disconoscimento genera conseguenze sulla finanza pubblica, al punto che un integrale recupero dell'evasione fiscale basterebbe come è noto a ripianare l'immenso debito pubblico del Paese, e sulle rappresentazioni collettive, in termini di sfiducia fra i cittadini e dei cittadini verso lo Stato. La sfiducia favorisce la diffusione della corruzione, e rimuove dal senso comune la consapevolezza che la connessione costituzionale fra doveri e diritti è condizione di un uso responsabile della libertà, che altrimenti si riduce a rivendicazione individualistica.

La portata delle conseguenze dell'evasione fiscale sulla finanza pubblica, e della illegalità sulla possibilità di generare investimenti, dovrebbe dimostrare che gli enunciati costituzionali sui doveri non sono mai un sermone moralistico. Al contrario, indicano la via necessaria verso l'utilità comune. Una utilità che nella giuspubblicistica è stata persa di vista dopo decenni di polemiche contro l'astratto interesse generale dello Stato-persona, e di ascrizioni di una retorica controproducente alla Costituzione, la quale parla invece la lingua di una ragionevole convenienza che può essere appresa da tutti.

Si è contrapposta una "società verticale" di privilegiati interessati a perpetuare le gerarchie a una "società orizzontale" ove prosperino i principi costituzionali di dignità, eguaglianza e democrazia, e si sono attribuiti al predominio dei primi i livelli di corruzione e di illegalità perduranti dopo Tangentopoli²³. In realtà le forze in campo non sono tanto disposte lungo la linea alto/basso, quanto trasversalmente, perlomeno nella

²² Mi pare tuttora fondamentale D. Gambetta, *Mafia: i costi della sfiducia*, in Id. (a cura di), *Strategie della fiducia. Indagini sulla razionalità della cooperazione*, Torino, Einaudi, 1989, p. 203 ss.

²³ G. Colombo, *Sulle regole*, Milano, Feltrinelli, 2017, p. 126 ss.

misura in cui le minoranze organizzate si compongono di gruppi e individui di diversa estrazione sociale e culturale.

La contrapposizione fra le due società presuppone poi, più o meno consapevolmente, che la Costituzione disegna una tavola di valori tanto elevati da risultare anche moralmente inattuabili dai comuni cittadini²⁴. Se proviamo a rovesciare una simile visione guardando ai benefici pratici dell'osservanza dei doveri costituzionali, otteniamo una prospettiva consequenzialista più efficace di altre per contrastare il particolarismo e l'individualismo predatorio.

D'altronde il testo non ostenta mai il nesso fra libertà e responsabilità, che pure è l'autentica alternativa al tornaconto o all'individualismo predatorio²⁵. Nell'affiancare la libertà all'eguaglianza quali condizioni del "pieno sviluppo della persona umana", il testo assume bensì la compresenza di ostacoli che limitano di fatto l'una e l'altra onde richiedere alla Repubblica il compito di rimuoverli; ma non si sporge oltre, lasciando impregiudicata ogni indicazione su quel "pieno sviluppo". Il silenzio sull'uso della libertà scongiura il rischio di ogni giudizio calato dall'alto, che lo spettro dello Stato etico rendeva ben presente ai Costituenti.

6. La crisi della democrazia

Riferita ai fondamenti della convivenza civile, la corruzione si presenta come crisi della democrazia. Qui le specificità nazionali andrebbero distinte con la maggior precisione possibile da comuni tendenze di lungo periodo.

Di recente si sono collocati sotto l'etichetta di "regressione costituzionale" i numerosi casi di regimi che sfuggono alla dicotomia novecentesca fra democrazia costituzionale e totalitarismo. Contrariamente alle "regressioni autoritarie", caratterizzate da un improvviso cambiamento di regime dovuto a un colpo di stato militare o all'uso abnorme dei poteri di emergenza, le "regressioni costituzionali" deriverebbero da un declino lento, incrementale ed endogeno della qualità delle elezioni, dei diritti di parola e di associazione, e del principio di legalità, col risultato di offuscare la percezione collettiva che la democrazia è in pericolo, e di rendere più costosa e meno efficace la resistenza al consolidamento antidemocratico del potere politico²⁶. Come potrebbe del resto consolidarsi, ottenendo il consenso degli elettori, senza una contestuale progressiva corruzione dei legami sociali che facevano affidamento sulla reciproca libertà?

La domanda acquista tanto più senso se si considera che, nell'orizzonte del neoliberismo, le forme democratiche sopravvivono a condizione di mantenere l'elettorato in uno stato di passività di fronte al costante aumento della disuguaglianza, al mutuo rafforzamento del potere politico e del potere economico e ad un'accresciuta indifferenza collet-

²⁴ Per la vicenda che ha condotto all'affermazione di questa visione, A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

²⁵ G. Amato, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, Cedam, 1990, p. 29.

²⁶ A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 *Ucla L. Rev.* 78 (2018), p. 117 ss.

tiva per la corruzione²⁷. Analisi peraltro condivisa da chi, esaminate le ragioni della diffusione della corruzione in epoca di mercati globali, giunge a ritenerla inevitabile²⁸.

Rispetto a queste tendenze generali, la crisi italiana presenta tratti ambivalenti. Ha anticipato la regressione per quanto riguarda il principio di legalità, la credibilità dei rappresentanti e l'ascesa di poteri privati dotati di forza politica, mentre sembra resistere sul terreno delle garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali e dello smantellamento delle reti pluralistiche. Più che di distanza dei cittadini dalla classe politica, è corretto parlare di due universi paralleli, che però attraversano anche il cittadino-elettore. Infatti la resistenza alla regressione costituzionale non ferma il processo di corruzione dei legami sociali per quanto va oltre la pura sopravvivenza. Constatata l'assenza di una credibile identificazione politica, e il blocco del ricambio delle élite perseguito da gruppi organizzati, il tentativo dei più si esaurisce appunto nel difendere un universo di pratiche di sopravvivenza, di aggiustamenti contingenti, con una contrazione forzata dell'orizzonte delle attese non solo collettive ma anche individuali.

7. I discorsi sulla Costituzione

Lo stato di passività degli elettori di cui parlano gli studiosi delle regressioni costituzionali acquista da noi questa specifica valenza. Un elettorato che solo formalmente alimenta il circuito democratico, e per il resto rinuncia a condividere ogni visione dell'interesse pubblico, e a contrastare la spinta inerziale delle minoranze organizzate.

Anche i discorsi sulla Costituzione dovrebbero tenerne conto. Di solito si concludono con esortazioni alla classe politica a colmare la distanza dalla società. E così se ne ignorano quelle relazioni di prossimità coi gruppi sociali che alimentano la corruzione oggettiva, e una conseguente generalizzata sfiducia. Sono i processi di apprendimento dello stare insieme che vanno ripensati, come confermano gli studi volti a ricondurre la generale accettazione della corruzione al «divario esistente tra la società idealmente descritta e desiderata dalle norme morali e dalla normativa statale e quella che potremmo indicare come la "prassi corrente"»²⁹. Tanto meglio potrebbero essere ripensati, quei processi, se nella Costituzione si cogliesse non un'etica a noi sovrapposta, ma uno *ius quo utimur* che consente di riscoprire e rinverdire i fondamenti etici di un reciproco riconoscimento.

²⁷ C. Crouch, *Combattere la postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 32 ss.

²⁸ B. Milanovic, *Capitalismo contro capitalismo. La sfida che deciderà il nostro futuro*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 178 ss.

²⁹ G. Grottanelli de' Santi, *Osservazioni scontate in tema di tolleranza della corruzione*, in *Rassegna parlamentare*, 2015, p. 50.

La *compliance*: nozioni e problemi

Maria De Benedetto

Sommario: 1. La nozione di *compliance* e la sua recente duplicazione. – 1.1. Adempimento. – 1.2. Conformità. – 2. La *compliance* fiscale come paradigma della *compliance* amministrativa. – 3. I problemi della *compliance*. – 3.1. Dal punto di vista della decisione individuale. – 3.2. Dal punto di vista dell'azione istituzionale. – 3.3. Dal punto di vista dell'interesse d'impresa. – 4. Le strategie di *compliance*, tra fiducia e controlli.

1. La nozione di *compliance* e la sua recente duplicazione

Why people obey the law è il titolo di un libro del 1990¹ che ben simboleggia ai fini del presente scritto la *compliance* quale autonomo tema di ricerca, collocandolo nel più ampio ambito della letteratura multidisciplinare in materia di regolazione. Il dibattito accademico in materia ha, peraltro, riproposto questioni da tempo al centro della teoria e della pratica del diritto². In sintesi, le regole ci dicono quello che bisogna fare e non quello che faremo³ e malgrado la loro forma imperativa e il loro carattere obbligatorio, sono essenzialmente un tentativo di persuasione⁴: per questo è necessario sia capire le ragioni della più diversa natura (economiche, morali, culturali, sociali, psicologiche) alla base dell'osservanza degli obblighi normativi che studiare i modi per assicurarla (anche a livello amministrativo), quanto più possibile. Se senza *compliance* non si può garantire l'effettività delle regole – necessaria a risolvere conflitti, proteggere interessi meritevoli, prevenire rischi e garantire l'organizzazione della vita associata⁵ – allora la

¹ T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven, Yale University Press, 1990, ripubblicato con nuova introduzione nel 2006 da Princeton University Press.

² A tale riguardo si richiama la polemica intercorsa tra Cesare Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, Milano, Feltrinelli, 1991, prima edizione 1764) e Giacinto Dragonetti (*Trattato delle virtù e dei premi*, Roma, Carocci, 2012, prima edizione 1766), richiamata da Stefano Zamagni nella prefazione alla riedizione di Dragonetti, p. 27 ss.

³ G. Vedel, *Le hasard et la nécessité*, in *Pouvoirs*, 50, 1989, p. 27.

⁴ A. Alcott, *The effectiveness of law*, in *Valparaiso University Law Review*, 15, 2, 1981, p. 235. V. anche J. Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in *L'année sociologique*, 9, 1957, p. 7: «le ton impérieux [delle regole] ne les préserve pas de l'ineffectivité».

⁵ Sull'argomento v. M. D'Alberty, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica,

questione della *compliance* investe frontalmente e conduce a riconsiderare il modo di concepire, regolare e svolgere funzioni pubbliche caratterizzate da imperatività: infatti, la *compliance* non si esaurisce nell'ottemperanza (cioè nella stretta osservanza di obblighi) ma è costituita anche da consenso⁶, il quale ha (tra l'altro) influenza sull'andamento del contenzioso⁷.

Il tema – così delineato – è sempre più frequentemente richiamato nel dibattito a livello internazionale⁸, in numerosi ambiti di studio delle scienze umane e sociali ed è recentemente divenuto oggetto di attenzione persino da parte di studiosi di intelligenza artificiale che ne esplorano la possibile traduzione algoritmica in processi decisionali e di controllo, pubblici e privati.

Per quanto frequente, l'uso del termine *compliance* è però foriero di qualche ambiguità che è opportuno chiarire proprio per comprenderne sia la crescente rilevanza (si è parlato della nostra come di “era della *compliance*”⁹) che la sua attitudine a fungere da nozione di sintesi in vista di una riflessione di stampo amministrativo, giacché sotto l'ombrello della *compliance* si situano numerosi argomenti d'interesse per l'amministrativista (come si vedrà nel par. 2).

Nel suo primo e più ampio significato, *compliance* indica proprio l'*adempimento spontaneo di una obbligazione normativa*, risposta conforme all'attesa di comportamento cristallizzata nella regola. Si adempie in riferimento ad ordini, divieti e permessi, per cui si considera il grado di osservanza¹⁰. Conseguire la *compliance* è problema centrale nell'azione di governo, tanto che la si guardi dal punto di vista della sua legit-

2011. V. anche M. De Benedetto, N. Rangone, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Diritto pubblico*, 2019, 3, p. 747.

⁶ Si veda, al riguardo, M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, Vol. XVIII, 1963, p. 531, dove si svolge in nota il seguente ragionamento: «È giuridicamente irrilevante che il consenso ci sia o che non ci sia: non è esatto concepire l'imperatività come potere di agire senza il consenso altrui, o contro il consenso altrui: qui il consenso è solo irrilevante. Né si confonda tra il consenso e l'ottemperanza. L'ottemperanza è, di solito, in diritto positivo configurata come obbligo, e quindi è obbligo di eseguire: or se il consenso all'atto è irrilevante, l'obbligo invece è rilevante, ma non è che l'adempimento di esso significhi consenso al provvedimento, perché si può ottemperare senza consentire. Ciò spiega perché la esecuzione spontanea del provvedimento sia compatibile con l'impugnativa di esso, secondo quanto la giurisprudenza, per intuito ebbe a stabilire».

⁷ E. Bardach, R.A. Kagan, *Going by the Book. The Problem of Regulatory Unreasonableness*, Piscataway, NJ, Transaction Publishers, 2010, originally published in 1982 by Temple University Press, p. 128: «the good inspector [...] has the knack of gaining compliance without stimulating legal contestation».

⁸ A tale riguardo, si veda in particolare il contributo dell'Ocse in materia di *tax compliance*: OECD, *Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance*, 2004; OECD, *Co-operative Compliance: A Framework. From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, 2013; OECD, *Measures of Tax Compliance Outcomes. A Practical Guide*, 2014. V. anche OECD, *Corporate Anti-corruption Compliance Drivers, Mechanisms and Ideas for Change*, 2020. V. anche E. Chiti, *The Governance of Compliance*, in M. Cremona (Ed.), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 31.

⁹ Assonime, Note e Studi 5, 2019, *Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa*, Gruppo di lavoro della Giunta Assonime coordinato da Pietro Guindani, p. 11.

¹⁰ Sul punto, R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, strategies and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 236. V. anche J.T. Scholz, *Voluntary compliance and Regulatory enforcement*, in *Law & Policy*, 1984, p. 385.

timazione che da quello dei costi di funzionamento degli apparati chiamati a garantire l'attuazione e l'osservanza delle regole (l'*enforcement*).

In un secondo, assai più circoscritto significato, la *compliance* è intesa come funzione aziendale volta ad assicurare *conformità* rispetto a regolazioni settoriali che toccano la vita di imprese o di organizzazioni pubbliche, combinando principi gestionali e strumenti normativi¹¹. Di fatto la *compliance*-conformità è un modo di perseguire la *compliance*-adempimento diverso dal tradizionale *public enforcement* (basato principalmente su controlli e sanzioni), un modo nuovo imperniato sulla richiesta ai soggetti che già dovrebbero adempiere anche dell'approntamento di processi per il controllo del proprio adempimento, con l'obiettivo di ridurre il carico del (o di rendere più efficace il) *public enforcement*. Si pensi agli obblighi volti a far adottare modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati di corruzione nelle imprese (come nella disciplina europea e nazionale della *Corporate Social Responsibility*) e nelle istituzioni (come nella legislazione nazionale in materia di prevenzione della corruzione).

Questa sovrapposizione lessicale crea una certa confusione tra il *genus* (*compliance*-adempimento) e la *species* (*compliance*-conformità) per cui la seconda appare oggi quasi dominante. Ebbene, a fronte di questa asimmetria si tenterà di riaffermare l'importanza dello studio della *compliance*-adempimento in vista di una maggiore effettività delle regole, tra l'altro indicando il settore della fiscalità come ambito paradigmatico; di sottolineare l'importanza del perseguimento della *compliance* da una prospettiva schiettamente amministrativa e con uno strumentario (ampliato e aggiornato) di *public enforcement*; nonché di evidenziare alcune possibili criticità di un approccio regolatorio che sia eccessivamente confidente nelle soluzioni di *compliance*-conformità, importandole a fini "cosmetici"¹² nella *governance* delle amministrazioni pubbliche.

1.1. Adempimento

La *compliance*, si è visto, costituisce un rilevante problema dei sistemi giuridici contemporanei: caratterizzati da crisi fiscale permanente¹³, da patologica inflazione normativa, da crisi di fiducia nelle istituzioni, questi hanno oggi più che in passato l'esigenza di accrescere l'adempimento di cittadini e imprese per ridurre gli alti costi di *enforcement*, quelli di contenzioso, assicurare una maggiore effettività all'intervento pubblico e rafforzare la propria legittimazione. Si pensi alla *compliance* in materia previdenziale, a quella relativa agli obblighi in materia di distanziamento sociale per contrastare la diffusione della pandemia, alla risposta ad un programma di vaccinazione, al

¹¹ Sulle misure relative alla struttura delle imprese come misure pubbliche di disciplina dell'economia, cfr. M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 56 ss.

¹² G.M. Flick, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato* (artt. 7 e 18 della Legge 124/2015), in www.Italiadecide.it, 2019, p. 9, dove si parla di «evitare da un lato una *cosmetic compliance* inutile; [ed] evitare, dall'altro lato, una regolamentazione o insufficiente o comunque inadatta a conseguire il risultato voluto».

¹³ D. Osborne, P. Hutchinson, *The Price of Government: Getting the Results We Need in An Age of Permanent Fiscal Crisis*, New York, Basic Books, 2004.

rispetto di divieti di fumo o dell'obbligo di adeguare impianti ed esercizi commerciali alla normativa antincendi e altro ancora.

Le motivazioni della *compliance* sono assai importanti e andrebbero tenute in adeguata considerazione, sia quando si adottano regole che quando si attuano ¹⁴.

Ci sono motivazioni che operano *dall'esterno*, si basano sul timore di sanzioni proprio per indurre l'adempimento facendo leva sulla deterrenza: qui la *compliance* è strettamente legata all'attuazione delle regole, vale a dire che è oggetto di strategie imperniate sull'*enforcement* regolatorio. Altre motivazioni sono *di tipo interno*, connesse al sistema di valori o a ragioni di natura morale ¹⁵, operano nell'assenza di coercizione ¹⁶ e presuppongono una determinazione libera del soggetto. Altre motivazioni ancora combinano spinte esterne ed interne: così la *procedural justice* (ad esempio relativamente alla condotta degli ispettori), la più generale interazione con le autorità ¹⁷ o la pressione per l'adempimento/inadempimento che giunga dai gruppi di appartenenza, operando attraverso *social imitation factors* ¹⁸.

Accanto alla statica considerazione dei motivi che possono di volta in volta influenzarla, la scelta di adempimento è stata spiegata attraverso il ricorso a modelli e ha, più di recente, mosso un considerevole numero di studi e ricerche di natura empirica e sperimentale.

Ai nostri fini, il punto di partenza è quello fissato dalla letteratura economica che basandosi sull'approccio tradizionale informato a incentivi e disincentivi ha il merito di aver posto la questione della decisione individuale di adempimento configurandola in chiave istituzionale ¹⁹. Questa decisione, infatti, sarebbe il risultato di fattori che tutti dipendono dalla regolazione, poiché pone in relazione il costo della *compliance*, la misura della sanzione e il rischio di incorrere nella sanzione (anche per effetto di controlli): i cittadini o le imprese che assumono decisioni circa la *compliance* sono qui ritenuti attori razionali e informati, quando parcheggiano così come quando pagano o evadono le imposte.

Come noto questo modello di *compliance* è stato criticato. Ad esempio, l'efficacia delle sanzioni monetarie è stata contestata, dal momento che sono suscettibili di essere

¹⁴ Tom R. Tyler, *Why People Obey to the Law*, cit.

¹⁵ H.L.A. Hart, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, prima edizione 1961, specialmente p. 258; v. anche P. Koslowski, *Principles of Ethical Economy*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2001.

¹⁶ Sul punto v. C. Hodges, *Corporate Behaviour: Enforcement, Support or Ethical Culture?*, in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 19, 2015, e C. Hodges, R. Steinholtz, *Ethical Business Practice and Regulation. A Behavioural and Values-Based Approach to Compliance and Enforcement*, Oxford, Hart, 2017.

¹⁷ Sulla "procedural injustice" come fonte di *non-compliance* v. J. Braithwaite, *Improving Compliance: Strategies and Practical Applications in OECD Countries*, OECD, 1993, p. 9. V. ancora T.R. Tyler, *Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law*, in *Crime and Justice*, 30, 2003, p. 283.

¹⁸ T.R. Tyler, *The psychology of legitimacy: A relational perspective on voluntary deference to authorities*, in *Personality and Social Psychology Review*, 1, 4, 1997, p. 323.

¹⁹ Cfr. G.S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *The Journal of Political Economy*, 76, 2, 1968, p. 169. Si veda anche A. Ogus, *Corruption and regulatory structures*, in *Law & Policy*, 26, 2004, p. 329; v. ancora J.G. Lambsdorff, *Corruption and rent-seeking*, in *Public Choice*, 113, 2002, p. 97. V., infine, K. Hawkins, J.M. Thomas (eds.), *Enforcing Regulation*, Leiden, Kluwer-Nijhoff Publishing, 1984.

considerate dei prezzi per l'inadempimento²⁰; una applicazione troppo rigida del modello di *enforcement* basato sulla deterrenza potrebbe condurre finanche ad una più alta inosservanza (effetto di *slippery slope*)²¹; studi ed evidenze comportamentali²² hanno palesato i frequenti *biases* nel *real people*, soprattutto quando vengono valutati i rischi o si calcolano i benefici²³. Insomma, è ormai chiaro che nella decisione relativa alla *compliance* confluiscono anche elementi ulteriori, "oltre" la mera razionalità economica.

Ebbene, gli studi in materia di *compliance* in una pluralità di ambiti disciplinari hanno contribuito alla costruzione di un modello più aperto ed integrato in cui la scelta di adempimento non è più ricondotta solo ad incentivi e disincentivi strettamente economici, ma è sensibile anche a strategie di educazione e persuasione nonché ad altre sollecitazioni, sviluppate dalle scienze comportamentali, sulle cui evidenze sono stati approntati nuovi tipi di incentivi, definiti "spinte gentili" (i c.d. *nudge*)²⁴.

1.2. Conformità

La complessità delle funzioni di controllo, il diffuso inadempimento e il fallimento della regolazione economica in alcuni settori, hanno generato negli ultimi decenni la necessità di strategie di *compliance* più efficaci, contribuendo alla nascita del nuovo paradigma della *regulatory compliance* (anche detto "conformità").

Dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso negli Stati Uniti iniziò ad essere veicolato il «concept of imposing responsibility on companies to establish internal controls to prevent corporate wrongdoing»²⁵. In alcuni settori (tutela ambientale, sicurezza sul lavoro, regolazione finanziaria), il rischio di *non-compliance* venne considerato troppo alto e le possibili conseguenze, in termini di danno, indesiderabili dal punto di

²⁰ U. Gneezy, A. Rustichini, *A Fine Is a Price*, in *The Journal of Legal Studies*, 29, 1, 2000, p. 1.

²¹ Sul punto si veda l'importante contributo di E. Kirchler, *The Economic Psychology of Tax Behaviour*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 16, dove si descrive proprio lo "Slippery slope model": «A cooperative climate is based on and favours compliance, which is derived from commitment as a motivational posture and from high tax morale in the society. Rather than guaranteeing compliance, audits and fines may have opposite effects in a trustful climate and thus corrupt voluntary compliance». Si veda anche J. Olsen, M. Kang, E. Kirchler, *Tax Psychology*, in A. Lewis (Ed.), *The Cambridge Handbook of Psychology and Economic Behaviour*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 405.

²² Sull'argomento v. N. Rangone, *Making Law Effective: Behavioural Insights into Compliance*, in *European Journal of Risk Regulation*, 9, 3, 2018, p. 483.

²³ Cfr. C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 50, 1998, p. 1471; v. anche G.A. Akerlof, R.J. Shiller, *Animal Spirits. How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

²⁴ Sul punto cfr. N. Rangone, *Tools for effective law: a focus on nudge and empowerment*, in *Concorrenza e Mercato*, 2017, 24, p. 195. Sia consentito il rinvio a M. De Benedetto, *Understanding and preventing corruption: a regulatory approach*, in A. Cerrillo-i-Martínez e J. Ponce (eds.) *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 63 ss.

²⁵ M. Josephson, *History of the integrity, ethics and compliance movement: a cautionary tale for CEOs and corporate directors*, in *Ethikos*, 2014, p. 13. Sulla esperienza statunitense in materia di *regulatory compliance* v. B. Du Marais, *Compliance et conformité*, in *Dictionnaire des Régulations*, entrée n. 20, Lexis Nexis, 2016, p. 192.

vista regolatorio²⁶. Per questo, accanto alle forme tradizionali di *public enforcement* (basate essenzialmente su controlli e sanzioni), le imprese sono state progressivamente gravate dell'obbligo di adottare formali sistemi di *regulatory compliance*²⁷ (o *compliance programs*²⁸) che combinano principi di gestione organizzativa e strumenti regolatori²⁹ volti a sviluppare una cultura aziendale orientata all'adempimento, per farle cooperare con le autorità³⁰ nel perseguimento degli obiettivi della regolazione³¹.

Tra l'altro, appartengono a questa tipologia di regolazione, la disciplina Europea e le normative degli stati membri in materia di responsabilità sociale d'impresa³², le linee-guida sulla *compliance antitrust*³³, l'adempimento collaborativo in materia fiscale³⁴, le regolazioni di conformità nel settore bancario³⁵; ancora sono rilevanti per la *compliance-conformità* le normative in materia di protezione dei dati personali³⁶ e di anti-riciclaggio³⁷.

Nel quadro di un più generale movimento inteso alla diffusione di pratiche di *better and more ethical business*³⁸, la *compliance* è così stata strutturata come una funzione

²⁶ Sul punto, v. M. Aalders, T. Wilthagen, *Moving beyond command-and-control: Reflexivity in the regulation of occupational health and safety and the environment*, in *Law & Policy*, 19, 4, 1997, p. 415.

²⁷ C. Parker, *Compliance professionalism and regulatory community: The Australian trade practices regime*, in *Journal of Law & Society*, 26, 2, 1999, p. 215; N. Reichman, *Moving backstage: Uncovering the role of compliance practices in shaping regulatory policy*, in K. Schlegel e D. Weisburd (eds.), *White Collar Crime Reconsidered*, Lebanon (NH), Northeastern University Press, 1992, p. 244 ss.

²⁸ OECD, *Reducing the risk of policy failure: challenges for regulatory compliance*, OECD, 2000.

²⁹ B. Du Marais, *Compliance et conformité*, cit., p. 196.

³⁰ Unodc, *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*, 2013, p. 2: «neither governments nor companies can fight corruption alone. The private and public sectors must work together in this effort».

³¹ Cfr. D. DeMott, *Organizational incentives to care about the law*, in *Law & Contemporary Problems*, 60, 3, 1997, p. 39-40.

³² A partire dal Green paper della European Commission, *Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility*, 18 July 2001, COM(2001) 366 final.

³³ Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimento n. 27356, *Linee Guida sulla compliance antitrust*, 25 settembre 2018 che attuano le *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, adottate con delibera del 22 ottobre 2014, n. 25152 e, in particolare, il paragrafo 23 che considera tra le circostanze attenuanti «l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali». Sull'argomento F. Ghezzi, *Le linee guida sull'antitrust compliance, tra finalità educative e dissuasive ed incentivi ad una condotta 'eticamente corretta' dell'impresa*, in *Rivista delle società*, 2019, 1, p. 91. V., inoltre, S. Calkins, *Corporate compliance and the anti-trust agencies' bi-modal penalties*, in *Law & Contemporary Problems*, 60, 3, 1997, p. 127.

³⁴ Il regime di adempimento collaborativo è stato introdotto con il d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23*.

³⁵ Si parla al riguardo di *Banking conformity regulation*. V. Direttiva 2004/39/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio on *markets in financial instruments*, art. 13, *Organisational requirements*.

³⁶ B. Du Marais, *Compliance et conformité*, cit., p. 195.

³⁷ Cfr. P. Pavone, F. Parisi, *Compliance and corporate anti-money laundering regulation*, in *Journal of Governance and Regulation*, 7, 2, 2018, p. 7.

³⁸ Cfr. ancora C. Hodges, R. Steinholtz, *Ethical Business Practice and Regulation. A Behavioural and*

interna all'attività d'impresa (prevalentemente nelle imprese di maggiori dimensioni³⁹) articolandosi in procedure intese ad assicurare contemporaneamente l'applicazione di regole esterne (che giungono cioè dai diversi tipi di regolatori) e l'adempimento nei riguardi dei sistemi di controllo interno, introdotti proprio per assicurare l'applicazione delle regole esterne. Al servizio di queste funzioni si sono, inoltre, sviluppate competenze professionali e tecnologiche (si parla al riguardo di *Regulatory Technology-RegTech*)⁴⁰.

2. La compliance fiscale come paradigma della compliance amministrativa

Un settore di amministrazione più degli altri è stato oggetto di studi in materia di *compliance*-adempimento e ci consente di strutturare il ragionamento in termini utili ad una riflessione di stampo amministrativo. Ci si riferisce al settore della fiscalità e agli studi in materia di *tax compliance*, fiorenti nella letteratura economica, tradizionale e *behavioural*⁴¹, in quella specifica in materia di *regulatory enforcement*⁴² e con una forte incidenza di ricerche di tipo sperimentale⁴³.

Values-Based Approach to Compliance and Enforcement, cit. V. anche C. Mayer, *Firm Commitment. Why the Corporation is Failing Us and How to Restore Trust in It*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

³⁹ Sul punto v. Assonime, *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, Roma, 2008. Si veda, inoltre, Assonime, Note e Studi 5/2019, *Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa*, cit., p. 17-18: «L'intero impianto della disciplina 231 e la sua stessa filosofia ruotano attorno alla prevenzione dei reati all'interno di strutture complesse, in cui si genera una cultura autonoma rispetto a quella delle persone fisiche che ne fanno parte e in cui vengono adottati meccanismi di autoregolazione in grado di contenere le spinte criminogene che si generano al proprio interno. In presenza di strutture poco o affatto articolate, con un ridotto numero di dipendenti e con una sostanziale coincidenza tra titolari dell'impresa e gestori della stessa, questo modello normativo entra in crisi [...]».

⁴⁰ Cfr., M. Becker, K. Merz, R. Buchkremer, *RegTech the Application of Modern Information Technology Solutions in Regulatory Affairs: Areas of Interest in Research and Practice*, in *Intelligent Systems in Accounting Finance & Management*, 27, 4, 2020, p. 161: «Concerning risk and compliance management activities of financial institutions (FIs), new technological solutions are referred to as regulatory technology, or RegTech». Si veda anche C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review*, 71, 2019, p. 1.

⁴¹ Cfr. L. Franzoni, *Tax Evasion and Tax Compliance*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 4, p. 51, a cura di B. Bouckaert, G. De Geest, Edward Elgar, 1999. V. anche A. Hite, M.W. Spicer, *Maximizing the effectiveness of legal sanctions as mechanisms for controlling tax evasion*, in *Proceedings of the Annual Conference on Taxation Held under the Auspices of the National Tax Association-Tax Institute of America*, 82, 1989, p. 252. M. Wenzel, *The social side of sanctions: personal and social norms as moderators of deterrence*, in *Law and Human Behavior*, 28, 2004, p. 547; J. Alm, I. Sanchez, A. de Juan, *Economic and Noneconomic Factors in Tax Compliance*, in *Kyklos*, 48, 1, 1995, p. 1.

⁴² Cfr. V. Braithwaite, J. Braithwaite, *An Evolving Compliance Model for Tax Enforcement*, in N. Shover e J.P. Wright (eds.), *Crimes of Privilege. Readings in White-Collar Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

⁴³ Sul punto cfr. L. Mittone, *Dynamic Behaviour in Tax Evasion: an Experimental Approach*, in *The Journal of Socio-Economics*, 35, 5, 2006, p. 813; B. Kastlunger, R.E. Kirher, L. Mittone, J. Pitters, *Sequence of audits, tax compliance, and taxpaying strategies*, in *Journal of Economic Psychology*, 30, 3,

È facile comprendere la ragione al fondo di questa specialità del settore nella chiave interpretativa della *compliance*. L'acquisizione delle entrate è, infatti, l'ambito di regolazione e il settore di amministrazione in cui la spinta all'effettività (cui la *compliance* si correla) è maggiore, più direttamente riconducibile alla sopravvivenza dell'ente impositore (sia questo lo Stato, un comune o altro ente titolare di un qualsivoglia potere impositivo): senza entrate, infatti, l'ente semplicemente non vive. Ed è proprio in questo ambito che più facilmente possiamo riconoscere quanto l'armamentario amministrativo possa essere ricapitolato nell'ampia cornice della *compliance*⁴⁴; proprio in questo ambito ci si può, inoltre, dare una spiegazione del perché l'armamentario si innovi di continuo e si muova con un deciso anticipo e una maggiore velocità rispetto ad altri settori di amministrazione⁴⁵.

La ricerca della *compliance* fiscale e l'obiettivo di migliorare il rapporto con i contribuenti⁴⁶ ha portato, innanzi tutto, ad introdurre *istituti di tipo nuovo*, volti a prevenire il possibile contenzioso (come l'interpello⁴⁷) o a rendere inopponibile all'amministrazione condotte elusive della *compliance*⁴⁸. Si è, poi, affermato un *modo nuovo di svolgere compiti amministrativi consolidati*, coinvolgendo gli amministrati in meccanismi di auto-dichiarazione e liquidazione dell'imposta⁴⁹ associati a controlli basati sulla pianificazione *risk-based* (la pericolosità fiscale è da tempo rilevante nell'azione di controllo del fisco) così da aumentarne la deterrenza. In questo settore, a ben vedere, vige una vera e propria *amministrazione della compliance* che comprende attività non

2009, p. 405; J. Slemrod, M. Blumenthal, C. Christian, *Taxpayer response to an increased probability of audit: evidence from a controlled experiment in Minnesota*, in *Journal of Public Economics*, 79, 3, 2001, 455, p. 455.

⁴⁴ Si veda, al riguardo, l'impostazione di R. Lupi, *Diritto amministrativo dei tributi*, Roma, Castelvecchi, 2017.

⁴⁵ S. Manestra, *Per una storia della tax compliance in Italia*, in *Quaderni di Economia e finanza*, occasional papers, Banca d'Italia, 2010, 81.

⁴⁶ F. Gallo, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, seconda edizione, Bologna, il Mulino, 2011.

⁴⁷ Corte dei conti, Sez. Centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Deliberazione 5 agosto 2015, n. 5/2015/G, *Gli istituti dell'interpello fiscale*, p. 19: «Per interpello, in linea generale, si intende la 'procedura di cui il contribuente può avvalersi per acquisire preventivamente dall'amministrazione finanziaria un parere in ordine a fatti e/o situazioni di incerta interpretazione'; sul piano funzionale, quindi, un istituto, interno al sistema d'imposta, teleologicamente deflattivo, volto a precludere possibili conflitti nell'applicazione della norma tributaria; un meccanismo orientato a favorire, in concreto, l'adozione di soluzioni convergenti in rapporto ad episodi di fiscalità potenzialmente induttivi di effetti divergenti».

⁴⁸ L'art. 37-bis, d.P.R., 29 settembre 1973, n. 600, introdotto nel 1997, ha previsto "Disposizioni antielusive". La norma è stata abrogata dal d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128 e sostituita con l'art. 10 bis della l. 27 luglio 2000, n. 212 (Disposizioni in materia di Statuto dei diritti del contribuente) che ha fatto, peraltro, ricorso alla formula di "abuso del diritto", utilizzata in ambito tributario dalla Corte di Cassazione, Sezione Tributaria Civile, sentenza 13 maggio 2009, n. 10981 («il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici»). V., da ultimo, R. Lupi, *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rassegna Tributaria*, 1994, p. 225.

⁴⁹ Sul punto cfr. S. James, C. Alley, *Tax Compliance, Self-Assessment and Tax Administration*, in *Journal of Finance and Management in Public Services*, 2, 1999, p. 28.

strettamente procedurali (come le lettere di *compliance*⁵⁰) e vari tipi di incentivazione dell'adempimento: questo viene premiato (indicatori di *compliance*⁵¹), reso più semplice (dai caaf, alle semplificazioni, al modello 730, alla precompilazione delle dichiarazioni dei redditi⁵²), reso più conveniente (dai condoni fiscali⁵³ alla ridefinizione del ruolo delle sanzioni⁵⁴). Sempre, infine, si cerca di prevenire il contenzioso che rende incerta la *compliance* (attraverso l'ampia famiglia di istituti deflattivi⁵⁵).

La ricerca della *compliance* da parte delle imprese ha poi visto l'introduzione del già richiamato regime di adempimento collaborativo, quale soluzione di *compliance*-conformità con l'obiettivo di «promuovere l'adozione di forme di comunicazione e di cooperazione rafforzate basate sul reciproco affidamento tra Amministrazione finanziaria e contribuenti, nonché di favorire nel comune interesse la prevenzione e la risoluzione delle controversie in materia fiscale»⁵⁶.

⁵⁰ Sul punto v. Agenzia delle entrate, *L'Agenzia ti scrive: lettere di invito a regolarizzare possibili errori*, luglio 2017, 2, dove si fa riferimento proprio alla «condivisione» con il contribuente di informazioni che consentirebbero all'amministrazione di muovere una pretesa, ponendo le condizioni per indurre all'adempimento.

⁵¹ Agli Indici Sintetici di Affidabilità (ISA) si collegano livelli di premialità per i contribuenti più affidabili (art. 7 bis, decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193; art. 9 bis, decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50). Per una ricostruzione v. anche A.C. 4440, Dossier n. 574 – Schede di lettura, *Indici sintetici di affidabilità fiscale*, 8 maggio 2017.

⁵² In generale, sulla disciplina del procedimento tributario – investita negli ultimi decenni da un forte impulso di modernizzazione, in vista del miglioramento e della semplificazione dei rapporti tra amministrazione e contribuenti – cfr. M. De Benedetto, *Il procedimento amministrativo tributario*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, 1, p. 141 ss.

⁵³ Sull'argomento v. E. De Mita, *Il condono fiscale tra genesi e politica e limiti costituzionali*, in *Jus*, 2003, p. 423 e R. Lupi, *Le illusioni fiscali*, Bologna, il Mulino, 1996, in particolare p. 73.

⁵⁴ S.M. Sheffrin, R.K. Triest, *Attitudes and sanctions in taxpayer compliance*, in *Proceedings of the Annual Conference on Taxation Held under the Auspices of the National Tax Association-Tax Institute of America*, 82, 1989, p. 245. V. anche G. Melis, *Tax compliance e sanzioni tributarie*, in *Rassegna Tributaria*, 2017, 3, p. 751.

⁵⁵ Si veda, in particolare, M. Mastrogregori, *L'analisi del contenzioso tributario come strumento di 'monitoraggio qualitativo' (e sue potenzialità in termini di compliance ed effetti deflattivi del contenzioso)*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2018, 2, p. 54.

⁵⁶ Art. 3, comma 1, prima parte del d.lgs. n. 128/2015. Di fatto, si tratta di un sistema che promuove e incentiva la costruzione da parte delle imprese di un *Tax Control Framework (TCF)*, definito dall'OCSE come «[...] the part of the system of internal control that assures the accuracy and completeness of the tax returns and disclosures made by an enterprise. The TCF plays a central part in bringing rigour to the co-operative compliance concept» (OECD, *Co-operative Tax Compliance. Building better tax control frameworks*, OECD 2016). Pertanto, possono aderire al regime i contribuenti «dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inteso quale rischio di operare in violazione di norme di natura tributaria ovvero in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario» (art. 3, comma 1, seconda parte). Si veda anche il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate prot. n. 53237 del 14 aprile 2016, *Integrazione del modello di adesione al regime di adempimento collaborativo*, <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/schede/agevolazioni/regime-di-adempimento-collaborativo/infogen-reg-adempimento-collaborativo>. L'adesione al regime garantisce alle imprese una relazione privilegiata con l'Amministrazione fiscale e diversi effetti di natura premiale (art. 6, d.lgs. n. 128/2015) come procedure abbreviate, sanzioni ridotte e altre semplificazioni. Sull'argomento cfr. R. Lupi, V. Azzolini, G. Gargiulo, *La 'cooperative compliance': una legge manifesto in mezzo al gaudio*, in *Dialoghi tributari*, 2015, 8, 4, p. 401; F. Gallo, *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, in *Diritto e pratiche tributarie*, 2014, 6, I, in particolare pp. 952-953.

In sintesi, un ragionamento amministrativo compiuto in materia di *compliance* trova nell'amministrazione fiscale sia un paradigma che il suo ambito elettivo di ricerca, dove è chiaro che il modo di amministrare è inteso ad influenzare la cooperazione degli amministrati coniugando ottemperanza ma anche ricerca di consenso⁵⁷.

3. I problemi della *compliance*

Il tema della *compliance* è ricco di profili problematici, comunque lo si osservi. Alcuni riguardano la decisione individuale di adempimento, altri le strategie istituzionali volte a conseguirlo e ad accrescerlo, altri ancora toccano il punto di vista delle imprese che sostengono importanti costi necessari a certificare il loro impegno per la *compliance*.

3.1. Dal punto di vista della decisione individuale

La scelta di adempimento nei riguardi di una prescrizione normativa sembrerebbe ben adattarsi ad una logica binaria (adempimento/non-adempimento). Questa prospettiva è però eccessivamente semplificata giacché le ragioni dell'adempimento o del mancato adempimento possono essere diverse e sono tutte rilevanti per definire risposte istituzionali opportune ed efficaci⁵⁸.

L'adempimento, come si è visto può essere correlato a intima persuasione, forte senso di moralità, pressioni di tipo sociale, paura delle sanzioni e altro ancora. Anche il mancato adempimento può corrispondere ad un ventaglio di motivazioni diverse⁵⁹. Può essere dovuto, ad esempio, all'intenzione di estrarre una rendita lucrando da una violazione, come nel caso di importi di denaro che, pur dovuti, non vengono versati. Ma l'adempimento potrebbe essere difficile e costoso, tanto che un'impresa può trovarsi nella condizione di non poter adeguare i suoi impianti alle prescrizioni che derivino da una nuova normativa. Inoltre, i cittadini potrebbero non essere informati riguardo a nuove disposizioni, per carenze della comunicazione istituzionale o contraddittorietà a monte della legislazione. Può darsi poi che, a fronte di obblighi normativi le amministrazioni non eseguano controlli praticando una sorta di tolleranza amministrativa la quale opera in senso disincentivante per l'adempimento. Ancora, può darsi il caso in cui il mancato adempimento debba farsi risalire alla percezione che i cittadini hanno del regolatore come privo di legittimazione e che quindi possa giustificarsi quale sorta di ribellione; oppure che i cittadini abbiano una distorta percezione del proprio adem-

⁵⁷ M. Nussi, *La tax compliance del contribuente e il diritto ad una buona amministrazione*, in M. Pierro (a cura di), *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 117.

⁵⁸ In generale, cfr. C. Hodges, *Ethical Business Regulation: Understanding the Evidence*, Department for Business Innovation & Skills, Better Regulation Delivery Office, February 2016, p. 9: «Enforcement policies should generally avoid the concept of deterrence, since it has limited effect on behaviour, conflicts with a learning-based performance culture, and is undemocratic».

⁵⁹ Cfr. OECD, *Reducing the risk of policy failures. Challenges for regulatory compliance*, OECD, 2000, p. 73.

pimento («people think they comply, even if they don't»⁶⁰); o, infine, che cittadini e imprese alternino periodi di inosservanza a periodi in cui tentano di ritornare nell'alveo della legalità aderendo a programmi di regolarizzazione o condoni fiscali⁶¹.

È, infine, importante ricordare che ha assunto sempre maggiore rilevanza la *creative compliance*⁶² o elusione, resa possibile dalla patologica inflazione normativa che caratterizza gli ordinamenti contemporanei (e quello italiano più di altri). Qui i destinatari delle regole ne aggirano lo scopo e ne tradiscono lo spirito per conseguire i vantaggi desiderati, senza però infrangere frontalmente il dettato. L'elusione è facilitata dall'ampia disponibilità di schemi di condotta offerti dalla legislazione, la cui combinazione opportunistica (normalmente suggerita da consulenti ed esperti) consente di conseguire risultati altrimenti non ammessi. In questo caso la logica binaria, *compliance/non-compliance*, premio/sanzione non funziona ed occorre avvalersi di strumenti quali le *anti-avoidance rules* (le richiamate norme antielusive, da tempo operanti nel settore fiscale) per disinnescarne l'effetto vietato (o abusivo)⁶³.

Dunque, se in teoria la distinzione tra adempimento e inadempimento è importante, nella pratica le situazioni si presentano spesso in modo più articolato: politiche che si propongano di conseguire una più ampia *compliance* da parte di cittadini e imprese dovrebbero evitare il rischio che deriva dall'appiattimento delle regole su una logica binaria.

3.2. Dal punto di vista dell'azione istituzionale

La *compliance* non è sempre un obiettivo in sé e per sé. Solo qualche volta gli effetti ricercati dalla regolazione si conseguono direttamente con l'adempimento (si pensi al divieto di fumo o all'obbligo di indossare il casco o all'acquisizione delle entrate fiscali); talaltra, questo è un passaggio intermedio verso il conseguimento dell'effetto ricercato di prevenzione, protezione o prestazione (ad esempio, l'osservanza dell'obbligo di nominare sui cantieri un responsabile della sicurezza per conseguire l'effetto sostanziale della sicurezza sul lavoro). In questi casi, non è detto che la mancanza di *compliance* comprometta il risultato finale ricercato, così come che la *compliance* ne consenta senz'altro il conseguimento. Insomma, si capisce bene questo passaggio adottando le nozioni di effettività formale e sostanziale: il rispetto delle norme e delle decisioni amministrative da parte dei destinatari è effettività formale, il perseguimento dell'obiet-

⁶⁰ C. Hodges, R. Steinholtz, *Ethical Business Practice and Regulation. A Behavioural and Values-Based Approach to Compliance and Enforcement*, cit., p. 11.

⁶¹ K. Baer, E. Le Borne, *Tax Amnesties: Theory, Trends, and Some Alternatives*, International Monetary Fund, 2008, p. 27 «Compliance effect (a complex, yet crucial, dynamic effect). Tax amnesties can either increase compliance by enabling current tax evaders to regularize their situation or decrease it by increasing expectations of future tax amnesties and by discouraging current law-abiding citizens (who observe that previous tax evaders were not detected)».

⁶² R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation*, cit., p. 232.

⁶³ Cfr. H.M. Revenue, Customs, *General Anti-Abuse Rule guidance*, 28 March 2018, B3.1: «The primary policy objective of the GAAR is to deter taxpayers from entering into abusive arrangements, and to deter would-be promoters from promoting such arrangements».

tivo ultimo di queste è effettività sostanziale (di cui la *compliance* è comunque una determinante)⁶⁴.

Dal momento che i motivi della *compliance* sono diversi, gli studiosi hanno ritenuto necessario graduare e diversificare le strategie di attuazione, tradizionalmente imperniate su controlli e sanzioni⁶⁵. Nel contesto di quella che è stata definita⁶⁶ “responsive regulation”⁶⁷, le possibili risposte dei pubblici poteri di fronte alle violazioni vengono graduate come in una “piramide”⁶⁸. Quando la violazione è correlata a difficoltà dell’adempimento, gli ispettori dovrebbero operare alla stregua di consulenti per rendere la *compliance* più semplice. Solo il reiterato mancato adempimento e i casi più gravi di violazione dovrebbero comportare l’irrogazione di sanzioni. Una regolazione “really responsive”⁶⁹, peraltro, si pone il problema di adattare controlli e sanzioni alle concrete situazioni: così, se è importante aprire a strategie di *enforcement* cooperativo, in situazioni di serio rischio potrebbe invece essere opportuno adottare immediatamente una reazione molto incisiva e severa⁷⁰.

In ogni caso, tutte le attività orientate all’attuazione delle regole (il cd. *regulatory delivery*⁷¹) dovrebbero essere intese a conseguire la *compliance* evitando, per quanto possibile, di stimolare il contenzioso⁷², non di rado correlato alla cattiva esperienza regolatoria vissuta da cittadini e imprese⁷³ in occasione di controlli.

3.3. Dal punto di vista dell’interesse d’impresa

L’introduzione di regolazioni di conformità ha reso visibile, come in uno specchio, che le imprese hanno un interesse a certificare il loro impegno per la *compliance*, il che

⁶⁴ M. De Benedetto, N. Rangone, *La questione amministrativa dell’effettività: regole, decisioni e fatti*, cit., p. 764.

⁶⁵ Sul punto, cfr. J.T. Scholz, *Voluntary Compliance and Regulatory Enforcement*, in *Law & Policy*, 6, 1984, p. 385.

⁶⁶ Cfr. I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 35.

⁶⁷ Su questo aspetto, cfr. F. Blanc, *From Chasing Violations to Managing Risks*, Edward Elgar, 2018, p. 146 dove si descrive la «pyramid of escalating severity, and that the regulators need to be responsive, i.e., change approaches as business behaviours change».

⁶⁸ Sul punto, v. P. Mascini, *Why was the enforcement pyramid so influential? And what price was paid?*, in *Regulation and Governance*, 7, 1, 2013, Special Issue: *Twenty Years of Responsive Regulation: An Appreciation and Appraisal*, p. 58.

⁶⁹ R. Baldwin, J. Black, *Really Responsive Regulation*, in *Modern Law Review*, 71, 1, 2008, p. 59 e R. Baldwin, J. Black, *Really Responsive Risk-Based Regulation*, in *Law and Policy*, 32, 2, 2010, p. 181.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 62-63. Sul punto cfr. F. Blanc, *From Chasing Violations to Managing Risks*, cit., p. 146.

⁷¹ Sul punto v. G. Russell, C. Hodges (eds.), *Regulatory Delivery*, Oxford, Hart, 2019.

⁷² E. Bardach, R.A. Kagan, *Going by the Book. The Problem of Regulatory Unreasonableness*, Piscataway, Transaction Publishers, 2010, originally published in 1982 by Temple University Press, p. 128. V. ancora, F. Blanc, *Inspection Reforms: Why, How and with what Results*, OECD, 2012, p. 4 (Inspection and enforcement procedures).

⁷³ F. Blanc, *Inspection Reforms: Why, How and with what Results*, cit., p. 7.

spiega anche la crescente ricerca di *compliance officers* nei settori ad alto tasso di regolazione.

Infatti, le imprese che adottano programmi di *compliance* o internalizzano una funzione di *compliance* nella loro *governance*, hanno l'opportunità di limitare a vario titolo la loro responsabilità, di ridurre possibili sanzioni e di prevenire danni reputazionali nel caso vengano commesse violazioni da parte di dipendenti o organi⁷⁴.

Peraltro, la mera esistenza di una funzione aziendale di *compliance* non equivale necessariamente a un maggior grado di effettività della regolazione⁷⁵, né evita senz'altro il rischio di un adempimento esclusivamente formale da parte dell'impresa, specialmente dove la regolazione richiederebbe un risultato (*outcome*) cui la *compliance* dovrebbe condurre⁷⁶.

Occorre, inoltre, sottolineare un aspetto assai rilevante: la diffusione dei sistemi di *regulatory compliance* corrisponde al fallimento dei controlli pubblici in molti settori di regolazione⁷⁷ e manifesta il bisogno di nuove e più efficaci forme di polizia amministrativa⁷⁸. Il potere di controllo (pubblico per natura) viene, così, parzialmente delegato alle imprese allo scopo di rafforzare la prevenzione di illeciti e corruzione (che ne risulta, per così dire, "privatizzata"⁷⁹). Insieme con il potere di controllo, però, anche il costo del controllo è trasferito alle imprese, risultando particolarmente gravoso proprio per quelle più adempienti: queste sono tenute a svolgere una funzione estranea alla propria linea produttiva caratteristica, tra l'altro acquisendo risorse umane dedicate.

Non c'è dubbio che trasformare la *compliance* regolatoria in un interesse dell'impresa può accrescere il suo impegno per la legalità e (obliquamente) per il conseguimento degli obiettivi della regolazione. D'altro canto, vi sono importanti effetti collaterali di questo aggravio regolatorio i quali andrebbero considerati: in primo luogo, se la *compliance* costa, le imprese possono facilmente comparare il costo della *regulatory*

⁷⁴ Sull'argomento, in generale, v. C.D. Stone, *Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behaviour*, New York, Harper & Row, 1975.

⁷⁵ OECD, *Reducing the risk of policy failure: challenges for regulatory compliance*, cit., p. 80: «The implementation of corporate compliance programmes does not of itself necessarily represent an increase in compliance or in optimal regulatory outcomes. Indeed, it is possible that corporate compliance systems are an expensive response to unnecessarily complex laws».

⁷⁶ Sul punto, v. A. Hopkins, *Compliance with what? The Fundamental Regulatory Question*, in *The British Journal of Criminology*, 34, 4, 1994, p. 435. Si veda anche C. Parker, *Reinventing Regulation within the Corporation: Compliance-Oriented Regulatory Innovation*, in *Administration & Society*, 32, 5, 2000, pp. 559-560: «The paradox for business is that in one sense, compliance with a broad regulatory objective is much harder than even the toughest set of rules imposing the greatest paperwork burden because it requires thorough internalized commitment to showing regulatory responsibility in changing circumstances, not just ticking off a set of boxes».

⁷⁷ Sui controlli pubblici disfunzionali come fattore d'incentivo della corruzione, cfr. M. D'Alberti, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p. 17.

⁷⁸ B. Du Marais, *Compliance et conformité*, cit., p. 198; v. anche P.N. Grabosky, *Using non-governmental resources to foster regulatory compliance*, in *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, 8, 4, 1995, p. 529: «The path to regulatory compliance are in practice diverse, and the traditional conception of government regulation has become obsolete».

⁷⁹ G.M. Flick, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato (artt. 7 e 18 della Legge 124/2015)*, cit., p. 5 ha parlato di "privatizzazione della prevenzione".

compliance, il costo delle possibili sanzioni e il profitto che violazioni, corruzione e/o elusione possono procurar loro⁸⁰; in secondo luogo, se la *compliance* costa, il maggior costo per le imprese verrà ragionevolmente trasferito sui consumatori; in terzo luogo, quando la *compliance* è basata sull'osservanza di procedure in presenza di regolazioni di tipo sostanziale per cui sarebbe richiesto un risultato (*outcome*), c'è sempre il rischio che «compliance rhetoric will be used merely to manage appearances»⁸¹.

4. Le strategie di *compliance*, tra fiducia e controlli

L'accrescimento dei livelli di *compliance* normativa è – si è visto – al centro delle strategie di governo degli Stati, delle istituzioni europee, delle organizzazioni internazionali⁸².

Se ragioniamo dentro la funzione della *compliance* la questione della strategia sembrerebbe semplice poiché basterebbe muoversi lungo tre direttrici: diminuire il costo della *compliance*, aumentare il rischio di incorrere nella sanzione (grazie a controlli), aumentare le sanzioni⁸³.

La strada maestra per accrescere la *compliance* è, in buona sostanza, la riduzione del suo costo, soprattutto nei sistemi in cui questi sono elevati e difficili da assolvere, come in Italia. Non vi è, infatti solo un problema di costi finanziari (*financial costs*) che derivano dall'adempimento di obblighi specifici di pagamento (come il pagamento delle imposte), ma vi è anche un problema di *costi di conformità*, che i destinatari devono sostenere sia per ottemperare in termini sostanziali (*substantive compliance costs*, come l'adeguamento di impianti alle norme in materia di sicurezza sul lavoro)⁸⁴ che per dimostrare il rispetto della regolazione stessa (*administrative costs*)⁸⁵. In questo quadro, l'esigenza di certificare la conformità tocca in modo diverso ma generalizzato e "oppressivo"⁸⁶ l'universo dei destinatari delle regolazioni (cittadini, imprese di diversa dimensione, ma anche amministrazioni pubbliche), i quali fronteggiano altresì costi per l'intermediazione e la consulenza necessarie a pagare o costi per il contenzioso quando si ritenga di non dover adempiere.

⁸⁰ B. Du Marais, *Compliance et conformité*, cit., p. 201.

⁸¹ C. Parker, *Reinventing Regulation within the Corporation: Compliance-Oriented Regulatory Innovation*, cit., p. 560.

⁸² P. Verboon, W. Huisman (eds.), *Managing and Maintaining Compliance*, Hague, Boom Legal Publishers, 2006.

⁸³ Y. Wu, B. Van Rooij, *Compliance dynamism: Capturing the Polynormative and Situational Nature of Business Responses to Law*, in *Journal of Business Ethics*, 2019; C. Hodges, *Law and Corporate Behaviour: Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

⁸⁴ W. Harrington, R.D. Morgenstern, P. Nelson, *On the Accuracy of Regulatory Cost Estimates*, in *Journal of Policy Analysis and Management*, 19, 2, 2000, p. 297.

⁸⁵ Sull'argomento sia consentito il rinvio a M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011, p. 53 ss.

⁸⁶ Cfr. R. Lupi, *Le illusioni fiscali*, cit., p. 69 dove si parla di «oppressione fiscale degli adempimenti sulle imprese».

A ben guardare, un aspetto assai importante quanto sottostimato per il ragionamento sulla *compliance*, riguarda la qualità della regolazione. È lì, infatti, nell'istruttoria a monte delle regole (sia questa legislativa, amministrativa o regolazione indipendente) che si pongono le condizioni dell'adempimento, si considerano i costi di diversa natura, si disegnano apparati di controllo e sanzionatori, così cruciali per il successo di una regolazione. Una regolazione di qualità, informata al rischio, calibra controlli e sanzioni sugli obiettivi che intende conseguire e sulla motivazione di eventuali condotte illecite poiché è diverso il ruolo di sanzioni e controlli nel caso di intenzionale violazione, nel caso della impossibilità di adempimento o nel caso di inadempimento incolpevole.

Dunque, controlli e sanzioni mantengono una loro centralità nell'indurre la *compliance*, ma devono essere resi più effettivi e devono anche essere ricapitolati in una visione più ampia dell'attuazione delle regole, non più solo coercitiva ma cooperativa⁸⁷: le sanzioni dovrebbero essere considerate risposta da riservare ai casi più gravi di violazione, per il resto operandosi con forme di supporto alla *compliance*⁸⁸ e ricorrendo ad incentivi anche non economici (di matrice comportamentale o reputazionali o, ancora, a sistemi di *rating*)⁸⁹.

L'esigenza di cooperare per attuare le regole e garantire la *compliance* ci apre, poi, una prospettiva ulteriore e assai importante ma ad oggi poco esplorata: quella della fiducia, elemento condizionate di ogni tipo di cooperazione⁹⁰ e determinante della vita istituzionale. Le istituzioni democratiche e i sistemi sanitari, bancari o fiscali, hanno un gran bisogno di fiducia per funzionare⁹¹ e accrescere la *compliance*⁹². Molti casi di cattivo funzionamento dell'amministrazione possono essere spiegati proprio in termini di assenza di fiducia associata a regolazione di cattiva qualità che prepara la ineffettività dei controlli i quali vanno invece previsti proprio per colmare la carenza di fiducia. Siamo in presenza di una vera e propria disfunzione di sistema. La legislazione è povera in termini di qualità istruttoria ma dovrebbe invece essere adottata in modo da consentire il conseguimento dei suoi scopi, riducendo i conflitti, tutelando gli interessi me-

⁸⁷ Nell'ordinamento nazionale si richiamano le *Linee guida in materia di Controlli di Regioni ed Enti locali* (art. 14, comma 5 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 convertito in l. 4 aprile 2012, n. 35, Intesa sancita in Conferenza Unificata nella seduta del 24 gennaio 2013).

⁸⁸ Cfr. J. Braithwaite, *Improving Compliance: Strategies and Practical Applications in OECD Countries*, OECD, 1993, p. 9. V., infine, T.R. Tyler, *Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law Crime and Justice*, 30, 2003, p. 283.

⁸⁹ Sul punto, si veda N. Rangone, *Making Law Effective: Behavioural Insights into Compliance*, cit., p. 483.

⁹⁰ Cfr. R.D. Putnam, *Making Democracies Work. Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton, Princeton University Press, 1993, p. 167: «Voluntary cooperation is easier in a community that has inherited a substantial stock of social capital, in the form of norms of reciprocity and networks of civic engagement. Social capital here refers to features of social organization, such as trust, norms and networks, that can improve the efficiency of society by facilitating coordinated actions». V. anche N. Luhmann, *Trust and Power*, Cambridge, Polity Press, 2017 (prima edizione in tedesco 1973), p. 50. V., inoltre, P. Dasgupta, *Trust as a commodity*, in D. Gambetta (ed.), *Trust. Making and breaking cooperative relations*, Blackwell, 1988, p. 49 ss.

⁹¹ Cfr. J. Domenicucci, *Trusting Institutions*, in *Rivista di Estetica*, 2018, 68, p. 3.

⁹² J. Braithwaite, T. Makkai, *Trust and Compliance*, in *Policing and Society*, 4, 1994, p. 1 e F. Six, *Trust in Regulatory Relations*, in *Public Management Review*, 15, 2, 2013, p. 163. Si veda anche A. Pera, G. Codacci Pisanelli, *Compliance e deterrenza: un rapporto da costruire*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 4, p. 1047.

ritevoli e, sempre più, prevenendo rischi (ambientali, finanziari, sismici, ecc.). Gli innumerevoli controlli previsti, pur pervasivi, non riescono a servire gli scopi delle regolazioni né ad assicurare gli effetti di prevenzione e tutela che li giustificano ma producono costi spropositati, sia per le amministrazioni che devono svolgerli che per cittadini e imprese che li subiscono e, non di rado, producono occasioni di corruzione.

La fiducia nelle istituzioni è fattore intangibile della regolazione e sostiene la *compliance* che non può basarsi solo su deterrenza ma necessita di deferenza⁹³. Questa fiducia, da tempo in crisi, deve essere ricostruita pazientemente, ancora una volta con la qualità dell'istruttoria normativa (adottando meno regole ma migliori) e con una maggiore attenzione alla loro attuazione amministrativa, valorizzando il *public enforcement*, rafforzando lo svolgimento di controlli pubblici intelligenti e limitando la richiesta di adempimenti alle imprese, chiamate non solo ad osservare innumerevoli normative settoriali ma anche a dar prova di averle osservate. Le politiche di ricostruzione della fiducia sono laboriose e implicano un certosino lavoro di semplificazione e di riduzione del carico regolatorio, il supporto all'adempimento, la diagnosi e riparazione delle singole disfunzioni amministrative⁹⁴. E, comunque, assicurare controlli pubblici incisivi e (quando necessario) sanzioni ben calibrate costituisce l'antecedente logico di qualsivoglia ulteriore impalcatura di controllo affidata a privati⁹⁵: altrimenti, i nuovi edifici di sorveglianza potrebbe complessivamente rivelarsi più costosi che utili⁹⁶.

⁹³ Sull'argomento cfr. E. Kirchler, C. Kogler, S. Muehlbacher, *Cooperative Tax Compliance. From deterrence to deference*, in *Current Directions in Psychological Science*, 23, 2, 2014, p. 91.

⁹⁴ M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, nella III edizione 2017, p. 384 ha introdotto proprio un paragrafo dedicato alla corruzione nell'ambito del capitolo sulle "disfunzioni amministrative".

⁹⁵ Come quella prevista dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, art. 1, comma 12 «In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile [della prevenzione della corruzione] risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze: a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano [di prevenzione della corruzione]; b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano».

⁹⁶ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 250 dove si afferma che l'imponenza dell'*édifice de surveillance*, spinge inevitabilmente alla «moralisation par une démultiplication des contrôles».

Capacità amministrativa e servizi integrati in una prospettiva post pandemica: rigenerazione e innovazione per i piccoli Comuni

Monica De Angelis

Sommario: 1. Introduzione. Rigenerazione dei piccoli borghi e qualità della vita. La sfida dei servizi di nuova generazione. – 2. L'innovazione (tecnologica e amministrativa) per i piccoli Comuni. Le strategie istituzionali per il miglioramento dei servizi. – 3. Capacità amministrativa e organizzazione dei servizi: modelli istituzionali. – 3.1. Il modello dell'Unione dei comuni per la gestione associata dei servizi, laboratorio amministrativo di coesione e contaminazione. – 4. Il caso dei servizi socio-sanitari nei piccoli Comuni fra esigenze di rigenerazione e innovazione. – 5. Alcuni rilievi conclusivi. L'importanza di coniugare innovazione istituzionale e tecnologica.

1. Introduzione. Rigenerazione dei piccoli borghi e qualità della vita. La sfida dei servizi di nuova generazione

La recente pandemia ha portato a riscoprire una società incentrata su spazi diversi e a rivalutare le potenzialità di territori trascurati. Da più parti si sono alzate voci volte a evidenziare come modelli urbanistici più equilibrati, grazie anche all'utilizzo delle tecnologie, permettano di operare scelte diverse sull'utilizzo del territorio, sull'abitare, sulla gestione dei servizi; in sostanza, scelte orientate a migliorare la qualità della vita.

Non sono pochi i dati che mostrano come le piccole realtà comunali consentano una qualità della vita più elevata rispetto a quella di città medie o grandi¹. La ragione che influenza questa affermazione non si basa tanto sullo stile di vita meno frenetico, quanto sulla valutazione della qualità dell'ambiente, degli spazi, delle condizioni del traffico e della circolazione, dello stato generale in termini di ordine pubblico e sicurezza. Sen-

¹ Da anni, peraltro, la classifica annuale stilata da Italia Oggi e Università La Sapienza (per la classifica 2020 si veda <https://www.italiaoggi.it/news/qualita-della-vita-a-pordenone-si-vive-meglio-2495140> visitato il 20 aprile 2021) indica che proprio le città più piccole sono quelle dove la qualità della vita risulta più alta. Secondo i dati ANCI, i Comuni con meno di 5.000 abitanti sono più di 5.500 e costituiscono il 69% dei quasi 8.000 Comuni italiani. In questi Comuni risiede un quinto della popolazione italiana. Le regioni con il più alto numero di piccoli Comuni sono Piemonte e Lombardia. I Comuni con popolazione sotto i 1.000 abitanti sono il 33,6% del totale e la loro estensione territoriale interessa circa il 50% del territorio nazionale. Si veda Atlante dei piccoli comuni, in <http://www.anci.it/atlane-dei-piccoli-comuni/>.

za ignorare, tuttavia, che vi sono pur importanti aspetti su cui i piccoli Comuni risultano in ritardo: basti pensare alla vitalità culturale e al dinamismo economico-occupazionale. Non mancano, invero, delle eccezioni legate più che alle caratteristiche del territorio, alle capacità dell'amministrazione locale e alla sua impostazione politico-amministrativa, rappresentando ciò un fattore differenziale decisivo per determinare il destino delle piccole comunità. In una indagine Formez-ANCI di qualche anno fa, si prevedeva un miglioramento della qualità della vita nei centri di piccole dimensioni, soprattutto in quelli che avrebbero dimostrato intraprendenza sociale ed economica, nonché predisposizione a potenziare i servizi di *welfare*²: invero, i piccoli Comuni sembrano essere molto più sensibili a temi come l'ambiente e – se e quando messi nelle giuste condizioni finanziarie – attivano strumenti per prendersene cura, con effetti positivi sulla salute e sulla percezione del benessere, specie da parte di alcune categorie di persone. Tuttavia, se da un lato si è potuto registrare in molti piccoli centri urbani un diffuso sviluppo di attività (sociali, culturali, ricreative) a favore – soprattutto – delle persone della terza età; dall'altro, si è notata spesso l'assenza di infrastrutture sportive e di attività per le generazioni più giovani.

Di fronte a situazioni simili, investimenti oculati e amministrazioni pubbliche che governano le proprie comunità e il territorio con lungimiranza possono fare la differenza, incidendo sulla vita e sullo sviluppo delle attività produttive e sociali e generando vantaggi a diversi livelli³. Volano per un rinascimento di questi territori è senza dubbio la tecnologia, fondamentale per rispondere a sfide che esigono il temperamento di dinamiche per certi versi contrastanti: la necessità di trovare risposte valide a problemi gravi in tempi brevi, da un lato; e l'esigenza di individuare soluzioni davvero innovative e durature, in grado di superare i modelli tradizionali usati in passato per i servizi alla comunità di riferimento e per il *welfare*, dall'altro lato.

Le amministrazioni locali hanno un ruolo amministrativo particolarmente delicato (per non dire difficile) in quanto – anche sulla base del principio di sussidiarietà – sono e saranno sempre chiamate ad affrontare in via diretta situazioni specifiche e concrete. Da diversi anni, invero, (specie) i piccoli Comuni risentono fortemente dei tagli alla spesa pubblica con conseguenze pesanti sulle attività da svolgere e i servizi da erogare. Molti di tali enti, tuttavia, hanno maturato una esperienza positiva nella gestione congiunta delle funzioni e dei servizi, sperimentando modelli istituzionali diversi e flessibili, fra cui l'unione dei Comuni⁴. Quest'ultimo modello viene considerato dal legisla-

² La ricerca è stata organizzata nell'ambito delle attività svolte dall'Osservatorio sui piccoli comuni istituito nel quadro del piano "Cooperazione inter-istituzionale regioni Autonomia locali. Azioni di monitoraggio, formazione e assistenza per il supporto ai comuni di minore dimensione demografica" finanziato da parte di Dipartimento della funzione pubblica, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

³ Si concorda con chi ha sottolineato che il governo del territorio è «intimamente legato (anche) alla promozione dello sviluppo economico»: così G. Torelli, *La rigenerazione urbana nelle recenti leggi urbanistiche e del governo del territorio*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2017, 3, p. 668.

⁴ Tutto ciò è stato possibile grazie alla riforma degli enti locali che ha preceduto quella del Titolo V della Costituzione e con la quale è stato incrinato il vecchio dogma dell'uniformità amministrativa a favore della diversificazione amministrativa. Cfr. M. De Angelis, *Le unioni dei comuni tra legislazione nazionale e regionale*, in L. Del Federico, L. Robotti, *Le associazioni fra comuni*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 55 ss. E *ivi* bibliografia citata.

tore lo strumento istituzionale privilegiato per ovviare a problematiche legate al *nanismo comunale*, quella particolare patologia che affligge i Comuni italiani più piccoli non consentendo di offrire ai cittadini quei servizi necessari per una buona qualità della vita.

Nelle pagine che seguono si vuole sostenere come sia arrivato davvero il tempo di incoraggiare la propensione all'innovazione istituzionale degli (alcuni) enti locali e puntare agli investimenti tecnologici sul territorio per potenziare i servizi (sociali e sanitari *in primis*) in una prospettiva integrata, di rigenerazione territoriale e amministrativa e, dunque, di miglioramento della qualità della vita per i cittadini.

2. L'innovazione (tecnologica e amministrativa) per i piccoli Comuni. Le strategie istituzionali per il miglioramento dei servizi

L'innovazione tecnologica della quale molti territori hanno oggi assoluto bisogno presenta caratteristiche peculiari, che in qualche modo la differenziano dai processi innovativi del passato: deve essere aperta e condivisa, dovendo risultare fruibile dalla collettività nel suo complesso e favorire lo sviluppo ed il progresso dell'intera comunità. Da qui l'importanza di procedere nel senso della sostenibilità ambientale, economica e sociale⁵. I processi innovativi che occorre innescare, infatti, richiedono visioni lungimiranti e soluzioni efficaci frutto di conoscenze solide, multidisciplinari e strettamente legate ai territori: si comprende dunque come le amministrazioni pubbliche locali debbano avere un ruolo propulsivo.

Durante i mesi di picco della pandemia, considerata la disuguale diffusione del virus sul territorio e le differenti misure per contrastarla⁶, esperti di varie discipline hanno avviato confronti sull'uso delle tecnologie e allo stesso tempo sui modelli di sviluppo insediativo, sulle forme del vivere in comunità, sui servizi pubblici integrati. Molte riflessioni hanno riguardato l'organizzazione dei sistemi socio-sanitari e delle forme di telelavoro, rilevando come, in molti casi, sia possibile ridurre il pendolarismo e la mobilità residenziale⁷. La pandemia, invero, sembra aver modellato un nuovo tipo di migrazione: dai grandi centri urbani delle zone industrializzate, ci si è spostati verso gli

⁵ Si tratta di dinamiche tipiche della c.d. economia circolare. Cfr. le direttive del c.d. pacchetto economia circolare, pubblicate in GUUE del 14/06/2018 (GUUE L 150/93) e la «Relazione della Commissione europea sull'attuazione del Piano d'azione per l'economia circolare» del 26/01/2017. Il pacchetto di misure promuove – fra l'altro – innovazioni che conferiscono un vantaggio competitivo e un livello di protezione per le persone e l'ambiente, offrendo al contempo ai consumatori prodotti più durevoli e innovativi in grado di generare risparmi e migliorare la qualità della vita.

⁶ Si fa qui riferimento, in particolare, alle numerose misure di contrasto alla pandemia adottate con ordinanze sindacali. Cfr. I. Forgione, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, pp. 71-105; E. Affannato, *Le ordinanze sindacali di necessità e urgenza al ricorrere di emergenze di carattere nazionale: il caso dello Stretto di Messina*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 5, spec. p. 81 ss. Sul ruolo degli enti locali ai tempi del coronavirus, cfr. G. Bottino, *Gli Enti locali alla prova del "Corona-Virus": semplificazioni amministrative, e flessibilità gestionali, a sostegno della comunità territoriale*, in *CERIDAP*, 2020, 1.

⁷ Lo *smart working* o lavoro agile ha portato indubbi benefici durante la pandemia, ma non sono da sottovalutare gli effetti negativi o quelli collaterali. Cfr. L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 421, 2020.

originari luoghi di provenienza, dove si è continuato a lavorare e studiare proprio grazie all'utilizzo di dispositivi tecnologici; molti piccoli Comuni e le aree c.d. interne si sono ripopolati, vivendo una nuova dimensione della socialità. In sostanza, l'approccio odierno alle nuove tecnologie può e deve tener conto dell'esperienza pandemica, ponendo al centro ipotesi di un diverso modo di accedere ai servizi e di vivere il territorio, mettendo in crisi – per certi versi – le relazioni sociali e la concentrazione da grandi numeri. E ciò in virtù del fatto che i canoni della centralità e della perifericità si sono modificati e l'attenzione va indirizzata sia sulla localizzazione dei servizi e le infrastrutture per la mobilità, sia sulla velocità di ricezione e invio dei dati.

In questo modo i divari territoriali appaiono molto più articolati e frammentati, riferendosi ad una nuova geografia disegnata dal *digital divide* e non dalle categorie tradizionali. È comprensibile, dunque, come contestualmente si sia riaperto il dibattito sul tema della coesione territoriale, secondo prospettive nuove, sulla base di un modello insediativo e di sviluppo volto alla deconcentrazione della popolazione, a servizi pubblici diffusi e alla valorizzazione del policentrismo territoriale del nostro Paese⁸. In particolare, i riflettori si sono accesi su quelle aree del territorio (in molti casi, aree interne) caratterizzate da spopolamento e bassa densità abitativa, che da tempo vivono una progressiva marginalizzazione. È vero che prima della pandemia erano stati registrati alcuni segnali positivi, con il ritorno verso queste aree di alcune categorie di soggetti (giovani famiglie, innovatori in cerca di spazi, imprenditori dell'economia verde), ma la mancanza di servizi o le difficoltà di accesso ad essi, insieme ai problemi tipici della ridotta capacità amministrativa di questi territori, ha frenato e continua a frenare il loro sviluppo. La capacità amministrativa, infatti, non è solo resilienza, ovvero l'adattamento migliore alla situazione contingente. È anche, e soprattutto, la costruzione di basi per rendere possibili le innovazioni e sostenerle, mantenendo vivo e efficiente l'apparato amministrativo.

Con ragione, dunque, è stata rilevata la necessità di implementare senza ulteriori indugi strumenti già contenuti nella c.d. Strategia Nazionale per le Aree Interne (SNAI)⁹, volti a sviluppare misure concrete per dare risposte alla *nuova domanda* proveniente dai territori, una domanda che, per molti versi, può essere soddisfatta proprio grazie all'innovazione, sia tecnologica che amministrativa. In tale direzione sarebbe fondamentale l'inserimento nel *Recovery and Resilience Fund*¹⁰ (PNRR) di quella serie di

⁸ Il dibattito sulla coesione territoriale era stato comunque sempre mantenuto in vita nell'ambito dall'ANCI. Cfr. ANCI, *Politiche di coesione*, in <http://www.anci.it/tag/politiche-coesione/> e più specificamente E. Falconio, *Scoraggiare lo spopolamento con politiche di coesione territoriale*, 2018 in <http://www.anci.it/piccolicomuni2018-forno-scoraggiare-lo-spopolamento-con-politiche-di-coesione-territoriale/>. Si veda anche G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, Firenze, Firenze University Press, 2016, vol. II degli studi a cura di L. Ferrara, D. Sorace, G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016.

⁹ La Strategia nazionale per le aree interne è stata voluta dal Ministro della Coesione Territoriale, Fabrizio Barca, nel 2013. La presentazione e la documentazione relativa alla Strategia nazionale per le Aree interne è reperibile in <http://www.programmazioneeconomica.gov.it/2019/05/23/strategia-nazionale-delle-aree-interne/>.

¹⁰ Ovvero il Piano Nazionale di ripresa e resilienza, il piano per l'utilizzo di 223,9 miliardi di euro di risorse europee del Next Generation Eu. Documentazione sul tema delle priorità nell'impiego del PNRR è reperibile in <https://temi.camera.it/leg18/temi/priorita-nell-utilizzo-del-recovery-fund.html>. Cfr. B.L. Bo-

linee di azione che colleghino tecnologie e territorio, e, più specificamente, tecnologie e sistemi integrati di servizi, seguendo il paradigma del *policentrismo organizzato* come nuovo modello di coesione sociale e territoriale, capace di consentire a zone, paesi e località di rispondere al meglio alle esigenze connesse a nuovi parametri di qualità della vita (paradossalmente messi in luce dalla pandemia).

Per corrispondere in modo adeguato a tali necessità, sembrano essere condizioni minime essenziali tanto una amministrazione che valorizzi la dimensione organizzativa in funzione del risultato e sia in grado di applicare i principi di semplificazione e efficacia; quanto la presenza di tecnologie come la banda larga volte ad agevolare l'attività delle pubbliche amministrazioni (digitalizzazione) e quelle del settore privato¹¹. Invece, si tratta di condizioni base, ma fondamentali: laddove esistono, si generano e potenziano buone pratiche come i borghi dell'innovazione, i c.d. *smart villages* promossi dalla Commissione Europea che coniugano vita rurale ed economia digitale¹². Si tratta di enti fortemente condizionati dalla presenza della banda larga, fondamentale per lo sviluppo di qualsiasi progetto in aree che – con lo spopolamento – hanno perso servizi essenziali (sanitari, scolastici, di trasporto) e il cui ripristino è possibile fondamentalmente grazie alle reti tecnologiche e alla digitalizzazione.

Di necessaria accelerazione digitale si parla da anni, ma alla luce degli effetti sociali della pandemia, meglio considerare la digitalizzazione come la conseguenza di un unico grande processo, inevitabile, chiamato innovazione e transizione digitale: un processo in cui la tecnologia opera come facilitatore delle connessioni per tipologie di lavoro che sono normalmente appannaggio di chi opera in città (generando una vera e propria evoluzione dei luoghi e del mercato del lavoro) e agevola l'erogazione di servizi fondamentali per Comuni piccoli o territori tanto dispersi quanto pieni di potenziale¹³. È auspicabile che la recente creazione di un ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale possa concretamente favorire tale processo¹⁴.

Il dinamismo e la proattività delle amministrazioni territoriali sono cruciali in questo frangente. Non a caso la c.d. capacità amministrativa e istituzionale degli enti è una

schetti, *Non serve al Paese un Recovery "omnibus"*, in *Giornale di Brescia*, 26 gennaio 2021, la quale rileva come nella bozza ad oggi ancora in discussione alcune delle grandi leve del cambiamento (come infrastrutture immateriali, capitale umano, paesaggio, centri storici e rurali) siano "ridotte a mere comparse".

¹¹ I dati mostrano che nel Nord e Centro Italia la copertura della banda larga è agganciata alla media europea, sopra l'85%; mentre le regioni del Sud Italia fanno registrare performance tra le più basse del continente. Basti guardare lo stato di avanzamento del Piano Strategico Banda Ultralarga (<https://bandaultralarga.italia.it/evoluzione-piano/>): solo il 6% delle province è coperto dalla fibra, e in Calabria e Puglia neanche un cantiere risulta terminato.

¹² Il sito del progetto è https://enrd.ec.europa.eu/smart-and-competitive-rural-areas/smart-villages/smart-villages-portal_it. Oggi è in ritardo di un anno rispetto ai tempi previsti, un ritardo che ha accentuato i problemi per le comunità costrette ai lockdown.

¹³ Cfr. M. De Angelis, A. Monteriù, *Integrated services, small municipalities and quality of life: an institutional perspective*, 11° Italian Forum on Ambient Assisted Living, 2020.

¹⁴ È da considerarsi un concreto esempio di agevolazione del processo, il Fondo per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione attivato per sostenere finanziariamente le amministrazioni nei processi di modernizzazione sulla base del decreto-legge "Semplificazione e innovazione digitale" (d.l. n. 76/2020 convertito con l. n. 120/2020): la risposta dei Comuni (92% del totale) che hanno chiesto l'accesso a tale Fondo è sicuramente soddisfacente e fa ben sperare. Si vedano i dati in <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/i-comuni-verso-la-digitalizzazione-7-246-hanno-chiesto-l-accesso-al-fondo-per-l-innovazione/>.

delle variabili su cui si punta nella politica di coesione finanziata con i fondi Strutturali e di Investimento Europei (SIE) dell'ultimo ciclo di programmazione eurounitaria: fra gli obiettivi tematici di tale politica, infatti, vi è il rafforzamento della «capacità istituzionale delle autorità pubbliche e una pubblica amministrazione efficiente»¹⁵.

Imprescindibile per implementare riforme amministrative e modernizzare la pubblica amministrazione, il potenziamento della capacità amministrativa – in accordo con le linee della politica di coesione – si persegue intervenendo su aspetti come la qualità delle risorse umane e dell'organizzazione, la gestione delle relazioni interistituzionali e il livello di digitalizzazione. Su questo crinale muove il progetto “Rafforzamento della capacità amministrativa dei Piccoli Comuni” grazie al quale Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti possono manifestare interesse a partecipare al fine di ottenere un supporto concreto per il miglioramento della qualità dei servizi, l'organizzazione del personale, il potenziamento dello *smart working* e la gestione degli appalti pubblici¹⁶. Invero, le strategie istituzionali per il miglioramento dei servizi ai cittadini focalizzate sulla *capacity building* delle pubbliche amministrazioni registreranno presumibilmente e auspicabilmente un potenziamento con le linee di azione legate al PNRR. Occorre quanto prima, tuttavia, mettere a sistema l'insieme delle risorse possibili, organizzative e finanziarie, per centrare gli obiettivi, evitando la dispersione di idee e di competenze nel processo decisionale. È tempo, in sostanza, di riconsiderare il ruolo chiave della programmazione, soprattutto in una logica di connessione e sinergia fra fondi di diversa provenienza (europei, nazionali, regionali) e politiche pubbliche¹⁷.

3. Capacità amministrativa e organizzazione dei servizi: modelli istituzionali

Come accennato, è ormai evidente che la pandemia ha trasformato e trasformerà ancora la concezione dell'uso del territorio, della vita nelle città, della distribuzione dei

¹⁵ Gli investimenti finanziati nell'ambito di questo obiettivo tematico, mirano a sostenere l'implementazione delle riforme della PA in coerenza con le Raccomandazioni paese della UE e il Programma nazionale di riforma riferito al ciclo di programmazione 2014-2020. Si veda: <http://www.funzionepubblica.gov.it/capacita-amministrativa>.

¹⁶ Il progetto è stato previsto dal Decreto del Capo Dipartimento della funzione pubblica del 20 maggio 2020. Si veda <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/20-05-2020/avviso-ai-comuni-conmeno-di-5000-abitanti-manifestare-interesse>.

¹⁷ Cfr. R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Diritto e Società*, 2017, 4, p. 647 ss. Qui l'A. ricorda che una cattiva programmazione, anche con una ingente quantità di mezzi finanziari, non sarebbe sufficiente ad assicurare il successo di una policy pubblica. E ricordando M.S. Giannini («in amministrazioni pianificate si vive meglio», *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 140), fa notare come in una amministrazione che programma, sono innanzitutto i cittadini, a vivere meglio poiché i loro interessi sono curati da interventi conosciuti preventivamente, sulla base di una adeguata analisi e valutazione dei bisogni; vivono meglio anche gli amministratori e i dirigenti, i quali dispongono di direttive che indicano gli obiettivi da raggiungere, direttive sulla base delle quali esercitano le proprie funzioni e i cui risultati sono sottoposti ad adeguati controlli; vivono meglio gli operatori economici e gli imprenditori che hanno quadri di riferimento stabili per operare e programmare i propri investimenti. Dunque, curare adeguatamente gli interessi della collettività in una cornice di stabilità e certezza di obiettivi (funzione che è propria di ogni attività programmatoria) è l'essenza della buona amministrazione (p. 648).

servizi: a fronte di esigenze diverse occorre essere in grado di dare risposte sia differenti che innovative. Dovrebbe, in corrispondenza e come conseguenza cambiare, il governo del territorio su alcuni aspetti, perché alla luce della esperienza di questi mesi, solo un effettivo ripensamento della gestione del territorio – nel senso di una rimodulazione dei servizi residenziali con quelli sanitari e amministrativi o di una coniugazione dei servizi sociali con luoghi di lavoro e aree verdi – potrà migliorare la qualità della vita, incidendo su dinamiche come il ripopolamento delle aree interne. Del resto, non è casuale che si parli di politiche di rigenerazione dei territori, con riferimento ad una declinazione innovativa della funzione di governo del territorio: funzione che comprende la regolazione, la gestione, ma anche il controllo delle varie possibili modalità di utilizzo del territorio inteso come collettore delle funzioni e delle attività pubbliche e private destinate a soddisfare i bisogni abitativi, produttivi, sanitari, ricreativi, etc. di una comunità, dotandola di una riconoscibile identità sociale e culturale di scala locale, in grado di elevare gli standard di benessere¹⁸.

In particolare, nei piccoli borghi o nelle aree interne, dove si vivono dimensioni di prossimità maggiori, si può e si deve ripensare l'organizzazione di quei servizi la presenza o assenza dei quali ha fatto e fa la differenza, non solo in tempi di emergenza. La rigenerazione del territorio con l'integrazione strategica tra servizi pubblici, privati e del Terzo settore può costituire sicuramente una efficace reazione a shock come quello da pandemia, ma può rispondere soprattutto all'alterazione degli equilibri economici e sociali che riguardano le fasce più deboli della popolazione, facendo rientrare in questa definizione non solo categorie come gli anziani, ma anche tutti coloro che si trovano a vivere un disagio diffuso nei diversi settori economici a causa di situazioni di crisi. Peraltro, la rigenerazione territoriale va intesa in continua evoluzione in quanto si arricchisce assiduamente di nuovi temi e obiettivi, muovendosi quasi in maniera corrispondente alla dinamica evoluzione dei luoghi; inoltre, diventa e costituisce strumento tanto più efficace quanto più è in grado di integrare strategie e piani di azione comuni secondo un approccio multidisciplinare: dalla sostenibilità economica, alla mobilità diffusa; dalla qualità ambientale alla pianificazione urbana; dall'integrazione dei servizi alla loro programmazione. Occorre, allora, portare a sistema esperienze positive in atto o concretizzare la riflessione prodotta in questi ultimi mesi (su riorganizzazione del lavoro, rivisitazioni urbanistiche, etc.), rimodulando – ove necessario – l'assetto delle funzioni fra i livelli istituzionali¹⁹. In un quadro così tratteggiato appare evidente il ruolo

¹⁸ Cfr. L. Trucchia, *Itinerari giuridici per la rigenerazione delle aree interne*, in *Proposte e ricerche*, 2019, 82, pp. 82-84. Sul governo locale in tutti i suoi aspetti, si veda L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, il Mulino, 2018.

¹⁹ Sul concetto di rigenerazione urbana si veda R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2014, 5, p. 237; F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, il Mulino, 2017. Interessante la proposta di connessione fra i concetti di rigenerazione e resilienza (grazie anche al loro significato polisemico): quest'ultima, infatti, va intesa non solo come capacità di adattamento e reazione agli shock, ma anche come idoneità ad affrontare il cambiamento senza perdere la propria identità, la propria storia, le proprie caratteristiche, il sistema di valori che sostiene l'intera collettività. Cfr. S. Rusci, *Rigenerazione e resilienza: parole, opere e omissioni*, in *EyesReg*, 2020, 2; L. Trucchia, *Itinerari giuridici per la rigenerazione delle aree interne*, cit., pp. 86-87.

decisivo degli enti locali: specificamente emerge, in tutta la sua portata, l'importanza della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni, la quale può dare benefici crescenti se non va a riguardare solo i singoli enti locali, bensì l'amministrazione in generale e secondo un approccio trasversale, che è quasi necessario nel parlare di rigenerazione dei territori²⁰.

Nei prossimi anni l'assetto istituzionale degli enti locali potrebbe non vivere tempi facili, poiché sarà investito da riforme, forse più di quanto sia accaduto nelle ultime due decadi. In questa congiuntura, lo sviluppo di piccoli Comuni e delle aree interne dovrebbe poter ricevere finalmente il sostegno necessario nell'ambito delle politiche per il territorio: guardando alle esperienze amministrative maturate seguendo i canoni della collaborazione e dell'integrazione dei servizi, ogni ente locale non può, infatti, perdere l'occasione epocale per migliorare le proprie capacità amministrative attraverso gli strumenti che il legislatore mette e metterà a disposizione. Il tema riguarda, in particolare, il singolo piccolo ente locale che non ha grandi risorse e per il quale – a ragione – si è parlato di «inadeguatezza della struttura istituzionale»²¹, soprattutto negli anni in cui, in corrispondenza ai cambiamenti della società, sono state introdotte riforme amministrative volte a migliorare in termini di efficienza e qualità i servizi offerti ai cittadini²². La questione è nota ed è stata ampiamente trattata nei decenni passati, soprattutto in vista della riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001, a seguito della quale le Regioni hanno assunto un ruolo sempre più centrale nella messa a punto di politiche territoriali e nello sviluppo delle realtà locali. Ma il decentramento desiderato e disegnato con quella riforma non ha sortito effetti di rilievo per lo sviluppo delle aree interne e per i Comuni di ridotte dimensioni. I meccanismi di interlocuzione fra centro e periferia sono rimasti pressappoco gli stessi ed è rimasta, in molti casi, la percezione della lontananza dal principale centro decisionale: i piccoli Comuni hanno trovato un soggetto diverso dallo Stato con cui rapportarsi, ma sostanzialmente con le stesse qualità. La normativa loro dedicata ha avuto gestazioni lunghe e, una volta emanata, è stata attuata nelle diverse sfaccettature solo dalle amministrazioni locali più lungimiranti e intraprendenti, quelle che hanno creduto nella condivisione e nell'aggregazione dei servizi²³.

²⁰ Così L. Trucchia, *op. cit.*, p. 85. Proprio seguendo questa ottica, si parla di rigenerazione amministrativa nel Piano Sud 2030 e si trovano misure dedicate nella Legge di bilancio 2020. L'idea alla base della rigenerazione amministrativa è quella di coinvolgere tutte le migliori intelligenze per realizzare uno sviluppo sostenibile, guardando proprio a quelle aree marginalizzate che tornano ad essere centrali nel dibattito pubblico, grazie al nuovo impulso dato alla SNAI.

²¹ G. Romita, *Le formule di aggregazione comunale. Dall'Unione alla Fusione di Comuni*, in Astrid, 2016.

²² Ciò ha inciso non poco sull'esercizio delle funzioni dei Comuni, per i quali non è sempre facile rispondere alle nuove esigenze, soprattutto se enti di modeste dimensioni: non possono infatti sfruttare economie di scala, ammortizzare facilmente gli investimenti; devono subire costi molto elevati per i servizi di externalizzazione, hanno forti limitazioni nell'impiego del personale e nella possibilità di acquisire competenze e esperienze dall'esterno. Da qui l'importanza delle relazioni intercomunali e lo sviluppo di differenti tipologie di aggregazioni tra enti: cfr. P. Messina (a cura di), *L'associazionismo intercomunale. Politiche e interventi delle Regioni italiane. Il caso del Veneto*, Padova, Cleup, 2009.

²³ Cfr. F. Jorio, G. Cartanese, *Le unioni e le fusioni dei comuni*, 2019, 1, in www.trasparenza.eu dove si sottolinea l'opportunità di mettere a punto una sorta di manuale delle *best practices* per pervenire alle migliori analisi propedeutiche alle scelte di mettere insieme, in un unico ente, il meglio di ciò che ogni Comune esprime distintamente.

Ci si riferisce, in particolare, alle norme che, rompendo con il dogma dell'uniformità che ha imperato per molto tempo nell'ordinamento italiano degli enti locali, hanno consentito ai Comuni di piccole dimensioni di aggregarsi per svolgere attività ed erogare servizi in condivisione²⁴. Invero, da più parti e da tempo era riconosciuta l'irrazionalità di una normativa votata all'uniformismo, valida quindi anche per i tanti Comuni c.d. polverare non in grado di esercitare in maniera efficace funzioni amministrative e fornire servizi efficienti alle comunità di riferimento. Purtroppo, nonostante il consenso generale, il legislatore ha faticato nel mettere in atto misure di fusione, unificazione o estinzione²⁵, specie prima della riforma costituzionale del 2001 a seguito della quale le problematiche appena rilevate hanno invece acquisito una nuova cifra e ciò perché: i) il baricentro amministrativo del sistema costituzionale è stato spostato verso i Comuni; ii) a causa della contrazione dei poteri statali sulla definizione delle norme relative agli enti locali, si è profilata la possibilità di una differenziazione di matrice regionale nei confronti del sistema di governo locale; iii) i dati reali mostrano sempre più come la qualità della vita sia migliore nei Comuni di piccole dimensioni, e soprattutto in quelli specializzati in attività rurali, turistiche, culturali.

Da qui, e resi sempre più evidenti i costi della frammentazione istituzionale²⁶, (il rinnovo dell') attenzione verso le forme di aggregazione e/o di integrazione tra enti locali, in particolare per quella forma che prende il nome di Unione dei Comuni, introdotta nel lontano 1990 con la legge n. 142 e rivisitata anche con la l. 7 aprile 2014, n. 56. Poiché l'Unione dei comuni ha mostrato una capacità espansiva maggiore rispetto alle altre forme di associazionismo merita chiedersi se oggi questo tipo di processo associativo, su base volontaria, sia aperto a una generalizzazione diffusa e possa fungere

²⁴ Secondo il vecchio dogma, infatti, la grande metropoli e il piccolo villaggio potevano essere gestiti con lo stesso regime giuridico; nella visione che tiene conto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, invece, vi è una maggiore attenzione alla dimensione demografica, geografica, sociale ed economica delle comunità locali. In verità, alcune brecce nel muro dell'uniformità erano già state aperte negli anni '70 del secolo scorso: sul piano *sovracomunale* (con dimensioni maggiori rispetto al comune), nel 1971 vengono istituite le comunità montane, enti votati alla gestione e alla programmazione delle aree di riferimento; più precisamente sono costituite da villaggi di montagna o parzialmente montani (appartenenti anche a diverse province), con l'obiettivo di valorizzare le zone montane, esercitando le funzioni proprie e delegate e per l'esercizio associato di funzioni. Cfr. M. De Angelis, M. Pellegrini, *Piccoli comuni e percorsi di federalismo municipale*, Quaderni di Dipartimento, Ancona, 2005, 6, *passim*.

²⁵ Nessun intervento legislativo, paragonabile a quanto è stato fatto in altri paesi europei, è riuscito a ridurre il numero totale di Comuni (intorno agli 8000) o è stato in grado di disegnare una mappatura più congrua dei perimetri amministrativi italiani nei cinquanta anni seguenti all'emanazione della Costituzione. La riduzione dei Comuni attraverso i processi di fusione, ad esempio, ha incontrato irrimediabilmente la resistenza delle comunità locali che si oppongono ad ogni proposta di riduzione del numero dei municipi, vedendo non solo una diminuzione dell'autonomia ma anche un attacco alle loro tradizioni storiche. E ciò, nonostante i numerosi vantaggi – in termini di incentivazioni – che il legislatore ha previsto per le fusioni: si veda Commissione I Affari Costituzionali, Regioni, autonomie e servizi pubblici locali, "Unioni e fusioni di comuni", 2016, in http://www.camera.it/leg17/465?tema=unioni_fusioni_comuni#m; Camera dei Deputati – Servizio studi, "Unione e fusione dei Comuni", 2019, in http://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1105809.pdf?_1555520990223; R. Pacella, G. Milanetti, G. Verde, *Fusioni: quali vantaggi?*, Report Ministero dell'Interno, 2015, in https://www.aranagenzia.it/attachments/article/6309/fusioni%20di%20comuni_Min%20Interno.pdf.

²⁶ S. Iommi, *Associazionismo e fusioni di Comuni*, Firenze, Iripet, 2017, p. 7 ss.

da strumento alternativo e concreto per lo sviluppo di reti di servizi integrati, per l'attuazione di strumenti di gestione del territorio e, più specificamente, tecnologici, volti comunque a migliorare la qualità della vita dei cittadini²⁷.

3.1. *Il modello dell'Unione dei comuni per la gestione associata dei servizi, laboratorio amministrativo di coesione e contaminazione*

Non è facile stimare i costi dell'inadeguatezza tra scala territoriale del processo decisionale e scala territoriale dei fenomeni da governare²⁸. Non è, altresì, immediato soppesare il valore della adesione o disapprovazione da parte dei cittadini a forme imposte di aggregazione territoriale. In attesa di ulteriori approfondite ricerche volte a valutare la bontà di scelte per un modello istituzionale piuttosto che un altro²⁹, si tratta al momento attuale di vagliare i modelli istituzionali presenti per cogliere le opportunità che la crisi da Covid ha creato. L'idea che i Comuni di piccole dimensioni e le aree interne possano essere luoghi di rinascita e del buon vivere può più facilmente concretizzarsi se vi è cooperazione e aggregazione, se l'esigenza di mettere a sistema tutte le risorse in campo a fini rigenerativi promana dagli stessi enti piuttosto che da norme eteroimposte. L'efficacia dell'Unione dei Comuni può risiedere proprio nella volontarietà della comunione e nella ricerca mutua fra enti locali delle migliori capacità amministrative.

L'Unione dei Comuni, invero, era stata concepita in un primo momento non tanto come forma stabile di cooperazione intercomunale, come nel caso dei consorzi pubblici, ma come modulo amministrativo necessario verso la fusione. Tuttavia, siffatto percorso previsto dalle norme non aveva portato ad alcun risultato significativo, sia per la riluttanza delle Regioni ad attuare una politica di aggregazione dei Comuni più piccoli modificando le aree territoriali, sia per la resistenza dei Comuni ad entrare in un sistema che li avrebbe portati all'estinzione attraverso la fusione. Il legislatore nazionale ha optato dunque per un cambio di strategia che va in due direzioni, diverse, ma comunque fortemente correlate. La prima strategia ha previsto il perseguimento di una migliore esecuzione delle funzioni e dei compiti attraverso forme associative liberamente scelte dai Comuni, ma in contesti predeterminati dalle norme. La seconda strategia è consistita in una graduale applicazione del principio di differenziazione degli enti locali, sia con riferimento all'organizzazione che alle funzioni (affidandosi ad uno Statuto di autonomia che tiene conto delle caratteristiche della popolazione, del territorio, della tradizione culturale, ecc.).

La riforma costituzionale del 2001 sviluppa queste linee direttive in modo coerente,

²⁷ Cfr. M. Fedele, G. Moini, *Cooperare conviene? Intercomunalità e politiche pubbliche*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2006, 1, p. 71 ss.; F. Pizzetti, *Piccoli Comuni e grandi compiti: la specificità italiana di fronte ai bisogni delle società mature*, in D. Formiconi (a cura di), *Comuni, insieme, più forti*, Torriana, EDK, 2008.

²⁸ Commissione Permanente – Affari costituzionali della Presidenza del Consiglio, “Indagine conoscitiva sulla gestione associata delle funzioni e dei servizi comunali: esame del documento conclusivo”, 2016.

²⁹ Cfr. G. Vesperini, *Vent'anni di riforme dei poteri regionali e locali: modelli normativi e sviluppi dell'ordinamento*, in *Amministrazione civile*, 2008, 2, p. 76 ss. che sottolinea il «fallimento delle politiche di accorpamento dei piccoli Comuni».

riconoscendo in pieno il principio di autonomia e superando quelli di omogeneità e uniformità. Il principio di differenziazione (art. 118 Cost.) si applica ai diversi aspetti dell'organizzazione e dell'azione pubblica, manifestandosi anche come differenziazione funzionale e territoriale. Ecco, dunque, le modifiche all'impianto normativo iniziale: l'Unione non più come entità "*con una scadenza*"; cade il limite dimensionale (anche i Comuni con più di 5.000 abitanti possono far parte dell'Unione) e territoriale (possono far parte dell'Unione anche Comuni non limitrofi e appartenenti a province diverse); e se prima l'obiettivo dell'Unione consisteva nell'esercizio di *più funzioni e servizi* ora riguarda l'*esercizio congiunto di molteplici funzioni*³⁰.

Nonostante un quadro normativo più favorevole, per le amministrazioni locali si pone il problema di identificare autonomamente la forma più adeguata di associazione per la gestione e l'erogazione dei servizi. Invero, le Regioni sono chiamate a svolgere un ruolo di pianificazione dei processi di aggregazione degli enti locali, definendo specifici moduli associativi volti al miglioramento delle prestazioni amministrative e le relative procedure da seguire per la loro istituzione; e, allo stesso tempo, individuare forme appropriate di incentivi³¹. Così, la filosofia di base della riorganizzazione territoriale si rivolge a forme liberamente scelte dai Comuni, ma in ambiti predeterminati, all'interno dei quali i Comuni esercitano le loro funzioni in forma associata, decidendo in modo indipendente soggetti, forme e modalità di gestione di funzioni e servizi. Lo strumento principe per convincere i Comuni ad accettare di essere inclusi in quei perimetri territoriali individuati dal Piano di riordino territoriale regionale è la previsione di un incentivo, anche indiretto³². Tuttavia, la scelta da parte del legislatore regionale di rispettare l'autonomia comunale nell'individuazione della forma aggregativa ritenuta più idonea per l'esercizio delle funzioni potrebbe rivelarsi poco efficace nella prospettiva di riordinare i territori al fine di una gestione ottimale e funzionale dei servizi necessari a garantire le nuove esigenze di rigenerazione territoriale e di elevati standard di qualità della vita. Questi obiettivi, invece, potrebbero costituire strade maestre per l'ottimizzazione delle risorse finanziarie e amministrative. In altre parole, la presenza di precisi obiettivi di sviluppo associati a specifiche risorse finanziarie potrebbe stimolare gli enti locali a sviluppare una sorta di "ricerca della migliore soluzione", laddove ancora non si sono configurate aggregazioni di enti per la gestione di servizi; oppure rimodulare formule aggregative in atto, al fine di migliorare le capacità amministrative necessarie per gestire quella programmazione integrata che coniuga più visioni (istitu-

³⁰ Cfr. C. cost., 24 gennaio 2019, n. 33.

³¹ Specificamente, le Regioni hanno il compito primario di «identificare ambiti per una gestione congiunta sovracomunale di funzioni e servizi», ovvero, in accordo con i Comuni, si andranno ad individuare gli ambiti territoriali ottimali per esercitare le funzioni: in sostanza, il coordinamento tra le amministrazioni può essere realizzato con diverse formule associative, dunque "anche attraverso le Unioni": si veda M. De Angelis, *Le unioni dei comuni tra normativa nazionale e regionale*, cit., p. 55 ss.

³² *Ibidem*. L'esame della legislazione regionale su tale aspetto evidenzia – a parte l'accentuata differenziazione delle politiche di aggregazione e dei relativi regolamenti – una diversità nella previsione degli incentivi. Ciò può potenzialmente essere molto significativo sia per la capacità operativa delle forme aggregative, sia per la promozione della loro costituzione. Nelle leggi regionali, non sempre esiste una chiara connessione (prestabilita dal legislatore nazionale) tra un ambito territoriale ottimale, il trasferimento di funzioni ai Comuni che sono associati in questi ambiti e la concessione degli incentivi finanziari.

zionale, sociale, economica, urbanistica, ecc.) e più tipologie di risorse finanziarie (europee, nazionali, etc.). Una spinta in tal senso può essere intravista anche nelle norme della l. n. 158/2017 (“Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli Comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei centri storici dei medesimi Comuni”)³³, che – considerando l’Unione dei comuni lo strumento istituzionale privilegiato per ovviare alle problematiche legate al nanismo comunale – intendono mettere a frutto le molteplici risorse dei piccoli Comuni non solo in termini di turismo, cultura e ambiente, ma anche in funzione di rilancio dell’attività imprenditoriale e della produzione locale. L’obiettivo del legislatore non è solo quello di contrastare la tendenza allo spopolamento di alcune aree del Paese, ma anche di moltiplicare gli effetti legati all’alta qualità della vita che si riscontra in molti di questi territori, nella consapevolezza che i Comuni di ridotte dimensioni rappresentano un vero e proprio valore aggiunto per lo sviluppo dell’intera economia nazionale. In particolare, attraverso una serie di misure volte ad eliminare e ad alleggerire passaggi burocratici, si consente a tali enti una gestione più “dinamica” e fruttuosa delle loro peculiarità, stimolando e sostenendo per certi versi le loro capacità amministrative e di investimento³⁴.

Date le caratteristiche del tessuto sociale ed economico italiano, che ha sempre trovato un fattore di ricchezza e progresso in situazioni medio-piccole (il c.d. *Paese delle cento città*), le norme della l. 6 ottobre 2017, n. 158 rappresentano in questo momento una cornice regolatoria assai utile per sviluppare quella progettualità che la pandemia ha rimesso in moto³⁵ attraverso misure ora già attivabili e rese possibili dal d.m. 10

³³ La legge si riferisce a Comuni con non più di 5 mila abitanti (circa il 70 per cento dei Comuni italiani) e contiene misure specifiche (appositi finanziamenti) per quegli enti che rientrino in particolari tipologie (tra le quali rileva il disagio insediativo, le unioni di Comuni montani, i Comuni rientranti nelle aree periferiche e ultraperiferiche come individuate nella SNAI, ecc.). Le finalità generali delle varie misure attengono, tra l’altro, al sostegno dello sviluppo sostenibile, economico, sociale, ambientale e culturale, alla promozione dell’equilibrio demografico, favorendo la residenza in tali comuni, alla tutela e valorizzazione del patrimonio naturale, rurale, storico-culturale e architettonico, nonché al sistema dei servizi essenziali, con l’obiettivo di contrastare lo spopolamento di queste aree. In particolare, i piccoli Comuni, anche in forma associata e anche attraverso apposite convenzioni con i concessionari dei servizi, possono istituire centri multifunzionali in cui concentrare la fornitura di una pluralità di servizi per i cittadini (in materia ambientale, sociale, energetica, scolastica, postale, artigianale, turistica, commerciale, di comunicazione e di sicurezza), nonché lo svolgimento di attività di volontariato e di associazionismo culturale. Una panoramica sul contenuto della legge si trova in https://www.camera.it/leg17/522?tema=sostegno_e_valorizzazione_dei_piccoli_comuni.

³⁴ La legge prevede l’istituzione di un Fondo per lo sviluppo strutturale, economico e sociale dei piccoli Comuni per il finanziamento di investimenti per l’ambiente e i beni culturali; la mitigazione del rischio idrogeologico; la salvaguardia e la riqualificazione urbana dei centri storici; la messa in sicurezza delle infrastrutture stradali e degli istituti scolastici; lo sviluppo economico e sociale; l’insediamento di nuove attività produttive. Il Fondo ha una dotazione di 10 milioni di euro per il 2017 e di 15 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2018 al 2023 (art. 3). Per gli anni 2017 e 2018, nel Fondo confluiscono altresì le risorse per la progettazione e la realizzazione di itinerari turistici a piedi, denominati «cammini», di cui all’art. 1, co. 640, secondo periodo, della l. 28 dicembre 2015, n. 208.

³⁵ Si fa, ad esempio, riferimento a misure che agevolano accordi per la salvaguardia e il recupero dei beni culturali, storici, artistici o l’assegnazione in comodato di edifici pubblici non utilizzati per attività di insediamento d’impresa, di spazi per la promozione e la vendita di prodotti tipici locali; misure volte a cablare gli edifici, a recuperare terreni incolti, a proteggere paesaggi. E ancora, attraverso l’accesso a fondi pubblici: realizzazione di centri multifunzionali per la gestione dei servizi essenziali (con particolare riferi-

agosto 2020 di attuazione delle legge in parola: nel decreto, infatti, sono stati specificati finalmente i requisiti necessari per beneficiare dei fondi per lo sviluppo strutturale, economico e sociale e tra questi rientrano, appunto, l'inadeguatezza di servizi essenziali, le difficoltà di comunicazione e la lontananza dai grandi centri urbani³⁶.

La congiuntura attuale non può non spingere gli enti locali di piccole dimensioni a ricorrere a soluzioni istituzionali che consentono di innescare economie di scala, di scopo, etc. o stimolare le loro capacità amministrative. La forza del modello dell'Unione dei Comuni risiede probabilmente nell'adozione di una forma di coesione che non obbliga alla fusione. Infatti, non si ottengono risultati in termini di aggregazione se si prevede l'annientamento dell'identità di un Comune, anche piccolissimo: oltre ad avere una perdita di cultura, si possono scatenare resistenze insormontabili³⁷. L'adozione di tale modello aggregativo sembra invece essere uno dei pochi che consente di garantire non solo i servizi di base (come la presenza di presidi sanitari, di cui altrimenti gli abitanti dei piccoli centri città sarebbero privati) e il superamento delle "rivalità" tipiche di un Paese a forte campanilismo³⁸, ma anche e soprattutto la costruzione di reti di servizi in cui si attiva l'innovazione tecnologica e infrastrutturale. In definitiva, l'Unione dei Comuni può rappresentare un "laboratorio" di interesse internazionale per sperimentare l'efficacia dell'integrazione di servizi in un'ottica di rigenerazione dei territori³⁹.

4. Il caso dei servizi socio-sanitari nei piccoli Comuni fra esigenze di rigenerazione e innovazione

Fra le tante lezioni apprese con l'epidemia da Covid-19, vi è quella secondo la quale è di primaria importanza la presenza di servizi sul territorio. È risultata subito evidente altresì la necessità di un ripensamento della loro organizzazione anche in considerazione di eventi che possono colpire con una velocità che rende tardive molte reazioni. Per proteggere concretamente la salute della popolazione, infatti, occorre garantire una sanità diffusa, con servizi di base e assistenza sanitaria di prossimità. Come non

mento all'ambiente, alla protezione civile, all'istruzione, alla sanità, ai servizi sociali, ai trasporti, al risparmio energetico, alle risorse rinnovabili); sostegno alle funzioni di e-government connesse alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; priorità ai programmi di elaborazione dei dati presentati da piccoli Comuni (singoli o in associazione); strumenti fiscali per le attività economiche; incentivi per il recupero degli immobili, ecc.

³⁶ Decreto adottato dal ministero dell'Interno "Definizione dei parametri per la determinazione delle tipologie dei piccoli comuni che possono beneficiare dei finanziamenti previsti dalla legge 6 ottobre 2017, n. 158" in G.U. del 27 agosto 2020.

³⁷ Al fine di incoraggiare l'integrazione delle funzioni e dei servizi, invece, bisogna prevedere modalità di aggregazione che rendano protagonisti non solo le capacità amministrative degli enti ma anche i territori e le loro tradizioni culturali. Cfr. S. Iommi, *Associazionismo e fusioni di Comuni. Punti di forza e criticità delle politiche di incentivo*, in *Irpet.it*, 2017.

³⁸ Cfr. I. Moreschini, *Le unioni dei comuni. Normativa e problemi operativi*, in *Segretariientilocali.it*, 2004.

³⁹ Cfr. L. Sergio, *Autonomie locali: l'Unione di comuni come leva del cambiamento organizzativo*, 2014, in *Altalex.it*, <https://www.altalex.com/documents/news/2014/09/19/autonomie-locali-l-unione-di-comuni-come-leva-del-cambiamento-organizzativo>.

mai, si è posta la questione del punto di equilibrio tra esigenze di unità fondate sulla costruzione di una cittadinanza sociale⁴⁰ e libertà di differenziazione collegate e legittimate da differenze territoriali. Questo punto di equilibrio, nel nostro ordinamento, è stato rinvenuto già nel 2001 nella formula dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie di assistenza (Lea). Una formula che, tuttavia, non garantisce quel diritto alla salute connesso ad un'unica cittadinanza sociale, soprattutto se, in determinate situazioni, l'esercizio delle differenze si traduce in inadeguatezza di risposte di cura. L'assetto normativo generato dalle riforme successive al 2001 ha dato vita a un sistema sanitario molto eterogeneo in termini di livelli di servizio con la conseguenza che, pur in situazioni con medesimi indicatori di qualità, la risposta è diversa perché è diverso sia l'assetto organizzativo, sia la distribuzione territoriale del servizio. Si tratta di criticità che erano già state rimarcate in passato e che, in taluni casi, sono esplose durante questi mesi di pandemia⁴¹: dalla mancata programmazione, allo scarso investimento nella medicina territoriale, dalla cattiva allocazione delle risorse alla disarticolazione degli interventi di emergenza. Inoltre, la regionalizzazione della sanità ha generato negli ultimi venti anni una gestione e un approccio dell'assistenza a macchia di leopardo⁴²; disinvestimenti su determinate tipologie di servizi (principalmente i servizi di base) differenziati da regione a regione; frequenti contrasti fra il livello statale e quello regionale sulle misure da adottare, che hanno sia diversificato le risposte, sia allungato le tempistiche di reazione allo stato di bisogno⁴³.

La pandemia ha evidenziato l'esigenza di maggiore coordinamento e pianificazione sui servizi sanitari nonché di idee nuove per adeguare l'assetto organizzativo di quei servizi alle sfide post emergenziali. Invero, se è indubbio come la prossimità di servizi sanitari e la loro efficienza – laddove attivi – abbiano fatto la differenza nella risposta alla pandemia, è invece piuttosto certo che la presenza di reti di presidi territoriali di servizi integrati (sanitari, sociali, commerciali, amministrativi, etc.) avrebbe potuto

⁴⁰ Il concetto di cittadinanza sociale si deve a T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, Utet, 1963.

⁴¹ Le debolezze del sistema sanitario italiano sono state messe in luce anche dal 17 Rapporto Osservasalute del 2020 le cui linee essenziali sono rinvenibili in <http://www.healthdesk.it/scenari/fragilit-servizio-sanitario-nazionale-messe-nudo-covid-19-rapporto-osservasalute>.

⁴² M. De Angelis, *Crisi e sanità: effetti su politiche e diritti. Il caso della Regione Marche*, in *Le Regioni*, 2015, 2, p. 369 ss.; G.G. Carboni, *Il diritto alla salute e l'eguaglianza territoriale*, in *Federalismi.it*, 2020, 8.

⁴³ La sanità regionalizzata ha mostrato diversi casi di relativo successo e disastro, trovando difficoltà nell'estendere in breve tempo le *best practices*, mancando non solo di coordinamento, ma anche di flessibilità. È stato giustamente rilevato che «tre sono soprattutto le criticità [da considerare]: i ricorrenti conflitti tra il livello nazionale e talune autonomie, specie regionali; la disomogeneità e la diversa tenuta delle organizzazioni e dei servizi sanitari sul territorio; le confusioni nelle indicazioni comportamentali e nella messa in atto di misure per rilevare e/o impedire il contagio»: così G.C. De Martin, *Il Servizio sanitario nazionale dopo la pandemia: quale futuro*, 2020, p. 2 in <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2020/05/DE-MARTIN.pdf>. Il concetto è stato ribadito anche dall'ultimo Rapporto della Corte dei Conti sul Coordinamento della finanza pubblica. In questo Rapporto la magistratura contabile analizza i nodi irrisolti del Ssn e soprattutto punta il dito sulle carenze dell'assistenza territoriale: «L'insufficienza delle risorse ha reso più tardivo e ha fatto trovare disarmato il primo fronte che doveva potersi opporre al dilagare della malattia e che si è trovato esso stesso coinvolto nelle difficoltà della popolazione, pando un prezzo in termini di vite molto alto». Il Rapporto è reperibile in <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato5380690.pdf>.

contribuire non poco a dare migliori risposte alle esigenze dell'emergenza Covid e, in futuro, potrebbe supportare la ripresa post pandemica. In particolare, per i servizi sanitari, il riferimento va alle reti non ospedaliere insediate nei territori nei quali le scelte di politica sanitaria regionale non sono di tipo ospedalocentrico; quelle reti ipotizzate dalle norme della c.d. Legge Balduzzi (l. 8 novembre 2012, n. 189) e facenti capo ai medici di base in forte coordinamento con i servizi sociali comunali. Si tratta di servizi diffusi e di prossimità che rappresentano un ausilio indispensabile e a volte alternativo a quello ospedaliero, che hanno consentito negli ultimi mesi di fronteggiare meglio situazioni straordinarie «in virtù della conoscenza ordinaria dei pazienti»⁴⁴. La legge in parola sembrava quasi aver preconizzato che la dispersione di determinate caratteristiche della medicina di base e una sanità tutta concentrata sull'ospedale (pur di eccellenza), ma scarsamente collegata sul territorio, sarebbe stata insufficiente per il contrasto efficace di situazioni di emergenza come quella da Covid⁴⁵. Eppure, tale legge per molti degli aspetti relativi alla riforma della medicina territoriale è rimasta sostanzialmente incompiuta, mostrando i danni della mancata applicazione proprio con la pandemia.

Ora, non si vuole qui ragionare sulle cause che hanno impedito il compimento di queste norme, quanto piuttosto sottolineare che le debolezze del sistema di cure sul territorio rese manifeste dalla pandemia possono e devono trovare un punto di svolta con l'arrivo delle risorse del PNRR e la grande attenzione posta sia sulla rigenerazione dei luoghi che sulla transizione digitale. È questa l'occasione (forse unica) per dare il giusto peso alla medicina di prossimità, muovendosi con logiche circolari e sinergiche al fine di cogliere tutte le opportunità messe in campo in questo momento storico per la ripresa del Paese: nel caso specifico, i servizi sanitari andrebbero inseriti in un sistema di coordinamento stabile con altri servizi del territorio e rafforzati con tutti quegli strumenti che la tecnologia consente di organizzare a rete. L'idea è quella di lavorare per un sistema integrato di servizi di *welfare* e servizi amministrativi volti a rendere concretamente esigibili diritti costituzionalmente garantiti. Reti istituzionali come l'Unione di comuni possono essere un modello di appoggio e di riferimento, perché organizzare o riorganizzare servizi in maniera integrata e gestire fondi e progetti come il PNRR implica capacità e risorse che ogni ente singolarmente non può sostenere. Obiettivi di questo genere, invero, se sono auspicabili, non sono però raggiungibili ovunque e nel breve periodo, perché se ci sono comunità e territori in cui i presupposti sono tali da permettere di attivare nuovi progetti o rinforzare quelli già in atto in maniera agevole, ci sono realtà in cui le possibilità di costruire modelli organizzativi innovativi sono assai poche. E ciò anche in considerazione di due indispensabili condizioni: le capacità amministrative e la tecnologia. Con riferimento alla prima condizione, è indubbio che

⁴⁴ G.C. De Martin, *Il Servizio sanitario nazionale dopo la pandemia: quale futuro*, cit., p. 5.

⁴⁵ Il legislatore era ben consapevole del fatto che se non si vuole rischiare di rendere assai difficile per i cittadini l'accesso e il beneficio delle cure, i processi di de-ospedalizzazione vanno accompagnati da un corrispondente e contestuale rafforzamento dell'assistenza sanitaria sul territorio. Per la l. n. 189/2012, i punti qualificanti del riordino delle cure primarie sono, ad esempio: integrazione monoprofessionale e multiprofessionale per favorire il coordinamento operativo tra medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, specialisti ambulatoriali; sviluppo dell'ICT quale strumento irrinunciabile per l'aggregazione funzionale e per l'integrazione delle cure territoriali e ospedaliere. Sul riordino delle cure territoriali, cfr. Fondazione ISTUD, *Le cure primarie in Italia: verso quali orizzonti di cura ed assistenza*, Report 2013.

le pubbliche amministrazioni sono cruciali per la ripresa del sistema Italia: non è un caso che il tema sia uno dei nodi del PNRR e le recenti linee programmatiche per una nuova P.A. puntino a dotarla delle migliori competenze in termini di capitale umano al fine di sviluppare capacità e poter competere in linea con le più avanzate amministrazioni di altri Paesi europei⁴⁶. Invero, la mobilitazione di risorse finanziarie non potrà essere sufficiente se non sarà gestita efficacemente; la formulazione e la realizzazione dei progetti finalizzati al raggiungimento degli obiettivi fissati dal PNRR e da altri piani, in coerenza tra loro e nel rispetto dei vincoli esistenti, implica un impegno forte e uno sforzo che non può essere improvvisato: l'impreparazione nel gestire tutte le risorse in campo potrebbe infatti portare allo spreco di un'occasione storica⁴⁷.

Rispetto alla seconda condizione, l'uso della tecnologia è indispensabile per l'implementazione di soluzioni innovative per il rinnovamento dell'assistenza socio-sanitaria orientata da e con progetti di rigenerazione dei territori. Del resto, sia a livello europeo che nazionale è stato sottolineato che occorre puntare a una forte infrastrutturazione tecnologica dei servizi sanitari sul territorio con investimenti dedicati⁴⁸: e, in effetti, intelligenza artificiale, connettività e tutte le altre tecnologie digitali rendono possibile offrire e adottare nuovi livelli di intervento, assistenza e cura dei pazienti, consentendo peraltro alle strutture sanitarie di risparmiare tempo e risorse. L'*eHealth*, la telemedicina, una sanità diffusa, di prossimità, collegata ad altri servizi, in definitiva tutto quello che rientra in una "sanità di nuova generazione" è in grado di assicurare evidenti vantaggi ai singoli pazienti, al personale sanitario, alla collettività, al territorio. E in tutto ciò, la digitalizzazione è questione cruciale, investendo anche il problema del *digital divide*, che si è rivelato in tutta la sua portata nella congiuntura pandemica, durante la quale moltissime attività pubbliche e private sono state svolte unicamente in via telematica, laddove si è potuto⁴⁹. A ragione si è parlato di violazione del principio

⁴⁶ Per uno sguardo sulle linee guida della nuova PA, si veda <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/09-03-2021/un-nuovo-alfabeto-la-pubblica-amministrazione>.

⁴⁷ Nei prossimi anni il nostro sistema amministrativo dovrà gestire un'ingente quantità di risorse europee previste dal Quadro finanziario pluriennale 2021-2027, alle quali si aggiungono le risorse straordinarie stanziare attraverso lo strumento del Recovery Plan, che assegna all'Italia 209 mld€ da impegnare entro il 2023 e spendere nei tre anni successivi, secondo un meccanismo premiale che vincola la spesa ai progetti realizzati ed alla verifica dei risultati raggiunti. A questi nuovi fondi vanno infine aggiunte le risorse residue dell'attuale ciclo di programmazione, che ad oggi ha raggiunto una spesa pari al 40%, e che dovranno essere utilizzate entro il 2023. Cfr. *retro*, nota n. 17.

⁴⁸ Già nel 2018 la Commissione Europea (Comunicazione del 25 aprile 2018 relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana – COM(2018)0233) aveva sollecitato il Parlamento Europeo ad agire nell'ottica di una trasformazione digitale del settore sanitario. Alla fine del 2020, in seguito alla pandemia da Covid-19, la Conferenza Stato-Regioni ha approvato il documento "Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina". Qui si trovano indicazioni chiare sulle prestazioni che possono essere erogate in un ambito importante della *smart health*, sulle prestazioni di supporto e sulle prestazioni integrative, accanto a una visione dei servizi che possono sostituire la prestazione sanitaria tradizionale, nella prospettiva di definire delle "nuove prassi" (documento rinvenibile in <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato2602365.pdf>).

⁴⁹ Recenti studi dell'Istat hanno evidenziato che nel biennio 2018-2019, il 33,8% delle famiglie non ha computer o tablet in casa; un dato che sale fino al 41,6% nel Mezzogiorno; la quota scende, invece, al 14,3% tra le famiglie con almeno un minore. Secondo le stime fornite dall'UNCEM (Unione Nazionale Comuni Comunità Enti Montani) alla data del 9 ottobre 2019 sarebbero 1.220 i Comuni sprovvisti di rete

di eguaglianza sostanziale, dal momento che il *digital divide* comporta un'esclusione dai benefici del progresso tecnologico e dell'innovazione: chi è escluso dal digitale (per situazioni diverse: territori isolati, scelta, scarse possibilità economiche, etc.) ne perde i vantaggi, con un enorme danno sociale, economico e culturale⁵⁰. E poiché il *digital divide* colpisce soprattutto ceti sociali svantaggiati, si entra in un circolo vizioso di crescente povertà, disuguaglianza, esclusione, abbassamento dei livelli di benessere⁵¹.

Se dunque è diventato urgente ripensare ad un diverso modello di assistenza sanitaria sul territorio; se la tecnologia risulta utile quando viene plasmata allo specifico contesto, se le reti territoriali aiutano l'integrazione, allora questo è davvero il momento per lavorare con la massima attenzione alla costruzione di nuove infrastrutture sociali e istituzionali mettendo a sistema buone pratiche, investimenti tecnologici e capacità di *governance*, potenziando soprattutto quei servizi che migliorano la qualità della vita.

5. Alcuni rilievi conclusivi. L'importanza di coniugare innovazione istituzionale e tecnologica

L'aspirazione a migliorare la qualità della vita è antica quanto l'uomo. Il progresso tecnico è stato un fattore determinante nel percorrere questa strada, ma anche nello stabilire le infrastrutture sociali e istituzionali per la creazione di contesti che consentano di moltiplicare la crescita dell'economia: nella ripresa post pandemica occorre affrontare le riforme con lo stesso spirito, consci che rigenerare i luoghi significa anche attivare nuove opportunità, potenziando ove possibile le risorse sul campo⁵². Il Covid-19 ha, in particolare, spinto in avanti il processo di transizione digitale: d'un tratto il telelavoro, gli acquisti on-line, le video-conferenze sono diventate la normalità per moltissime persone; ha messo sotto pressione *network* e *cloud*, mostrando ancora una volta come l'innovazione tecnologica abbia un forte impatto, diretto e indiretto, sulla quotidianità; ha contribuito a rendere manifesto come ogni misura di prevenzione abbia più probabilità di essere applicata e avere effetto quando è stata pensata all'interno di un insieme organico di interventi:

(su un totale di 7904 Comuni; circa il 15%). Dati rinvenibili in <https://uncem.it/?s=telefonia+mobile> (sito visitato il 10 aprile 2021). Per quanto riguarda il settore sanitario, nei giorni dell'emergenza sono state fatte una serie di sperimentazioni sull'erogazione di alcuni servizi da remoto. Secondo i dati dell'Osservatorio Innovazione Digitale in Sanità, il 51% dei medici di famiglia ha dovuto lavorare e seguire i propri pazienti il più possibile a distanza e le Regioni, a loro volta, hanno provato il più possibile ad accelerare sulla telemedicina. secondo gli studi dell'Osservatorio (<https://www.osservatori.net/>) i modelli di *connected care* rappresentano il futuro della sanità sul territorio.

⁵⁰ Cfr. S. De Vido, *Diritto all'istruzione e accesso a internet all'epoca del Covid-19*, in *Blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea*, 2020.

⁵¹ Tra le categorie più minacciate dall'esclusione digitale vi sono i soggetti anziani (cd. "*digital divide* intergenerazionale"), le donne non occupate o in particolari condizioni (c.d. "*digital divide* di genere"), gli immigrati (cd. "*digital divide* linguistico-culturale"), le persone con disabilità, le persone detenute e in generale coloro che, essendo in possesso di bassi livelli di scolarizzazione e di istruzione, non sono in grado di utilizzare gli strumenti informatici: si veda A. Alù, A. Longo, *Cos'è il digital divide, nuova discriminazione sociale (e culturale)*, 2020, in <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/il-digital-divide-culturale-e-una-nuova-discriminazione-sociale/>. Sulle disuguaglianze digitali, si veda altresì G. De Minico, *Nuovi diritti e disuguaglianze digitali*, in *Astrid-online*, 2010.

⁵² Cfr. G. Vilella, *E-democracy*, Bologna, Pendragon, 2020, p. 16.

in sostanza, non ci sono attività produttive aperte senza scuole aperte, senza un adeguato sistema di cura degli anziani, senza un sistema di trasporti in grado di consentire gli spostamenti in sicurezza; ha portato l'attenzione sul fatto che le grandi aree urbane, ad alta concentrazione di attività produttive possono avere anche forti limiti: ai tempi e agli spazi delle grandi città, infatti, si possono contrapporre positivamente i tempi e gli spazi dei piccoli Comuni. La dimensione contenuta di questi ultimi e le caratteristiche di zone rurali e/o interne sono state tali da abbattere alcune delle problematiche legate al distanziamento e di palesarne altre: si pensi, da un lato, alla possibilità di non utilizzare affollati servizi di trasporto pubblico per raggiungere servizi essenziali, allo *smart working* che evita spostamenti, ai servizi amministrativi di prossimità; dall'altro all'assenza di servizi sanitari, culturali, sociali⁵³. In molti casi, le difficoltà di organizzare e offrire tali servizi sono superabili se si utilizzano le reti, nel senso di reti tecnologiche (grazie alla banda larga) e reti istituzionali (come le Unioni di comuni), capitalizzando le esperienze e le risorse per volgere in senso innovativo politiche territoriali e fondi a disposizione, non solo quelli dedicati ai piccoli borghi, ma soprattutto quelli provenienti da progetti connessi al PNRR. Alcune realtà possono, dunque, rappresentare i siti migliori per sperimentare politiche (ambientali ed energetiche, sociali e sanitarie, etc.) in senso innovativo, cioè legate ad infrastrutture tecnologiche, digitali *in primis*⁵⁴. E allo stesso tempo occorre un grande ripensamento circa la distribuzione e localizzazione di alcune funzioni pubbliche che continuano ad essere assegnate secondo schemi in buona parte desueti. In altre parole, in questo momento (cogliendo altresì l'occasione dell'impulso post pandemico) è davvero necessario riflettere su quale sia il livello istituzionale e amministrativo più idoneo per implementare politiche sinergiche ed innovative del territorio, integrando sanità, ambiente, trasporti, sistema produttivo e strutturando e organizzando sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici in funzione di un ordinato sviluppo economico e sociale. Consapevoli che occorre avere il coraggio di aprire una stagione di rinnovamento dell'amministrazione pubblica nel senso del rafforzamento delle sue capacità politico-gestionali, il ripensamento dell'offerta dei servizi in un quadro istituzionale e amministrativo nuovo deve coniugarsi strettamente con le caratteristiche dei territori, che non devono perdere la loro vocazione (agricola, artigianale, turistica che sia) per migliorare la qualità della vita di chi li abita.

⁵³ I recentissimi dati del Rapporto Svimez 2020 evidenziano che da quando la pandemia è esplosa, hanno fatto ritorno nel Mezzogiorno quasi 45mila lavoratori per continuare le attività nelle proprie zone di origine. Secondo la Svimez, ci sarebbero più del doppio dei lavoratori disposti a fare il medesimo passo. Ma il controesodo nei borghi o nelle città del Sud non è scontato, e – soprattutto – non è detto che sia definitivo perché per i c.d. *south workers* servono – fra l'altro – collegamenti a Internet veloci, trasporti, asili nido, servizi sanitari. Il Rapporto SVIMEZ si trova in <http://lnx.svimez.info/svimez/presentazione-rapporto-svimez-2020/>.

⁵⁴ La tecnologia è parte integrante e inscindibile (della politica e) dell'amministrazione, ne alimenta l'evoluzione, anzi è un vero servizio pubblico. Pur se la tecnologia può essere fonte di problemi, moltissimi sono i fattori che, grazie all'innovazione tecnologica, aiutano la PA a migliorare l'efficacia della propria azione. Peraltro, si tratta di uno strumento formidabile per favorire la trasparenza dell'attività pubblica e la partecipazione dei cittadini. Molte delle innovazioni dell'attività amministrativa dipendono, oggi, interamente dalla tecnologia: ma l'intervento tecnologico deve comprendere il contesto politico nel quale agisce se vuole che il risultato sia efficace ed effettivo. Amministrazione e politica sono profondamente integrate alla tecnologia, e viceversa. Cfr. G. Vilella, *E-democracy*, cit., pp. 282-283.

La necessità di un bene comune

Guido Corso

1. Chi si occupa di diritto amministrativo suole associare l'interesse pubblico ad un apparato amministrativo che lo tutela.

In un ordinamento ispirato al principio di legalità è la legge che prevede l'istituzione di quell'apparato e ne disciplina i poteri, attribuiti per la soddisfazione di interessi che è sempre la legge a individuare. È il legislatore che qualifica un certo interesse come interesse pubblico. Non lo fa, tuttavia, per capriccio, o con una scelta che è del tutto libera. Al di sopra della legge c'è la Costituzione, la quale, direttamente o indirettamente, indica una pluralità di interessi da tutelare. Il legislatore riceve un mandato, il compito di individuare i mezzi, le strutture organizzative e le risorse, per assicurare che gli interessi pubblici previsti dalla Costituzione siano soddisfatti.

La Costituzione, indirettamente, fornisce anche una indicazione opposta, sugli interessi che non possono essere resi pubblici. Essa garantisce sfere di libertà e di autonomia nelle quali i singoli e i gruppi sociali coltivano interessi che sono loro a stabilire; sono loro che scelgono i mezzi per soddisfarli.

Riconoscendo la libertà religiosa (art. 19), la Costituzione esclude che una determinata confessione o un determinato culto possano formare oggetto di protezione da parte di un apparato pubblico; mentre la norma che riconosce la libertà di associazione esclude che alle persone associate o che intendono associarsi possa essere imposto di perseguire un certo fine, di soddisfare uno specifico interesse pubblico. La scelta dei fini è riservata agli associati che incontrano un solo limite – il divieto di perseguire fini che ai singoli sono vietati dalla legge penale (art. 18).

Non necessariamente a un interesse pubblico deve corrispondere una organizzazione amministrativa. C'è un alto numero di interessi pubblici che sono tutelati con strumenti diversi dall'amministrazione. L'interesse a che i conflitti tra i singoli siano composti in modo pacifico è tutelato dall'apparato giudiziario; l'interesse a che ciascuno possa vivere in pace senza essere esposto alla violenza o alla frode altrui è tutelato dal codice penale e dalla giustizia penale; l'interesse del singolo a «svolgere la sua personalità», come si esprime l'art. 2 Cost., o l'interesse ad avviare un'impresa (art. 41 Cost.), sono tutelati dalle leggi civili.

Anche se indica interessi da tutelare come interessi pubblici e nello stesso tempo esclude che altri interessi possano essere pubblicizzati, la Costituzione non contiene un catalogo chiuso degli uni e degli altri interessi.

Ci sono interessi che sono assunti nella sfera pubblica senza che la Costituzione ne

faccia menzione e che sono costituzionalizzati dopo essere prima emersi sul piano politico e legislativo. Basti pensare all'interesse alla tutela ambientale, del quale la Costituzione del 1947 non fa menzione e che è venuto alla ribalta, come oggetto di politiche pubbliche, almeno trent'anni prima che la novella costituzionale del 2001 iscrivesse la tutela dell'ambiente nell'elenco delle competenze esclusive del legislatore statale (così l'art. 117 co. 2 lett. s) come novellato nel 2001).

Il tema dell'interesse pubblico rinvia quindi dall'amministrazione alla legislazione, dalla legislazione alla Costituzione, dalla Costituzione a scelte collettive e decisioni politiche precostituzionali.

È questa la ragione per cui dell'interesse pubblico o, secondo terminologia diversa, del bene comune, si sono occupati sempre i filosofi dalla politica, prima che diventasse oggetto di riflessione dei giuristi.

2. L'interesse pubblico è un interesse superindividuale.

La Costituzione individua alcuni interessi che toccano la totalità dei cittadini – per es. la difesa della Patria (art. 52); o addirittura riguardano tutti coloro che risiedono ed operano nel territorio nazionale, anche se non sono cittadini (è questo il senso della disposizione che impone a *tutti* di concorrere alle spese pubbliche, art. 53). La difesa della Patria e la fedeltà alla Repubblica (artt. 52 e 54) riguardano solo i *cittadini*: diversa è la formulazione dell'art. 53, che implica la possibilità che all'obbligazione tributaria sia assoggettato anche colui che non è cittadino (ma beneficia di un reddito in Italia).

Altri interessi rimandano a cerchie più ristrette di persone. Si legge nella Costituzione di risorse aggiuntive e interventi speciali «in favore di determinati comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni» (art. 119 ultimo comma); o di «provvedimenti a favore delle zone montane» (art. 44, co. 2); o di speciali forme di tutela per le «minoranze linguistiche» (art. 6); o di misure per l'artigianato (art. 45 co. 2) o per i poveri (artt. 32 co. 1; 43 co. 3; 38 co. 1) o per gli invalidi (art. 38, co. 1 e 2) o per le donne (art. 37 ma anche l'art. 51) o per i lavoratori (artt. 35, 36, e 38) ecc.

In tutti questi casi, dal complesso dei cittadini vengono enucleati gruppi più ristretti, individuati in ragione del luogo in cui vivono o del sesso o della condizione economica o dell'attività lavorativa svolta o della destinazione che i suoi appartenenti danno ai propri risparmi (art. 47) o dell'età (lavoro minorile, art. 37, co. 2) o dell'età abbinata al talento e al merito (i capaci e i meritevoli che hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi, art. 34, co. 3).

La Costituzione prende in considerazione questi gruppi, supponendo che coloro che ne fanno parte condividano un interesse che è diverso da (o comunque specifico rispetto a) quello della generalità dei cittadini. Diverso dall'interesse che ha il cittadino come tale, a prescindere da come egli è situato (socialmente, economicamente, territorialmente, anagraficamente etc.).

Se si limitasse a questo, solo a prendere in considerazione gruppi minori, la Costituzione sarebbe la fotografia, anche parziale, del popolo italiano nelle sue articolazioni.

Ma la Costituzione dice qualcosa di più. Prevede che ciascuno di questi gruppi abbia titolo a specifiche forme di protezione o perché i suoi componenti costituiscono una minoranza che si distingue dal resto degli italiani per quell'elemento cruciale che è la lingua (una lingua minoritaria di per sé è fonte di discriminazione); o perché versano in

una condizione fisica, sociale o economica che rende i membri del gruppo particolarmente vulnerabili; o perché, pur abbracciando numericamente più della metà del popolo italiano (le donne), il gruppo versa in una condizione di minorità sociale e giuridica che ha radici culturali millenarie; o perché si tratta di attività economiche (l'artigianato) che rischiano di essere travolte dall'industrializzazione; o perché i membri del gruppo risiedono in territori inospitali (le zone montane) ed hanno accesso più arduo ai benefici della vita urbana, ecc.

Ci si potrebbe chiedere a questo punto, ragionando astrattamente, perché di questi interessi di gruppo, che non vengono avvertiti come interessi propri dai cittadini che a questi gruppi sono esterni, si debba far carico la Repubblica, ossia il complesso delle istituzioni (art. 114, co. 1), la Nazione (artt. 67 e 87, co. 1), la totalità dei cittadini (art. 54 co. 1).

La risposta?

È interesse di tutti che l'interesse comune a certi gruppi più ristretti sia tutelato come interesse pubblico. Non soltanto perché l'art. 2 Cost. richiede (a tutti) l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale: ma per la ragione più radicale, conosciuta da millenni, che un popolo è tale se opera in modo da curare come interesse di tutti l'interesse di cerchie più ristrette quando dal sacrificio di questi ultimi interessi riceverebbe un danno l'interesse generale.

La Costituzione, come abbiamo visto, prescrive forme di protezione particolari per i poveri sul piano dell'assistenza sanitaria, previdenziale, scolastica (artt. 32, 38, 34); ma non si tratta di un'invenzione dell'assemblea costituente. Da secoli ci sono ospizi per i poveri, orfanotrofi, istituzioni caritative pubbliche. Non soltanto perché una certa forma di solidarietà c'è sempre stata, sebbene non vi fosse una costituzione che la qualificasse come doverosa; i poveri sono sempre stati anche un problema di ordine pubblico. Come tale era trattato in Italia dalla legislazione degli Stati preunitari (e da quella dello Stato unitario: non si dimentichi che la materia della beneficenza rientrava fra le attribuzioni del ministero dell'interno) o dalle *Poor laws* britanniche. Lord Beveridge, per giustificare l'istituzione di un Servizio Sanitario nazionale, spiegò nel suo celebre Report, che se i lavoratori sono in salute, si riduce l'assenteismo dal lavoro, con beneficio dell'imprenditore e dell'economia del paese: la maggiore produttività del sistema economico vale a coprire i costi della sanità pubblica. In altre parole, una misura e un apparato pensati con speciale riguardo ad un gruppo sociale (i lavoratori subordinati) sono suscettibili di produrre effetti benefici per la generalità dei cittadini.

C'è una complementarità tra gli interessi dei singoli gruppi che giustifica la loro assunzione nella sfera pubblica, come interessi generali. L'interesse generale richiede che vengano soddisfatti interessi di gruppi minori.

3. L'uomo che viene indicato nell'art. 2 Cost. come portatore di diritti inviolabili è anche membro di formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Alcune di queste sono società naturali, come la famiglia lo è per i figli, altre nascono dalla decisione delle persone di associarsi, e quindi come effetto di un atto di volontà (art. 18).

A tutti è riconosciuto il diritto di autoregolarsi con i limiti di volta in volta stabiliti (art. 29 co. 2 sulla famiglia, art. 18 sul limite del diritto penale per le associazioni). Ad alcune formazioni è riconosciuta una specifica forma di autonomia (art. 5 sulle autonomie locali; artt. 7 e 8 sulla Chiesa Cattolica e le confessioni acattoliche; art. 33 ulti-

mo comma sull'università; art. 39 sui sindacati; art. 49 sui partiti politici; art. 104 sulla magistratura).

Se tutto questo bastasse, se cioè ogni gruppo sociale fosse in grado di soddisfare con le proprie forze interessi che sono comuni ai suoi membri, non ci sarebbe necessità di un intervento pubblico. Tuttavia molti di questi gruppi non sono, per così dire, autosufficienti. Anche se una parte dei loro interessi può essere curata dal gruppo, altri interessi richiedono il soccorso pubblico: l'assunzione di questi interessi nella sfera pubblica.

Si pensi ai lavoratori subordinati. Possono associarsi in sindacati a tutela dei loro diritti, ossia in associazioni private (associazioni non riconosciute: art. 36 c.c.), che hanno anche una competenza normativa (la contrattazione collettiva); ma affinché certi diritti (e quindi gli interessi sottostanti) possano essere garantiti ci vuole la legge (art. 35-37 Cost.). Gli artigiani hanno le loro organizzazioni sindacali: ma la «tutela e lo sviluppo dell'artigianato» sono affidati alla legge (art. 45, co. 2).

Come viene assicurata la tutela dei gruppi minori di cui parla la Costituzione?

Le istituzioni impiegano due strumenti, il diritto o il denaro o la loro combinazione¹.

Il denaro non è una risorsa illimitata: viene accumulato dallo Stato e dalle altre istituzioni munite di potestà tributaria con le imposte, le tasse, i contributi. Il denaro destinato a un gruppo (per es. la pensione sociale a chi non ha maturato il diritto alla previdenza, sebbene abbia raggiunto la vecchiaia) viene fornito da altri, dalla generalità dei contribuenti, a loro volta distinti per fasce di reddito con tassazione progressiva (= più che proporzionale man mano che si arriva alle fasce più alte; art. 53 Cost.) e quindi principalmente, dal gruppo dei contribuenti più ricchi.

Quello che per un gruppo è un beneficio, per altri è un costo.

L'effetto non è diverso se viene usato il diritto. Se i cittadini meno abbienti sono esentati dal pagamento del ticket sanitario (l'esenzione è uno strumento giuridico), le prestazioni sono gratuite per loro: ma questo costo viene a gravare su altri.

Questa elementare osservazione evidenzia che tra i gruppi sociali non c'è solo complementarità di interessi, ma c'è anche conflitto. Il conflitto è palese quando i gruppi competono per l'assegnazione delle stesse risorse, poniamo, gli abitanti delle aree interne e quelli delle periferie urbane.

Dall'interesse pubblico agli interessi pubblici; interessi che coesistono, interessi che confliggono. La legislazione amministrativa ne prende atto: quando, per es. assegna alla conferenza di servizi il compito di «effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo» (art. 14, l. 7 agosto 1990, n. 241).

Questa dinamica è implicita in tutte le scelte di politica pubblica. Una legislazione che pone ostacoli al licenziamento dei lavoratori occupati aggrava le difficoltà dei disoccupati che vorrebbero entrare nel mercato del lavoro e non possono farlo perché trovano occupate le posizioni di lavoro; un welfare generoso può non conciliarsi con una politica di apertura all'immigrazione perché questa consente a stranieri di entrare nel paese e competere con i cittadini nel godimento di prestazioni sociali; un massiccio investimento pubblico nelle zone economicamente meno sviluppate riduce le risorse che un processo economico spontaneo andrebbe ad allocare nelle zone più sviluppate (i

¹ N. Luhmann, *Potere e Codice politico* (tr. it.), Milano, Feltrinelli, 1982, pp. 146-157.

c.d. fattori di agglomerazione); una politica e un'amministrazione favorevoli all'apertura di ipermercati e supermercati pregiudicano i piccoli esercizi.

La soluzione dei conflitti non può essere cercata nella Costituzione. Essa 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 pubbliche.

4. La compresenza di interessi pubblici spesso in contrasto richiede un'autorità che abbia il potere di decidere quali interessi soddisfare, e secondo quale ordine. Il rischio che è inerente a questo potere è che esso sia impiegato a beneficio proprio del titolare, di colui o coloro che detengono il potere o a beneficio dei loro amici, e non per soddisfare gli interessi generali. È un problema che ha sempre sollecitato l'attenzione della scienza politica.

La soluzione più radicale è quella proposta da Platone. Il potere pubblico va assegnato a Custodi o Guardiani, nessuno dei quali deve essere proprietario di alcun bene, «possedere una casa o un magazzino ai quali sia vietato l'accesso a chiunque desideri entrarvi». L'oro e l'argento non vanno cercati nei loro forzieri, sono custoditi nel loro animo, come dono degli dèi; non serve quindi a loro averne dagli umani perché l'oro corruttibile finirebbe per contaminare l'oro incorruttibile. Molte delle azioni empie sono frutto della moneta che passa nelle mani di molti². In comune debbono essere anche le donne guardiane; nessuna di loro deve convivere privatamente con un solo uomo, e anche i figli devono essere in comune in modo che nessun genitore conosca quale sia il proprio figlio e nessun figlio quale sia il proprio genitore³.

È l'impulso proprietario che spinge l'ordinario uomo di governo a curare l'interesse proprio anziché l'interesse generale; occorre quindi sradicare questo impulso dal suo animo. Solo chi non ha nulla di suo – né la casa, né l'oro, né la donna né i figli – ed è stato educato in modo da ignorare il desiderio di questi beni, può assicurare una dedizione esclusiva al bene comune.

Molto più realista Aristotele dà per scontato che chi esercita il potere sia portato a privilegiare il proprio interesse. Ed è irrilevante il fatto «che il potere sovrano sia esercitato da un solo, da pochi o da più. Quando uno solo, pochi o più esercitano il potere in vista dell'interesse comune allora si hanno necessariamente le Costituzioni rette; mentre quando l'uno o i pochi o i più esercitano il potere nel loro privato interesse, allora si hanno le deviazioni». Sono forme rette la monarchia l'aristocrazia e la politica; forme degeneri sono la tirannide rispetto alla monarchia, l'oligarchia rispetto all'aristocrazia e la democrazia rispetto alla politica (Politica, III, 1279 a.b). La natura dell'interesse perseguito – l'interesse dei governanti, o l'interesse dei governati – è per Aristotele il criterio per distinguere le buone dalle cattive forme di governo.

Il problema è eterno. Oggi lo vediamo quando si manifesta in forme arcaiche, per es. quando i despoti africani si arricchiscono in modo smisurato; ma sussiste potenzialmente dovunque.

² Platone, *Repubblica*, L. III, 416 D-E.

³ Platone, *Repubblica*, L. 457 D.

Nelle democrazie liberali sono stati escogitati numerosi mezzi per contrastare la tendenza di chi governa a farsi gli interessi propri. Servono a questo scopo strumenti che hanno portata e obiettivi ben più vasti – dalla separazione dei poteri (e quindi il controllo di un potere sull'altro) allo stato di diritto (coloro che legiferano e governano sono sottoposti alle leggi e alle misure che loro stessi hanno adottato), alla temporaneità delle cariche, agli organi collegiali, alle elezioni con cadenza fissa etc. Ma servono a questo scopo strumenti più specifici, le norme sulla incompatibilità o sul conflitto di interessi; le norme del codice penale sulla corruzione o sull'abuso d'ufficio; le norme deontologiche della cui osservanza si fa carico l'Autorità Anticorruzione, ecc.

5. Il problema dell'interesse generale si pone anche nelle democrazie.

Per Aristotele la democrazia è il regime in cui prevale la maggioranza. Poiché questa è formata dai più poveri – i ricchi sono una minoranza – la democrazia è la forma di governo che soddisfa l'interesse dei poveri sacrificando i ricchi. L'inclinazione di chi governa a governare nell'interesse proprio, e non dell'intera società politica, la ritroviamo anche quando al comando c'è una sola persona o quando c'è una minoranza di persone. In questi casi abbiamo rispettivamente la tirannia e l'oligarchia.

A queste tre forme di governo cattive si contrappongono, come abbiamo visto, le tre corrispondenti forme buone: la monarchia, l'aristocrazia e la "politeia", nelle quali l'uno, i pochi e la maggioranza governano nell'interesse generale. Significativamente Aristotele definisce la variante positiva della democrazia – il regime in cui la maggioranza governa nell'interesse di tutti – con il termine *politeia*, che significa Costituzione: quasi a voler significare che si tratta della Costituzione per antonomasia (e quindi quella che egli sembra preferire).

Come è possibile che i molti governino nell'interesse di tutti, anziché nell'interesse proprio? È possibile solo se l'autorità è esercitata a turno; così che, quando si governa, si fa l'interesse dei governanti e, quando si è governati si fa l'interesse proprio. «Se tutti vengono a trovarsi ora nell'uno ed ora nell'altra delle due condizioni, tutti fanno prima o dopo il proprio interesse»⁴.

La turnazione è esclusiva del regime in cui governa la maggioranza. Né un monarca né un tiranno, né un'aristocrazia né un'oligarchia intendono farsi da parte per consentire ad altri di soppiantarli. Il turno di cui parla Aristotele è assicurato, nelle democrazie contemporanee, dalla durata temporanea dei mandati e dalla cadenza periodica delle elezioni.

Ma è sufficiente questo per garantire che chi governa lo faccia nell'interesse generale?

Rousseau risponde dicendo che non basta la maggioranza, occorre l'unanimità perché si formi una volontà generale. «Quando il vincolo sociale comincia ad allentarsi e lo stato a indebolirsi, quando cominciano a farsi sentire gli interessi particolari, e le piccole società a influire sulla grande, allora l'interesse comune si altera e trova oppositori, viene meno l'unanimità nelle votazioni, la volontà generale cessa di essere la vo-

⁴ Così E. Berti, *Profilo di Aristotele*, Roma, Studium, 2021, p. 302.

lontà di tutti, sorgono contrasti e discussioni, e anche la proposta migliore non passa senza disputa»⁵.

La volontà generale può essere espressa solo da un gruppo unanime, e richiede che «parecchi uomini riuniti si considerino come un corpo unico», con «una sola volontà»; un corpo al quale «il bene comune si manifesta dovunque con evidenza e per scorgerlo è sufficiente il buon senso»⁶.

Per quanto idilliaca (e irrealistica) possa sembrare questa soluzione, non è difficile rendersi conto che essa è carica di implicazioni allarmanti.

Se la volontà generale è il bene massimo («sempre costante, inalterabile e pura»)⁷, i lunghi dibattiti, i contrasti, i tumulti annunciano il prevalere degli interessi particolari e il declino dello Stato. Uno Stato che non sia vocato al “declino” non può ammettere interessi particolari, e quindi il dissenso di chi si faccia portatore di tali interessi.

In realtà, secondo Rousseau neppure un gruppo unanime esprime necessariamente la volontà generale. Questa «è sempre retta e tende all'utilità pubblica; ma non ne consegue che le deliberazioni del popolo abbiano sempre la stessa rettitudine (...). Non si corrompe mai il popolo, ma spesso lo si inganna; e soltanto allora esso sembra volere ciò che è male».

Da qui la grande «differenza tra la volontà di tutti e la volontà generale: questa considera solo l'interesse comune; l'altra ha di mira l'interesse privato, e non è che una somma di volontà particolari»⁸.

Distinguendo tra la volontà generale e volontà di tutti e ammettendo quindi la possibilità che esse non coincidano, Rousseau finisce per dissociare la volontà generale da ciò che il gruppo all'unanimità ha voluto. La volontà generale non è ciò che tutti vogliono, ma è ciò che tutti *debbono* volere. Non è un fatto, l'esito di volizioni individuali che hanno lo stesso contenuto, ma è un dovere essere che viene adempiuto solo se i volenti reprimono l'interesse privato che sono tentati di soddisfare.

In questo modo lo stesso concetto di volontà diventa superfluo. Essenziale è solo che la decisione necessariamente unanime sia in sintonia con l'interesse generale; è quest'ultimo che solo rileva.

A questo punto, obietterebbe Aristotele, anche un governo monarchico o un governo aristocratico raggiungerebbe lo stesso risultato: essi si distinguono, infatti, dalla tirannide e dal governo di un'oligarchia perché hanno a cuore l'interesse generale non l'interesse proprio.

6. Il problema degli interessi parziali è molto più complesso di quanto immaginato da Aristotele. Non c'è solo un interesse della maggioranza e un interesse della minoranza; e comunque tale semplificazione presuppone una società piccola quale era la polis in Atene.

⁵ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, in J.J. Rousseau, *Scritti politici*, Torino, Utet, 1970, p. 810.

⁶ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 809. Questo consente a «schiere di contadini sbrigare gli affari di Stato sotto una quercia», come avviene presso «il popolo più felice del mondo» (i cantoni rurali della Svizzera, *op. loco*, cit.).

⁷ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 810.

⁸ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 742.

In una grande società gli interessi tendono a moltiplicarsi così come si moltiplicano i gruppi che ne sono portatori. Si moltiplicano le fazioni, come li definisce James Madison, e «i cittadini più ragionevoli e più virtuosi (...) lamentano che il bene pubblico viene ignorato nel conflitto fra i partiti rivali, ed i provvedimenti vengono presi, non secondo le regole di giustizia e nel rispetto degli interessi della minoranza, ma in base alla superiore forza di una maggioranza prepotente e sollecita del solo proprio interesse»⁹.

Per Madison, non è la democrazia la soluzione, ma quella che egli chiama la repubblica, in cui vige il principio della rappresentanza che comporta la delega del potere a un piccolo gruppo di cittadini eletti dal resto, e funziona tanto meglio quanto più grande è il numero dei cittadini. Un corpo scelto di rappresentanti può individuare meglio il vero interesse del paese: il suo patriottismo e il suo amore per la giustizia riducono il rischio che quell'interesse venga sacrificato a considerazioni contingenti o parziali¹⁰. Quanto più ampio è l'elettorato, tanto più il rappresentante è svincolato da interessi parrocchiali o localistici. Nella sua battaglia per una Costituzione federale, Madison spiega che più grande è il numero dei cittadini e più grande l'estensione del territorio, meno sono da temere le fazioni. «Più piccola è la società, minore sarà il numero dei partiti e degli interessi che sostengono; e quanto minore è il numero dei partiti e dei distinti interessi, più spesso la maggioranza sarà ottenuta dallo stesso partito; più piccolo è il numero degli individui che formano una maggioranza, più probabile che essi concepiscano ed attuino i loro piani di oppressione. Se si amplia la sfera, avremo una maggiore varietà di partiti e di interessi, si riduce il rischio che una maggioranza abbia un comune motivo per invadere i diritti degli altri cittadini, e se tale motivo comune esiste, sarà più difficile che coloro che fanno parte della maggioranza agiscano all'unisono. Dove c'è la coscienza di una finalità ingiusta e disonorevole, la comunicazione fra i componenti la maggioranza è frenata dalla sfiducia in proporzione al numero di coloro di cui è necessario il concorso (e il consenso)»¹¹.

La soluzione proposta da Madison contrasta radicalmente con la concezione di Rousseau.

Per questi non è possibile al corpo sovrano conservare ai giorni nostri l'esercizio dei diritti se lo Stato non è molto piccolo¹²: il solo nel quale è pensabile la democrazia diretta. Uno Stato grande richiede la rappresentanza: ma la sovranità non può essere rappresentata per la stessa ragione per cui non può essere alienata. Essa consiste essenzialmente nella volontà generale; e la volontà non si rappresenta: o è essa stessa, o è un'altra; non c'è via di mezzo¹³.

In altre parole mentre per Rousseau la democrazia rappresentativa non è che un cattivo surrogato della democrazia diretta, che è l'unica forma di democrazia, per Madison è la democrazia rappresentativa, o la Repubblica, come egli la chiama, lo strumento per correggere i guasti della democrazia diretta, o comunque della democrazia del piccolo

⁹ J. Madison, *The Federalist* n. X, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist*, London-N.Y., Penguin, 1961, p. 44.

¹⁰ J. Madison, *The Federalist* n. X, cit., p. 45.

¹¹ J. Madison, *The Federalist* n. X, cit., pp. 46-45.

¹² J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 803.

¹³ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., pp. 801-802.

Stato, nella quale è pressoché inevitabile la sopraffazione della minoranza da parte della maggioranza¹⁴.

7. In presenza dell'attività dei gruppi di pressione con evidente influsso 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 discussione. La realtà di fatto incide sui modelli analitici, anche se ha implicazioni sul comportamento umano che gli studiosi fortemente animati da ideali etici trovano difficile accettare¹⁵.

Quando l'attività dello Stato era limitata, e produceva conseguenze generali e uniformi su tutti gli individui e gruppi, era facilmente spiegabile la relativa assenza di interessi particolari organizzati. Con la crescita dell'intervento pubblico, e l'impatto differenziale e discriminatorio crescente su gruppi distinti e identificabili della società, è naturale che aumenti l'investimento nelle organizzazioni rivolte ad assicurare ai loro membri guadagni differenziali con mezzi politici. L'attività dei gruppi di interesse, misurata in termini di costi organizzativi, è una diretta funzione dei "profitti" che i gruppi si aspettano dal processo politico.

Il profitto che si ottiene dall'investimento nell'organizzazione è direttamente proporzionale alle dimensioni complessive del settore pubblico ed inversamente proporzionale alla "generalità" del bilancio pubblico; ma l'estensione e la composizione del bilancio dipendono, a loro volta, dalle dimensioni dell'investimento nell'organizzazione politica.

Il gruppo di pressione organizzato nasce perché sono attesi vantaggi differenziali attraverso il processo politico e, a loro volta, benefici vengono generati a favore di gruppi particolari a causa dell'esistenza di attività organizzata. Un effetto a spirale viene prodotto: negli USA può essere rilevato nella struttura della tassa sul reddito federale, nella legislazione tariffaria federale, nei progetti di sviluppo federale, e in molte altre aree importanti, specie della legislazione economica¹⁶.

I gruppi di pressione non funzionano tutti allo stesso modo. Secondo la c.d. legge di Olson¹⁷, quanto più il gruppo è numeroso, tanto più piccola è la frazione del bene collettivo che al singolo verrà assicurata dall'azione politica di pressione del gruppo; e tanto minore sarà la disponibilità del singolo a cooperare per il successo del gruppo, considerato che, anche in assenza di un suo personale impegno, egli pensa che il bene collettivo sarà comunque ottenuto.

¹⁴ Su Rousseau teorico della politica v. Fralin, *Rousseau and Representation*, New York, Columbia University Press, 1978, spec. p. 125 ss.; sul contrasto Rousseau-Madison, H. Fenichel Ptikin, *The Concept of Representation*, California University Press, 1972, spec. p. 191 ss.; sul dibattito sulla rappresentanza in Francia tra il 1788 e il 1789, v. P. Violante, *Lo spazio della rappresentanza*, Palermo, Ila-Palma, 1981.

¹⁵ J.M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1965, p. 283.

¹⁶ J.M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, cit., pp. 286-287.

¹⁷ G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, 3ª ed., Bologna, il Mulino, 1995, p. 374, «tanto più grande è il gruppo, tanto meno perseguirà i propri interessi comuni» (M. Olson, *The Logic of Collective Action*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1971, tr. it. *La logica dell'azione collettiva*, Milano, Feltrinelli, 1983, pp. 48 e 62).

Olson, per dimostrare la maggiore efficacia dell'azione dei gruppi più piccoli, fa l'esempio di una riunione. Quando i presenti sono tanti, il partecipante tipico sa che i suoi sforzi non influenzeranno molto il risultato finale mentre questo sarà influenzato dalla decisione presa nella riunione indipendentemente dallo sforzo, piccolo o grande, che egli dedica allo studio delle questioni dibattute. Può evitare di affaticarsi nello studio di tali questioni con lo stesso impegno che avrebbe messo se fosse stato lui solo a decidere¹⁸.

A questa considerazione l'A. ne aggiunge un'altra, che riguarda la struttura dei piccoli gruppi (quelli che hanno maggiore successo nello sforzo per conseguire il bene collettivo). In essi vi è «una sorprendente tendenza allo "sfruttamento" del grande da parte del piccolo»¹⁹. Olson fa l'esempio delle organizzazioni internazionali, come l'ONU e la NATO (che possono essere considerate piccoli gruppi se si considera il numero degli Stati che ne fanno parte). In essi i Paesi più grandi sono costretti a sopportare una quota sproporzionata degli oneri, perché i paesi più piccoli traggono ugualmente vantaggio dalla appartenenza all'organizzazione, così che possono permettersi di abbracciare il neutralismo²⁰.

In tutti questi casi viene in evidenza il comportamento tipico del *free rider*; di colui che gode dei benefici ottenuti dal gruppo di cui fa parte perché dalla fruizione del bene collettivo non può essere escluso, anche se non fornisce alcun contributo per ottenerlo.

È lo schema dei c.d. beni pubblici puri, ossia i beni che, a differenza della generalità dei beni che sono "rivali nel consumo" (il panino che io mangio non può essere contemporaneamente mangiato da un altro), non sono rivali nel consumo: perché il fatto che io lo consumi, avendolo pagato, non vieta ad altri di consumarlo, anche se non ha pagato nessun prezzo (l'esempio è quello del faro e della sua luce, dei cui benefici gode qualunque nave di passaggio, sia che abbia contribuito al costo della costruzione e manutenzione del faro, sia che non l'abbia fatto). Beni pubblici, nella letteratura economica, sono i beni la cui produzione non può essere affidata al mercato perché tutti saremmo tentati di agire come *free-rider* (o portoghesi): beni (si pensi alla difesa o all'ordine pubblico) che possono essere garantiti solo dalla coazione (lo Stato: è una delle giustificazioni economiche della necessità dello Stato)²¹.

Accanto alla distinzione fra i gruppi che è fondata sulla rispettiva dimensione (grandi e piccoli), è ritenuta rilevante un'altra distinzione, legata alla natura dei costi e dei benefici che le politiche pubbliche ottenute con l'azione del gruppo rispettivamente comportano e producono: a seconda che i costi e i benefici siano concentrati o diffusi.

Una decisione pubblica che richiede costi diffusi e produce benefici concentrati ha più probabilità di essere presa rispetto a una decisione che richiede costi concentrati e produce benefici diffusi. Questa è la ragione per cui, storicamente, misure che favoriscono imprese monopolistiche o oligopolistiche hanno più successo, e incontrano minore resistenza, di misure che invece aprono un mercato alla concorrenza.

¹⁸ M. Olson, *The Logic of Collective Action*, cit., p. 67.

¹⁹ M. Olson, *The Logic of Collective Action*, cit., p. 48.

²⁰ M. Olson, *The Logic of Collective Action*, cit., p. 49.

²¹ H.S. Rosen, *Public Finance*, 2nd ed., Illinois, Homewood, 1988, p. 53; P.A. Samuelson, *Economics*, 9th ed., New York, McGraw-hill Book Company, tr. it. *Economia*, Torino, Utet, 1977, pp. 211-213.

Queste ultime producono benefici diffusi (a vantaggio della generalità dei consumatori) e costi concentrati (a carico delle imprese insider che vengono pregiudicate dall'apertura del mercato alla concorrenza): i consumatori non colgono l'utilità di una misura produttiva di benefici diffusi, mentre le imprese danneggiate avvertono il peso dei costi che gravano su di essa e si battono perché una decisione del genere non venga presa (Si potrebbe fare l'esempio della polemica che si è accesa sulla durata delle concessioni demaniali marittime: i titolari, che beneficiano di un assetto anticoncorrenziale, si battono contro l'apertura del relativo mercato alla concorrenza, e trovano forze politiche pronte ad appoggiarli, mentre la generalità del pubblico (che comprende anche coloro che aspirano a diventare concessionari e non possono diventarlo perché il mercato è bloccato) non trova paladini politici).

La distinzione appena fatta, che poggia sul carattere concentrato o diffuso dei costi e dei benefici generati dalla decisione pubblica presa sotto la pressione del gruppo, rimanda ad un altro elemento. Non conta solo (o tanto) il numero di coloro che condividono l'interesse che fa di loro un gruppo, quanto l'intensità di questo interesse: interesse che, per le cose dette, è di solito più intenso nel piccolo gruppo.

Ora se noi assumiamo, sulla scorta delle analisi riportate, che un piccolo gruppo è più efficace nella sua azione di pressione di un grosso gruppo e che le misure che producono benefici diffusi hanno meno probabilità di essere prese di misure che producono benefici concentrati (qui rileva l'intensità dell'interesse), il rischio che l'interesse pubblico venga trascurato o ignorato è grande: al punto da indurre studiosi "realisti" a negare che un interesse pubblico in senso oggettivo possa essere configurato.

8. Aristotele ha spiegato che la maggioranza soddisfa spesso solo il suo interesse, a scapito dell'interesse generale.

L'analisi del funzionamento delle società contemporanee, articolate in gruppi sociali portatori ciascuno di un proprio interesse e quindi tali che la divisione tra maggioranza e minoranza non ne rispecchia la realtà, ha messo in luce che non la maggioranza, ma specifiche minoranze condizionano spesso le politiche pubbliche.

Rousseau, peraltro, aveva spiegato che neppure in presenza di una volontà unanime (*la volonté de tous*) viene garantito il bene comune, essendo ben possibile che la volontà di tutti non esprima la volontà generale, e quindi non assicuri che le decisioni comuni siano conformi alla volontà generale.

Quel che rende generale la volontà non è tanto il numero dei voti quanto l'interesse comune che le unisce (Contratto sociale, libro II, capo IV).

Perché questo interesse comune venga individuato e soddisfatto con scelte pubbliche appropriate, occorre, secondo James Madison, addomesticare le fazioni: addomesticarle, non sopprimerle, perché distruggere la libertà che di esse è una condizione indispensabile è un rimedio peggiore del male. La forma di Stato che sola può conciliare la compresenza di gruppi sociali con interessi diversi con l'interesse generale è una grande repubblica ove i rappresentanti sono eletti da un popolo così numeroso che è «più difficile a candidati immeritevoli di tramare e mettere in pratica le manovre tortuose con cui troppo spesso si effettuano le elezioni». In una situazione del genere il suffragio «si indirizzerà più facilmente verso uomini che presentino reali meriti e fermi e conosciuti caratteri».

La Costituzione federale rappresenta un felice compromesso tra un assetto in cui il numero degli elettori è così grande che il rappresentante è troppo poco al corrente di tutte le piccole situazioni e interessi locali, e un sistema opposto in cui egli è troppo attaccato agli interessi locali e poco atto a comprendere le grandi questioni di carattere nazionale.

Nella federazione gli interessi di carattere generale sono affidati al potere legislativo centrale, mentre quello di carattere locale e particolare rimangono di competenza delle assemblee legislative dei vari Stati.

Che degli interessi ci sia una diversa percezione da parte degli elettori e da parte dei rappresentanti è il tema del discorso che Edmund Burke rivolge agli elettori di Bristol a seguito della sua elezione al Parlamento il 3 novembre 1774.

«Il Parlamento non è un congresso di ambasciatori di interessi diversi e l'un all'altro ostili, che ciascuno deve sostenere come mandatario e patrocinatore in opposizione ad altri mandatarî e patrocinatori: il Parlamento è invece un'assemblea deliberativa di una unica Nazione, con un solo interesse, quello dell'intero: dove dovrebbero essere di guida non già obiettivi locali e locali pregiudizi, bensì il bene generale derivante dalla generale ragione dell'intero. Voi scegliete un membro, è vero; ma una volta che l'avete scelto, oggi non è un membro di Bristol, ma un membro del Parlamento. Se l'elettore locale dovesse avere un interesse, o dar vita ad una opinione affrettata, palesemente contraria al vero bene del resto della comunità, il membro del Parlamento per quella località dovrebbe astenersi quanto ogni altro da qualunque sforzo inteso a darne effetto (...) Vostro amico fedele e devoto servitore io sarò sino al termine della vita, ma un adulator no, questo neppure voi potete augurarvelo»²².

È la *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 67 della Costituzione italiana: ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato.

Ma che cosa garantisce che il rappresentante sia così illuminato da curare l'interesse generale, anche discostandosi dai desiderata dei suoi elettori, se l'elettore è così cieco da guardare solo al suo interesse? Perché si deve pensare che l'elettore scelga un rappresentante che abbia quelle qualità che Madison e Burke ritengono che il rappresentante debba possedere?

Che la scelta possa essere infelice è l'argomento che nel dibattito sulla proposta di legge volta al parziale allagamento del suffragio, svolto nella camera dei deputati nell'anno 1881, fu usato dai parlamentari avversari alla proposta²³.

9. Le distorsioni che la pressione dei gruppi sociali determina nella selezione ed attuazione delle politiche pubbliche non escludono che un bene comune o un interesse pubblico ci sia, e debba esserci. Il sistema politico-giuridico poggia su questo assunto: interi rami del diritto, come il diritto costituzionale e il diritto amministrativo non avrebbero ragione d'essere se fosse postulata l'impossibilità di una identificazione del bene comune o dell'interesse pubblico.

²² V. in L. Ornaghi (a cura di), *Il concetto di interesse*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 321.

²³ I termini del dibattito in F. Chabod, *Storia della politica estera italiana dal 1970 al 1996. Le premesse*, Bari, Laterza, 1951, p. 292.

Tutto il diritto è fondato su affermazioni che altre scienze mettono in discussione senza che ciò valga a inficiare la sua legittimazione, il carattere essenziale del suo ruolo. Si può discutere quanto si vuole sull'esistenza o meno del libero arbitrio – e ne discutono oggi non più soltanto i filosofi, o i teologi, ma anche i biologi, i neuroscienziati, gli psicologi: è evidente, tuttavia che il diritto penale non potrebbe esserci se si negasse la libertà del volere. La responsabilità dell'agente, la distinzione tra delitto doloso e delitto colposo (art. 43 c.p.), il carattere personale della responsabilità penale verrebbero cancellati.

Accanto alla questione che riguarda il concetto di bene comune o di interesse pubblico, e del rapporto tra bene comune e beni e interessi privati, ce ne è un'altra che emerge dal discorso che precede. Chi è più qualificato a identificare il bene comune?

Anche se il bene comune riguarda tutti, sarebbe sbagliato affidare a tutti la scelta del suo contenuto. È questa, ad es., l'opinione di Hegel. Niente di più erroneo della tesi che «il popolo saprebbe meglio di chiunque altro ciò che gli serve (...) Il popolo (...) esprime piuttosto la parte che non sa quello che vuole. Sapere quel che si vuole e ancor più, sapere quelle che vuole la volontà essente – in sé – e – per sé – la Ragione, è infatti il frutto di una profonda conoscenza e intelligenza, e questo, per l'appunto non è cosa del popolo»²⁴.

Anche se espressa in modo meno brutale, non è diversa la convinzione di J. Madison ed E. Burke riportata nei passi sopra trascritti. La determinazione del bene comune spetta al rappresentante, non al popolo che viene rappresentato: e gli spetta anche egli quando dovesse egli decidere in contrasto con i desiderata del popolo. Spetta al rappresentante in ragione del suo superiore punto di vista, più distaccato rispetto a quello degli elettori che sono inclini a ripiegare sui loro interessi, personali e privati.

A monte della questione della spettanza della decisione sul bene comune – se spetta ai rappresentanti latamente intesi, ossia ai governanti, o al popolo, ce n'è un'altra.

Che cosa si intende per popolo?

La risposta di J.J. Rousseau è radicale. «Finché molti uomini riuniti si considerano come un sol corpo, essi non hanno che una sola volontà la quale riguarda la conservazione comune e il generale benessere»²⁵.

La volontà che esso esprime è la volontà generale che «è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica»²⁶. Ma questo vale, appunto, finché i molti uomini riuniti «si considerano come un sol corpo». Quando il vincolo sociale comincia ad allentarsi e lo Stato a indebolirsi, quando incominciano ad imporsi gli interessi particolari e le piccole associazioni a influire sulle grandi, l'interesse comune si sposta e trova degli oppositori: «nei voti non c'è più l'unanimità»²⁷. La volontà generale non va più indistruttibile: sebbene l'A. dia a questo capitolo, nel quale mette in luce la precarietà della volontà generale, il titolo «La volontà generale è indistruttibile».

C'è di più. Come abbiamo visto, anche quando c'è l'unanimità, non è detto che essa esprima la volontà generale. Il popolo vuole sempre il proprio bene, ma non sempre lo

²⁴ G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. it. di V. Cicero, Milano, Rusconi, 1996, p. 509.

²⁵ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., libro IV, cap. I.

²⁶ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., libro II, cap. III.

²⁷ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., libro IV, cap. I.

vede (Hegel direbbe che non le vede mai). Non si fa corrompere mai, ma spesso lo si inganna (...). Quando si creano fazioni e associazioni parziali a spese della grande, la volontà di ciascuna di queste associazioni diventa generale rispetto ai suoi membri e particolare rispetto allo Stato: si può dire allora che i voti non sono tanti quanto gli uomini, ma tanti quante le associazioni²⁸.

L'unanimità, del resto, è una evenienza del tutto precaria.

Rousseau che, pure ne è un fautore perché, a suo giudizio, «in base al diritto naturale della società l'unanimità viene considerata essenziale per la formazione del corpo politico e per le leggi fondamentali legate alla sua esistenza», ritiene che appena essa viene richiesta «oltre un certo limite, diventa il più pericoloso degli abusi». Egli ne discute a proposito del *liberum veto* della dieta polacca, ossia di un istituto che è l'immediato risvolto della regola dell'unanimità²⁹.

L'unanimità nelle votazioni del Consiglio è prescritta da decine di articoli del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Surrogato dell'unanimità è la regola di maggioranza. Se il bene comune in certi casi non è cercato e ottenuto quando tutti sono d'accordo, a maggior ragione esso rischia di non essere centrato quando a decidere è una maggioranza cui si oppone una minoranza. E non semplicemente per la ragione addotta da Aristotele, quando scrive che la maggioranza tende spesso a curare l'interesse dei molti (ossia dei poveri), e non l'interesse di tutti: ma anche per la ragione indicata da Hegel quando dice che il popolo non sa ciò che vuole. La regola di maggioranza è uno strumento essenziale per giungere a una decisione in caso di dissenso: ma non garantisce che la decisione sia la migliore possibile e non garantisce, soprattutto, che la decisione sia presa per il bene comune.

Di questo Aristotele è pienamente consapevole: anche se impiega un argomento antropologico per giustificare l'affidamento del governo alla maggioranza: «I più, ciascuno dei quali non è un uomo buono, possono, tuttavia, se presi tutti insieme, essere migliori di pochi, non di ciascuno ma della loro totalità (...). Essendo in molti, ciascuno ha la sua parte di virtù e di saggezza, sicché dalla loro unione si ottiene una specie di uomo solo, dotato di molti piedi, di molte mani e capace di ricevere molte sensazioni: che da ciò avrebbe innegabili vantaggi anche nel comportamento e nell'intelligenza»³⁰.

L'obiezione è immediata.

Che due teste siano meglio di una non è sempre vero. Dipende dai cervelli che ci sono dentro. Se cinquanta pecore decidono di andare per un sentiero, e il pastore è convinto che esse debbano andare da un'altra parte, è improbabile che il pastore si lasci impressionare dall'argomento che cinquanta teste sono meglio di una³¹.

Il pastore, come il guardiano di Platone, è oggi il politico: colui al quale ci affidiamo non perché deliberi e attui ciò che noi realmente vogliamo, ma perché deliberi ed ottiene ciò che dovremmo volere se fossimo saggi e conoscessimo le conseguenze dalla

²⁸ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., libro II, cap. III.

²⁹ J.J. Rousseau, *Considerazioni sul governo di Polonia*, in *Scritti politici*, Torino, Utet, 1970, pp. 1168-1169.

³⁰ Aristotele, *Politica*, III, 12813. La traduzione è di C. A. Viano, Rizzoli - BUR Classici Greci e Latini, Segrate, 2002, p. 273.

³¹ D.D. Raphael, *Problems of Political Philosophy*, 2ª ed., London, MacMillan, 1990, p. 194.

soddisfazione dei nostri desideri³². La politica consiste per l'appunto nel fare una gerarchia degli interessi, nello stabilire quali sono quelli più importanti e quelli meno. La politica: «cioè una visione generale delle cose, la capacità di valutare in complesso i pro e i contro, di riuscire a guardare più in là del proprio naso e delle proprie tasche; di ricordare il passato e immaginarsi il futuro»³³.

10. Il bene comune si definisce in rapporto al bene del singolo. L'interesse pubblico – termine più diffuso dell'altro a partire dal diciottesimo secolo – rinvia all'interesse privato³⁴.

L'interesse della comunità quale è? si chiede J. Bentham; e risponde che è la somma degli interessi dei vari membri che la compongono³⁵.

Se accettassimo questa definizione, dovrebbe specificare, quanto meno, che si tratta di una somma algebrica, fatta di più e meno: perché è ovvio che gli interessi dei privati sono in conflitto tra loro. Con una formulazione meno grossolana, Hayek scrive che in una società libera il bene generale consiste principalmente nel facilitare il perseguimento di scopi individuali sconosciuti. Egli pone l'accento su questa caratteristica: gli scopi individuali sono sconosciuti allo Stato e, in origine anche agli stessi individui, sicché la pretesa dei pubblici poteri di soddisfare tali interessi è destinata al fallimento perché presuppone nello Stato il possesso di una conoscenza che non c'è.

Non quindi il soddisfacimento diretto dei bisogni particolari realizza il bene comune, ma l'assicurare le condizioni in cui individui e piccoli gruppi trovano le occasioni favorevoli per soddisfare reciprocamente i propri bisogni: ove la reciprocità presuppone rapporti contrattuali e un luogo, materiale e ideale, in cui questi rapporti si svolgono, il mercato³⁶.

Una concezione che, almeno in apparenza, non è molto diversa da quella enunciata nell'enciclica *Gaudium et spes* del 1965 ove il bene comune viene definito come «l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettano ai gruppi, come ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più speditamente (...) Occorre, cioè, che siano rese accessibili all'uomo tutte quelle cose che sono necessarie a condurre una vita veramente umana, come il vitto, il vestito, l'abitazione, il diritto a scegliersi liberamente lo stato di vita e a fondare una famiglia, all'educazione, al lavoro, al buon nome, al rispetto, alla necessaria informazione, alla possibilità di agire secondo il retto dettato della sua coscienza, alla salvaguardia della vita privata e alla giusta libertà anche in campo religioso»³⁷. «Dall'indole sociale dell'uomo appare evidente come il perfezionamento della persona umana e lo sviluppo della stessa società siano tra loro interdipendenti».

³² D.D. Raphael, *Problems of Political Philosophy*, cit., p. 195.

³³ E. Galli Della Loggia, in *Corriere della Sera*, 16 maggio 2022.

³⁴ L. Ornaghi (a cura di), *Il concetto di "interesse"*, Milano, Giuffrè, 1984, suggerisce come punto di partenza la frase di H. de Rohan, «l'interest seul ne peut jamais manquer», in *De l'Interest des Princes et Etats de la chrétienté*, ivi, p. 152: e di M. Nedham, *Interest will not lie*, ivi, p. 168).

³⁵ J. Bentham, *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*, London, 1823, I, p. 4, citato da F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 2010, pp. 186-87.

³⁶ Lo schema è quello descritto da A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, tr. it., Milano, De Agostini, 2006, vol. I, libro I, p. 77 ss.

³⁷ *Gaudium et spes*, in *Il Concilio Vaticano II, Documenti*, Bologna, Dehoniane, 1967, par. 26, p. 819.

Il presupposto è quello Aristotelico dell'uomo come essere sociale portato per natura a viver con gli altri (Etica Nicomachea. IX, 1169 3).

E se l'uomo non fosse un animale politico, portato per natura a vivere con gli altri, e fosse invece animato da «*a perpetual and restless desire of power after power, that ceaseth only in death*»? E se tra gli uomini ci fosse solo «*competition of riches honour, command, or other power*», che «*inclineth to contention, enmity, and war?*»³⁸. In una condizione del genere «non c'è un *finis ultimus*, un fine ultimo, né c'è un *summum bonum*, un sommo bene, come si legge nei libri dei vecchi filosofi morali»³⁹.

C'è invece un *summum malum*, la morte violenta la paura della quale domina gli uomini che «hanno l'eguale abilità di uccidersi l'un l'altro»⁴⁰.

Se ciascun uomo è in guerra con l'altro uomo, non ci può essere nulla di ingiusto. Le nozioni di giusto ed ingiusto, di giustizia e ingiustizia non hanno posto. Dove non c'è un potere comune, non c'è una legge; e dove non c'è una legge, non c'è ingiustizia. In guerra sono la forza e la frode le due virtù cardinali, Giustizia e ingiustizia non sono facoltà né del corpo né della mente. Se lo fossero, le troveremmo anche nell'uomo che vive solo nel mondo, come troviamo i suoi sensi e le sue passioni. Sono qualità che riguardano gli uomini in società, non in solitudine⁴¹. Molto diversa è l'impostazione di Spinoza.

Il diritto naturale di ciascun uomo è determinato non dalla retta ragione, ma dal desiderio e dalla potenza. Qualunque cosa ciascuno, considerato sotto il solo comando della natura, giudica per sé utile, o per guida della retta ragione o per l'impeto delle passioni, per supremo diritto di natura gli è lecito appetirla e prenderne possesso in qualunque modo, sia con la forza, sia con l'inganno, sia con le preghiere, sia, infine, in qualunque modo potrà farlo più facilmente e, di conseguenza, gli è lecito considerare come nemico chiunque voglia impedire la realizzazione del suo proposito.

Il diritto naturale di ciascuno è determinato dalla sola potenza – una legge universale per cui i pesci sono determinati dalla natura a nuotare, i grandi a mangiare i più piccoli, e perciò i pesci per supremo diritto naturale si servono dell'acqua e i grandi mangiano i più piccoli. Se il diritto naturale di ciascuno è determinato dalla sola potenza, segue che quanto della sua potenza ciascuno trasferisce ad un altro con la forza o spontaneamente, altrettanto cede necessariamente all'altro del suo diritto. Ha il supremo diritto su tutti colui che ha la suprema potestà, con la quale può costringere tutti con la forza e tenerli a freno con la paura del supremo castigo: e manterrà questo diritto fin tantoché conserverà questa potenza di fare ciò che vuole.

Proprio perché questo diritto di comandare sussiste sino a quando coloro, a cui è stato trasferito il diritto dei singoli, mantengano la suprema potestà, accade raramente che le supreme potestà comandino cose del tutto assurde: e come dice Seneca, nessuno conservò a lungo il potere fondato sulla violenza⁴².

³⁸ T. Hobbes (a cura di), *Leviathan* cfr. XI, Oxford, Oakshott, 1969, p. 64.

³⁹ T. Hobbes, *Leviathan*, cit., p. 63.

⁴⁰ L. Berns, *Hobbes*, in L. Strauss e J. Cropsey (a cura di), *Storia della filosofia politica*, Genova, Il Mulino, vol. II, p. 143.

⁴¹ T. Hobbes, *Leviathan*, cit., pp. 13, 83.

⁴² B. Spinoza, *Trattato Teologico-politico*, Milano, Rusconi, 1999, cap. XVI "Dei fondamenti dello Stato", pp. 523-553.

11. Qualunque sia la concezione dell'uomo – animale politico o animale impolitico, – la coesistenza degli uomini viene assicurata dallo Stato.

È lo Stato che garantisce «l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono ai gruppi, come ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più speditamente». Anche se la *Gaudium et spes* non accenna in questo passo allo Stato, non si vede in quale altro modo quelle “condizioni” possano sussistere: considerato che da queste condizioni dipende la possibilità di accedere a «tutte quelle cose che sono necessarie a condurre una vita veramente umana vitto, vestiario, alloggio, famiglia, educazione, lavoro ecc.»: par. 26).

Non diversa, nonostante l'apparente lontananza, è la soluzione prospettata da Hobbes per por termine al *bellum, omnium contra omnes*: un patto (Covenant) stipulato fra gli individui con il quale io rinuncio al mio diritto di governare me stesso in favore di quest'uomo o di questa assemblea alla condizione che anche tu rinunci al tuo diritto in favore di lui o di essa e quindi l'autorizzi a compiere tutte le azioni alle quali io l'autorizzo (*Leviathan*, cfr. XVII, p. 112). Non un patto tra sudditi e sovrano, ma un patto tra i sudditi con i quali essi si impegnano a trasferire ciascuno il proprio potere ad un uomo o ad una assemblea che non è parte del patto (e quindi non ne è vincolata).

In questo modo viene generato il grande Leviatano «o piuttosto, per parlare in modo più rispettoso, il dio mortale al quale noi dobbiamo, sotto il Dio immortale, la nostra pace e la nostra sicurezza»⁴³. Il grande Leviatano, il mostro biblico (una specie di coccodrillo) che non possibile pescare con l'amo o tenergli ferma la lingua con una corda (Giobbe, 40.25-26), non è altro che lo Stato.

Analoga è la soluzione che dà Spinoza ad uno stato di cose in cui nessuno è disposto a rinunciare al diritto che egli ha su tutte le cose «*nisi ex metu majoris mali vel spe maioris boni*». Un timore e una speranza che solo lo Stato può incutere e, rispettivamente, suscitare.

Il capitolo a cui Spinoza affida queste riflessioni è intitolato, significativamente “Sui fondamenti dello Stato”⁴⁴. Il filosofo lo chiama “democrazia” questo diritto della società: intendendosi per tale l'associazione di tutti che ha collegialmente il diritto a tutto ciò che può perché ad essa ciascuno ha trasferito la sua potenza⁴⁵.

Il tema del bene comune rimanda al tema dello Stato anche nelle riflessioni contemporanee più approfondite nell'ambito della filosofia politica.

Per J. Rawls spetta allo Stato (Government) agire in vista del bene comune, ossia mantenere le condizioni e raggiungere obiettivi che siano a vantaggio di ciascuno⁴⁶. L'ordine pubblico è la condizione necessaria perché ciascuno persegua i suoi fini quali che essi siano (purché si mantengano entro certi limiti)⁴⁷.

Robert Nozick riduce al minimo il ruolo dello Stato: prospetta la probabilità del

⁴³ *Op. loco cit.*

⁴⁴ B. Spinoza, *De Republicae Fundamentis*, cap. XVI del *Tractatus*, cit., pp. 524-525.

⁴⁵ B. Spinoza, *De Republicae Fundamentis*, cit., p. 529.

⁴⁶ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1972, pp. 2330 e 246.

⁴⁷ J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 213.

passaggio dallo Stato minimo – lo Stato guardiano notturno della tradizione liberale – allo Stato ultraminimo in cui gli stessi servizi di protezione (ossia l'ordine pubblico) sono forniti solo agli acquirenti delle sue polizze⁴⁸.

Per quanto ridotto sia il suo ambito di azione, sempre di uno Stato si tratta.

12. Il problema del bene comune si converte così in quello dei compiti dello Stato.

Altra è la risposta che viene data dal filosofo politico, altra la risposta del giurista, che è ancorato ad un sistema giuridico positivo. Egli, tuttavia, non può prescindere dalle premesse che sono state chiarite nel corso di due millenni e mezzo di riflessione sulla società e sulla politica. Non può prescindere in epoca di dichiarazioni internazionali di diritto dell'uomo, nella quale è entrata a far parte del patrimonio culturale generale l'idea dell'esistenza di diritti umani, che spettano all'uomo in quanto uomo, e non come cittadino di uno specifico Stato: diritti che preesistono allo Stato, che lo Stato è tenuto a rispettare, nel senso che il loro riconoscimento non dipende da una decisione costituzionale, ma, all'opposto, è la Costituzione che è tenuta a riconoscerli.

Dal discorso che precede alcune conclusioni possono essere tratte.

Anche se la società ha un bene comune, che le assicuri prima di tutto la conservazione, di questo bene essa non può farsi carico direttamente: la cura di esso non può che essere affidata a un soggetto (una pluralità di soggetti) investito di autorità, distinto dalla società che esso è tenuto a conservare e promuovere⁴⁹.

Per consentire agli individui e ai gruppi di perseguire i propri fini e curare i propri interessi, l'autorità deve farsi carico e soddisfare interessi che non sono riconducibili agli interessi particolari. Per es. perché sia consentito ai singoli di vivere pacificamente e in modo sicuro, deve essere approntato un apparato (polizia, amministrazione della giustizia) i cui interventi sono percepiti dagli individui, in certi casi, come ostili, o comunque limitativi di quella libertà di azione che quell'apparato dovrebbe consentire di esercitare. È questa una seconda conclusione.

Quando lo Stato limita la libertà, lo fa spesso per promuovere la libertà sotto altro aspetto. Il diritto penale nega la libertà di appropriarsi dei beni mobili altrui: ma, punendo il furto, tutela la libertà del proprietario di fare del suo bene l'uso che crede.

La giustizia, che ciascuno Stato deve garantire, include la vecchia funzione della protezione dei diritti esistenti, ma anche la nuova funzione di una più equa distribuzione dei diritti: poiché un diritto può essere spesso considerato una forma di libertà, la protezione dei diritti, intesa in questo senso lato, si risolve spesso nella protezione della libertà. Qui viene in rilievo la funzione redistributiva dei diritti, sia in termini di opportunità, come nell'istruzione, sia in termini di reddito, come nella previdenza sociale: la libertà di alcuni è limitata a vantaggio della libertà altrui⁵⁰.

I principi pubblici di redistribuzione delle opportunità o della ricchezza alimentano tendenzialmente conflitti tra le persone e i gruppi che dalle relative misure vengono

⁴⁸ R. Nozick, *Anarchy, State ad Utopia*, New York, Basic Books, 1974, tr. it., Milano, Il Saggiatore, 2000, p. 48.

⁴⁹ Sul punto Y. R. Simon, *A General Theory of Authority*, Notre Dame, Indiana, 1960, p. 47 ss. e p. 57 ss.

⁵⁰ D.D. Raphael, *Problems of Political Philosophy*, cit., p. 73. Contro l'idea di giustizia sociale o distributiva, v. F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 262 ss.

svantaggiati e avvantaggiati. È quindi palesemente inaccettabile l'idea, enunciata da J. Bentham, dell'interesse pubblico o bene comune come somma degli interessi particolari: proprio perché essa non tiene conto dei conflitti che inevitabilmente sorgono tra i portatori di questi interessi ed è proprio dell'Autorità il compito di conciliarli, temperando il sacrificio degli uni con i benefici degli altri.

La Costituzione e le leggi pongono i diritti tutti sullo stesso piano: è una implicazione del regime delle fonti giuridiche per cui quando la fonte è una, i diritti e le libertà che essa riconosce, tutela e promuove, mutuano dalla unicità della fonte l'identità del rango. Ma non è questo il punto di vista della politica (e quindi dell'Autorità). Spetta all'Autorità, con scelte che vengono affidate al mezzo legislativo e agli strumenti amministrativi, stabilire graduazioni, priorità, valutare le urgenze maggiori o minori, calcolare le risorse necessarie per raggiungere certi obiettivi e soddisfare certi diritti, procurarsi queste risorse a carico dei cittadini, stabilire di volta in volta i limiti entro cui il prelievo delle risorse è tollerabile.

Questo implica che il bene comune non possa essere stabilito una volta per tutte. Va individuato e curato con scelte variabili, che richiedono un apprezzamento che non è valutabile semplicemente alla stregua della Costituzione, ma che è legato alle circostanze, alle domande che salgono dalla società, agli eventi che sfuggono al controllo dell'uomo (terremoti, frane, alluvioni, epidemie, ecc.).

È per questo che, in ultima analisi, il bene comune è un'entità inafferrabile.

Attività e giustizia amministrativa

Legge e pretesa riserva di amministrazione: spunti critici e ricostruttivi

Augusto Cerri

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le leggi provvedimento nella nostra esperienza costituzionale: indicazioni di giurisprudenza e di dottrina. – 3. Leggi provvedimento vincolate a presupposti esterni. – 4. Intervento pubblico, procedimenti di pianificazione economica o urbanistica. – 5. Legge ordinaria (c.d. legge madre) che disciplina legge provvedimento (c.d. legge figlia). – 6. Esclusione di leggi provvedimento regionali e riserva di amministrazione in alcuni settori. – 7. Il regime della legge ordinaria in costituzione flessibile o in costituzione rigida. – 8. Il regime della legge ordinaria nella nostra esperienza costituzionale. – 9. Spunti ricostruttivi.

1. Premessa

Il Maestro e l'amico, che ho il piacere di onorare, ha dedicato non pochi suoi contributi all'analisi dei rapporti (di diritto pubblico e di diritto comune) fra Amministrazioni e soggetti privati. Il tema delle presenti osservazioni solo in parte interseca questa area problematica, almeno quando si occupa delle leggi provvedimento che si inseriscono in rapporti contrattuali (punto 4.) e delle strette condizioni in cui sono ammesse. Si svolge, per lo più, su alcune tematiche "a monte" dei rapporti fra legge e amministrazione più familiari ad un costituzionalista.

I rapporti tra funzione legislativa e amministrativa hanno una storia nella nostra recente esperienza costituzionale ma anche in quella remota, dato che sono connaturati alla fondazione dello "Stato di diritto".

La precedente elaborazione del tema, pregevole sotto ogni profilo, muoveva tuttavia, come vedremo, dall'ipotesi tacita di una costituzione flessibile e, dunque, di un ruolo del legislatore con essa coerente che, forse, non è identico al suo ruolo in una costituzione rigida: non è, dunque, pienamente utilizzabile nel nuovo contesto.

2. Le leggi provvedimento nella nostra esperienza costituzionale: indicazioni di giurisprudenza e di dottrina

Il problema delle leggi provvedimento affiorò con riguardo ai decreti di riforma

fondiarie e, non molto tempo dopo, con riguardo ai decreti di esproprio delle aziende elettriche (connesso al riscatto delle concessioni). Si ritenne opportuno affidare il compito di decidere in concreto gli espropri ad una struttura forte, capace di resistere a pressioni politiche e sociali contrarie, e, dunque, direttamente al Governo, attraverso decreti legislativi, pur previsti da legge formulata in termini impersonali. La legge non poteva essere davvero astratta perché inevitabilmente relativa ad una situazione concreta e non ripetibile indefinitamente¹, determinata dallo stato effettivo dei possessi nel momento della sua adozione; rientrava, dunque, nella categoria ampia delle “leggi provvedimento”² di cui, tuttavia, rappresentava l’esempio meno concreto possibile, prevedendo, inoltre, criteri sufficientemente precisi che avrebbero dovuto poi essere osservati nei più concreti provvedimenti di esproprio, questi sì ormai strettamente e *per tabulas* provvedimentali ed *in personam*³. Solo che tali decreti di esproprio, anziché essere atti soggettivamente e formalmente amministrativi, erano atti soggettivamente e formalmente legislativi, erano, niente di meno, che decreti legislativi delegati. Questa anomalia dette origine ad un dibattito in giurisprudenza e dottrina davvero di livello elevatissimo: qual era il “regime”, il “valore” di questi atti⁴, nel sistema provvisorio anteriore all’entrata in funzione della Corte costituzionale e in quello definitivo: era il valore del provvedimento amministrativo o quello della legge⁵?

La parola della Corte determinò la prevalenza della seconda alternativa: il valore legislativo degli atti era inseparabile dalla forma⁶ e, dunque, non poteva non esser riferito ad atti che, formalmente, erano decreti legislativi: questi, dunque, erano sindacabili dalla sola Corte costituzionale ed il giudizio incidentale, attraverso cui il sindacato poteva svilupparsi, offriva al privato garanzie equivalenti a quella generale della giurisdizione comune⁷. È

¹ Si intende per astrattezza della norma la ripetibilità indefinita di ciò che prevede: cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, VI ed. agg. a cura di F. Crisafulli, Padova, Cedam, 1993, p. 25. Cfr. C. cost., 20 novembre 2013, n. 275.

² Cfr. E. Forsthoff, *Über Massnahme Gesetze*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Münch, 1955, p. 221.

³ Sul punto resta ferma la fine esegesi di C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana – Saggi*, Padova, 1954, p. 53 ss.

⁴ Cfr., ad es., Cons. St., ad. plen., 20 marzo 1952, n. 6, 7, 8; A.M. Sandulli, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe legislative in materia di riforma agraria*, in *Foro amministrativo*, 1952, 4, p. 1; G. Guarino, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi sull’Altipiano silano e per la riforma agraria e fondiaria*, in *Foro italiano*, 1952, 4, c. 73; C. Mortati, *Sui limiti della delegazione legislativa*, in *Jus*, 1952, 2, p. 214.

⁵ Cfr. con riguardo ai decreti di riforma fondiaria, C. cost., 25 maggio 1957, n. 59, in seguito sempre confermata. Con riguardo all’esproprio delle aziende elettriche cfr. C. cost., 7 marzo 1964, n. 13 (in giudizio principale).

⁶ Ricordo A.M. Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 269; A.M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 200. Ricordo anche C. Esposito, *Elementi soggettivi ed oggettivi degli atti aventi forza di legge*, del 1959, ora in *Scritti giuridici scelti*, IV, Napoli, Jovene, 1999, p. 53 (implicitamente).

⁷ Cfr., ad es., C. cost., 25 maggio 1957, n. 59 e 60, C. cost., 24 gennaio 2001, n. 61, con riguardo ai decreti di esproprio; C. cost., 7 luglio 1986, n. 174; C. cost., 21 marzo 1989, n. 143; C. cost., 1 luglio 1992, n. 314; C. cost., 16 febbraio 1993, n. 62; C. cost., 21 luglio 1995, n. 347; C. cost., 24 ottobre 1995, n. 451; C. cost., 4 dicembre 1995, n. 492; C. cost., 26 maggio 1998, n. 185; C. cost., 3 giugno 1998, n. 211; C. cost., 28 luglio 1999, n. 364; C. cost., 29 ottobre 2002, n. 429; C. cost., 28 novembre 2002, n. 499; C. cost., 31

vero, del resto, che l'atto esprimeva una limitata discrezionalità, non maggiore di quella di un provvedimento amministrativo, ma, in quanto esercizio di una funzione legislativa, l'atto restava libero, quanto meno nel "se"; la mancata adozione di un provvedimento di esproprio, nei casi contemplati dalla legge formulata in termini impersonali, non avrebbe dato luogo ad una responsabilità diversa da quella "politica" (escludendo, dunque, una responsabilità disciplinare), la sola riferibile a questo livello. Paradossalmente, la competenza del governo in materia, sostanzialmente originata dal timore di scarsa efficacia di strutture più deboli⁸, formalmente conduceva ad ipotizzare una minore vincolatività.

Con ciò la giurisprudenza sembrò tracciare in via definitiva i confini tra funzione legislativa ed amministrativa, nel senso che questi erano mobili solo a vantaggio della prima e non della seconda; ciò, a differenza dei confini tra funzione legislativa e giudiziaria, che presentano elementi di rigidità in entrambi i sensi⁹.

È vero che la giurisdizione della Corte costituzionale non eliminava del tutto quella del giudice ordinario, cui spettava poi di portare ad effetti ultimi la sua decisione sull'eventuale incostituzionalità del decreto legislativo, in un contesto nel quale difettava una vera discrezionalità di tipo amministrativo¹⁰, ma la soluzione lasciava un retrogusto amaro anche in autori che l'avevano, in qualche modo, anticipata: l'esproprio attraverso un decreto delegato eliminava la garanzia di un "giusto procedimento amministrativo", in contraddittorio con il privato.

Delle due l'una: o immaginare una procedura equivalente a quella amministrativa per le "leggi provvedimento" (o per i decreti legislativi a carattere provvedimentale)¹¹ oppure ipotizzare la incoerenza con la Costituzione delle leggi provvedimento come tali, proprio perché non idonee a garantire il "giusto procedimento amministrativo" e con esso i principi di legalità e imparzialità: ciò oltre l'orto concluso dei decreti legislativi di esproprio, che esibivano una discrezionalità fortemente limitata dalla legge regolativa più generale, non maggiore di quella di un comune atto amministrativo, per inve-

luglio 2007, n. 267; C. cost., 2 luglio 2008, n. 241; C. cost., 9 febbraio 2012, n. 20; C. cost., 9 maggio 2013, n. 85; C. cost., 10 ottobre 2014, n. 231 ecc.

Altra volta è affiorata qualche riserva sul punto, in dottrina e in giurisprudenza: v. *infra*, nota 12. Cfr., in senso critico, ad es., M. Esposito, *La Corte sceglie la via della fuga*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 1, p. 182.

⁸ Cfr. A.M. Sandulli, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe legislative in materia di riforma agraria*, cit.

⁹ Cfr., ad es., C. Mortati, *Sui limiti della delegazione legislativa*, cit., p. 219; G. Guarino, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi sull'Altipiano silano*, cit., p. 73.

¹⁰ Cfr. A.A. Cervati, *Il sindacato sui decreti legislativi provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 1156.

¹¹ C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968. È interessante osservare che la tesi del Mortati ha trovato conferme nella giurisprudenza della Corte europea: cfr. ECJ, 16 settembre 1999, causa C-435/97, WWF e a., p. 57; Grande Sezione, C-128/09, C-131/09, C-134/09, C-135/09, *Antoine Boxus e a. c. Région wallonne*, p. 37, 40, 51, 53, 55. Quando l'attuazione di una misura sia stabilita in via diretta con legge dettagliata, la procedura legislativa deve contenere gli accertamenti necessari (desumibili da atti preparatori, dibattiti parlamentari, etc.) o tali accertamenti debbono essere acquisiti attraverso procedure amministrative collaterali (come, fra l'altro la c.d. VIA). In un diverso scenario (sequestro dei beni di presunti terroristi attuato in via diretta mediante atti normativo) la ECJ si mostra più prudente, almeno con riguardo al diritto di agire in giudizio invocato nell'atto introduttivo (ECJ, 14 ottobre 1999, C-104/97, p. 31 ss.); è da tener presente, d'altra parte, che il controllo giudiziario su questi atti è pieno, senza aree discrezionali insindacabili: v., *infra*, nota 13.

stire proprio la categoria delle leggi provvedimento come tali¹².

Diversa è la tesi per cui le leggi provvedimento comporterebbero una carenza di garanzie giurisdizionali, risultando il giudizio della Corte inoppugnabile con rimedi ordinari ed anche con quelli straordinari della revocazione e dell'opposizione di terzo o quella per cui comporterebbero una sottrazione al giudice naturale precostituito per legge. Mi limiterei, in questa sede, ad osservare che restano pur sempre preminenti i problemi sostanziali, per cui, ammesso che le leggi provvedimento siano a volte necessarie nell'equilibrio del sistema complessivo, le considerazioni processuali, a tutto concedere, possono confermarne il carattere di "ultima frontiera", ma non sono tali da escluderle in modo completo¹³.

Un'ulteriore tesi restringeva la "agibilità" delle leggi provvedimento argomentando in base alla riserva di amministrazione in favore dei comuni nella riforma del 2001¹⁴.

Al tempo stesso affiorava una diversa ipotesi per cui una legge provvedimento sarebbe possibile, in base al principio di eguaglianza e al divieto di leggi relative a condizioni personali, solo quando orientata da scopi che trascendono le singole persone¹⁵ o, ancora, quando "necessaria a" (unico mezzo per) conseguire uno scopo costituzional-

¹² V. Crisafulli, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, 1, p. 130. La sentenza annotata (C. cost., 2 marzo 1962, n. 13) censurava legge di pianificazione paesaggistica della Valle d'Aosta, perché violativa del principio del giusto procedimento, da intendere come principio generale non derogabile dalle competenze delle Regioni a statuto speciale. L'A. osservava che si tratta piuttosto di principio desumibile dagli art. 3, 97 Cost., potenzialmente non derogabile neppure dalle leggi statali.

Questo ordine di idee è stato ripreso vigorosamente da G.U. Rescigno che sottolinea, in un contesto leggermente diverso, il rischio di una elusione del principio di legalità (v., *infra*, nota n. 35); cfr. anche L. Carlassare, *Garanzia dei diritti e legge provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, p. 1488. Con altrettanto vigore è stata ripresa di recente da A. Mitrotti, *'Riserva di amministrazione' versus 'amministrazione per legge'*. *Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, in *Nomos*, 2020, 3, p. 1 ss., spec. p. 25 ss.

Ricorderei, in proposito, la giurisprudenza della Corte EDU per cui limiti al controllo giurisdizionale sui fatti possono essere ammessi solo in presenza di garanzie amministrative adeguate e indipendenti, su cui cfr., ad es., M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 2, p. 569, spec. p. 629 ss.

¹³ Per la prima tesi cfr., acutamente, R. Manfrelotto, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 3741. V. anche G.U. Rescigno, *Rinasce la distinzione-opposizione fra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, cit., p. 2022 (con riguardo anche all'inerzia del potere pubblico). Sul terreno processuale il tema meriterebbe una specifica discussione. Per la seconda cfr., altrettanto acutamente, A. Mitrotti, *'Riserva di amministrazione' versus 'amministrazione per legge'*, cit., p. 1 ss., spec. p. 25 ss.

Fin dall'inizio la Corte ha, peraltro, osservato che «la diversità delle garanzie offerte dall'ordinamento nei confronti degli atti amministrativi e di quelli legislativi rendono tutt'altro che irrilevante che un determinato provvedimento venga adottato nell'una o nell'altra forma» (C. cost., 24 novembre 1958, n. 61; cfr. M.S. Giannini, *Divieto di leggi regionali singolari o eccezionali?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, p. 913). E, in seguito, ha talvolta sottolineato i pregi del regime amministrativo dell'atto in termini di "giustiziabilità" (latitudine dei poteri cautelari, ampiezza del contraddittorio, specie rispetto al giudizio principale, ecc.): cfr. sentenze n. 271/2008, 20/2012. Ciò mette in dubbio quell'equivalenza delle garanzie altra volta affermata (v. sentenze cit. in nota 7, che precede).

¹⁴ Q. Camerlengo, *Leggi provvedimento e sussidiarietà verticale: la cura concreta degli interessi pubblici tra l'attività legislativa, statale e regionale, e l'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 2004, p. 51 ss.; ora A. Mitrotti, *'Riserva di amministrazione'*, cit., p. 29 ss.

¹⁵ Scopi universali, dice Costantino Mortati, *Contenuto e forma nella qualificazione degli atti normativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, p. 3.

mente consentito¹⁶. Quest'ultima tesi presupponeva la scansione di uno *strict scrutiny* distinto dal consueto *deferential review*¹⁷.

3. Leggi provvedimento vincolate a presupposti esterni

Gli artt. 132 e 133 Cost. prevedono modifiche nell'assetto territoriale delle Regioni, dei Comuni e della Province con leggi costituzionali oppure ordinarie (a seconda dei casi) dello Stato o con legge della Regione previa richiesta di soggetti qualificati e previa consultazione delle popolazioni coinvolte. Sia le richieste (che precedono quella che è, propriamente, l'iniziativa legislativa) sia le consultazioni mediante *referendum* integrano presupposti della legge di modifica¹⁸, che assume così il carattere di "legge rinforzata"¹⁹, e detti presupposti sono anche condizioni di validità. La Corte stessa, chiamata a giudicare sulla validità della legge di modifica, ha fornito indicazioni importanti sui modi di consultare queste popolazioni nelle loro distinte parti²⁰.

È accaduto però che le Regioni abbiano sovente adottato leggi per disciplinare la

¹⁶ Cfr. A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, p. 160 ss.; A. Cerri, *Brevi note su leggi auto applicative, valore di legge regionale e principio di divisione dei poteri*, in *Le Regioni*, 1992, p. 1039; A. Cerri, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità, buon andamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 1136 e, riassuntivamente, A. Cerri, *Uguaglianza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2006, par. 2.2.6.; S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007; S. Spuntarelli, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Diritto amministrativo*, 2008, p. 223; S. Spuntarelli, *Considerazioni in merito alla recente giurisprudenza sull'amministrazione per legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 1478.

¹⁷ Uno scrutinio stretto si afferma con le sentenze C. cost., 14 aprile 1969, n. 80 (implicitamente); C. cost., 10 gennaio 1997, n. 2; C. cost. 29 maggio 1997, n. 153; C. cost., 26 maggio 1998, n. 185; C. cost., 3 luglio 1998, n. 211; C. cost., 28 luglio 1999, n. 364; C. cost., 28 maggio 2015, n. 94; C. cost., 13 luglio 2007, n. 267; C. cost., 8 maggio 2009, n. 137; C. cost., 2 luglio 2008, n. 241; C. cost., 9 febbraio 2012, n. 20; C. cost., 9 maggio 2013, n. 85, C. cost., 20 novembre 2013, n. 275; C. cost., 19 maggio 2017, n. 114; C. cost., 30 marzo 2018, n. 66, etc. In questo settore, tuttavia, (a differenza forse che in altri) i canoni, i protocolli (cfr. S. Bartole, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, 1994, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2013, p. 937) di uno scrutinio stretto stentano a prendere corpo (cfr., ad es. C. Pinelli, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 3739). Alcuni autori mostrano, inoltre, un radicale scetticismo sul punto: cfr. A. Pace, *Postilla in tema di leggi-provvedimento (auto applicative)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 3748; M. Losana, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 141 e 150, P. Scarlatti, *Il regime delle leggi provvedimento regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 559. Cfr., del resto, sentenza n. 241/2008, che ribadisce una netta separazione, ai fini della validità della fase amministrativa e del procedimento legislativo.

¹⁸ Cfr. A. Cerri, *Sindacabilità dei presupposti della legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1965, p. 420; P. Carnevale, *Il "referendum" abrogativo e i limiti della sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, Cedam, 1992.

¹⁹ G. Ferrari, *Le leggi rinforzate nell'ordinamento italiano*, in *Comitato nazionale per la celebrazione del primo decennale della promulgazione della Costituzione*, II, Milano, Giuffrè, 1958, *Studi sulla Costituzione*, p. 477 ss.

²⁰ Cfr., ad es., sentenze C. cost., 11 giugno 2014, n. 171 (sulla copertura finanziaria); C. cost., 27 luglio 1989, n. 453, C. cost., 15 settembre 1995, n. 433, C. cost., 7 aprile 2000, n. 94, C. cost., 13 febbraio 2003, n. 47, C. cost., 12 gennaio 2018, n. 2; C. cost., 25 settembre 2019, n. 214 (tutte sul concetto di popolazioni interessate).

formazione di tali presupposti delle leggi provvedimento di effettiva modifica dell'assetto degli enti territoriali. Ancora una volta, ci troviamo di fronte ad una legge (questa volta proprio generale ed astratta) che disciplina elementi (presupposti) di una fattispecie legislativa a carattere provvedimentale. Ma questa legge, nel caso, variamente declina principi costituzionali e quindi opera quasi in concorrenza con l'interpretazione della Corte. E, tuttavia, resta da chiedersi se la Corte possa puramente disattendere l'interpretazione delle norme costituzionali data con legge o debba sollevare questione di legittimità di questa; e, ancora, ove esistano "spazi neutri" rispetto ai principi costituzionali in argomento, se e come la "legge quadro" sia per sé vincolante per la legge di effettiva modifica e, dunque, anche parametro di costituzionalità.

Le esigenze di coordinamento finanziario fra Stato e Regioni hanno condotto talvolta a prevedere, con norma contenuta in atto a competenza riservata, intese fra tali enti territoriali, che poi divengono parametro di giudizio almeno delle leggi regionali²¹. Ed anche in difetto di avvaloramento con norma inderogabile attraverso il procedimento legislativo ordinario²², le intese finiscono con il divenire criterio orientativo nel sindacato di ragionevolezza.

4. Intervento pubblico, procedimenti di pianificazione economica o urbanistica

Si affacciava, intanto, l'idea di un intervento pubblico nell'economia (a carattere gestionale e non solo regolativo, da attuare, dunque, attraverso *Massnahme Gesetze*²³) o, addirittura, di una programmazione economica²⁴ non certo riconducibile, come, del resto, la legge di bilancio, all'idea di norme generali ed astratte (ad applicazione indefinitamente ripetibile) e, in ambito più conciso, l'idea e la prassi di una programmazione territoriale. E si affermava, in quest'ultimo contesto, anche il principio per cui il piano regionale di coordinamento può essere approvato attraverso un atto riferibile alla Giunta o all'Assessore competente, al termine di un procedimento amministrativo, o, direttamente, con legge²⁵.

Con ciò si usciva dall'orto concluso di un atto provvedimentale con valore di legge vincolato tuttavia a previ criteri fissati in legge formale qual era il decreto legislativo.

Oltre alle leggi di bilancio, di programmazione economica e di programmazione terri-

²¹ Sono vincolanti (per le Regioni) i piani di rientro del deficit sanitario accettati (ai sensi dell'art. 1, comma 180, l. 30 dicembre 2004, n. 311 e dall'art. 2, commi 80 e 95, l. 23 dicembre 2009, n. 191); per le Regioni a statuto speciale il principio dell'accordo in materia finanzia è declinato in via più generale (cfr., ad es., C. cost., 10 maggio 2012, n. 118, punto 2 in diritto; C. cost., 25 novembre 2016, n. 251; C. cost., 26 novembre 2020, n. 250 ecc.).

²² Cfr. C. cost., 28 maggio 2019, n. 129, ad es.

²³ Cfr. E. Forsthooff, *Über Massnahme Gesetze*, cit.

²⁴ Cfr., ad es., A. Barbera, *Leggi di piano nel sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1968.

²⁵ I risvolti garantistici del procedimento amministrativo erano sovente valorizzati negli atti introduttivi del giudizio di costituzionalità: v. C. cost., 7 aprile 2000, n. 94; C. cost., 5 maggio 1988, n. 513; C. cost., 21 marzo 1989, n. 143; C. cost., 11 giugno 1999, n. 225 ad es.

toriale, le quali sono, di necessità, non generali ed astratte, altre leggi di intervento nell'economia possono essere a carattere provvedimentale ed incidere anche su rapporti di tipo contrattuale, quando questo sia l'unico modo per conseguire uno scopo costituzionalmente consentito: il carattere oligopolistico di una certa attività e l'urgenza dei provvedimenti da adottare²⁶ possono essere ragioni ostative ad una disciplina generale, ove questa non sia stata già in precedenza stabilita. La valutazione può essere più severa in altri casi, nei quali in effetti si deroga con legge personale ad una disciplina generale in atto²⁷.

È da aggiungere che questi procedimenti, *lato sensu*, di pianificazione non solo sono incompatibili con una vera generalità ed astrattezza delle prescrizioni, ma esprimono, almeno in alcuni casi, una ampiezza di scelte che va oltre la discrezionalità amministrativa²⁸ per attingere il livello dell'atto politico²⁹, del bilanciamento, cioè, di interessi fra loro equi ordinati³⁰. Il che consiglia, talvolta, anche a livello comunale la competenza dell'organo direttamente rappresentativo.

5. Legge ordinaria (c.d. legge madre) che disciplina legge provvedimento (c.d. legge figlia)

Di più, la stessa approvazione con legge del piano territoriale effettivo può essere prevista da una legge, a sua volta generale ed astratta, nell'ambito di un procedimento complesso da questa regolato. La Regione Lombardia, appunto, aveva previsto l'approvazione con legge di un tale piano, disciplinando l'atto di iniziativa della Giunta, al termine di un procedimento nel quale gli interessati potevano aver voce (l. reg. Lombardia, 30 novembre 1983, n. 86). Il TAR Lombardia dubitava della costituzionalità di questa legge e di quella di approvazione, in quanto arbitrariamente sostituivano un atto amministrativo di approvazione del piano, così infirmando il principio di legalità.

Avendo, nel medesimo contesto ma in un distinto procedimento, il Tribunale amministrativo annullato, per vizi di procedura, l'atto giuntale che presentava al Consiglio il testo così elaborato, la Regione proponeva conflitto dinanzi alla Corte, per il fatto che detto giudice aveva così anche sostanzialmente annullato, oltre i suoi poteri, la legge regionale di approvazione.

La Corte rispondeva con "le sentenze gemelle" n. 225 e 226 del 1999, ipotizzando un regime autonomo e proprio dell'atto giuntale e della legge di approvazione succes-

²⁶ Valorizzata, ad es., opportunamente nella sentenza C. cost., 11 dicembre 2020, n. 268.

²⁷ La sentenza n. 231/2014 concerne, invero, un caso dubbio sotto questo riguardo, ma tiene a precisare, infine, che la questione non è stata valutata sotto il profilo dei principi di eguaglianza ed imparzialità non evocati nell'atto introduttivo. Cfr. G. Fontana, *Leggi provvedimento regionale contra personam e scrutinio stretto di costituzionalità: un'occasione mancata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 3786. La sentenza n. 265/2020 suscita qualche dubbio da questo punto di vista: cfr. M. Esposito, *Una legge per un contratto: un preoccupante caso di esproprio dell'autonomia negoziale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 3220. La Corte, come è noto, desume una tutela dell'autonomia negoziale dal combinato disposto degli artt. 41 e 42 Cost.

²⁸ La ponderazione, cioè, di un interesse primario con gli interessi secondari: cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

²⁹ E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961.

³⁰ Cfr. A. Cerri, *op. cit.*, p. 114.

siva, i cui contenuti verrebbero, peraltro, disattivati dal venir meno del primo³¹. Non era censurabile, dunque, la legge regionale che prevedeva in astratto una legge di programmazione concreta, da adottare nell'ambito di un procedimento complesso e neppure la sentenza del Tar che aveva annullato l'atto giuntale di iniziativa, per vizio del procedimento amministrativo che l'aveva proceduto.

Al di là della reminiscenza *romaniana* del regime proprio ed autonomo dell'atto approvato e della legge di approvazione (su cui si tornerà nel prosieguo)³², oltre che della categoria delle "leggi puramente formali"³³, la Corte sembrò preoccupata di non annegare nel valore asciutto dell'atto formalmente legislativo, le garanzie di un procedimento più partecipato; in un'ottica che recepisce, in diversa modulazione, le istanze che erano già proprie del saggio *mortatiano* sulla legge provvedimento³⁴; ma, forse, aveva indebolito i presidi del principio di legalità³⁵.

La problematica si arricchisce in questo contesto di un nuovo fattore, che è dato da una legge regionale, questa volta generale ed astratta, la quale disciplina la procedura legislativa di una legge provvedimento, almeno nell'ambito particolare dell'approvazione del piano territoriale urbanistico. Il vincolo del decreto legislativo alla legge di delega è previsto in via esplicita in Costituzione; ma come e quando può configurarsi nel sistema un vincolo di legge formale ad altra legge formale?

Di recente, la Corte tende ad affermare, peraltro, una separazione di competenze più rigida fra statuto e legge regionale³⁶.

Tutto ciò rende difficile che la problematica, come posta, continui ad esser rilevante.

6. Esclusione di leggi provvedimento regionali e riserva di amministrazione in alcuni settori

Pur essendo ammesse leggi provvedimento regionali³⁷, la Corte ha ritenuto confi-

³¹ Cfr. C. cost., 11 giugno 1999, n. 226. Il problema affiora in controluce anche nella sentenza C. cost., 16 luglio 2014, n. 202, su cui cfr. C. Pinelli, *Un'interpretazione costituzionalmente orientata per mascherare il giudizio su una legge provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 3270.

³² V., *infra*, nota 44.

³³ Cfr. G.U. Rescigno, *Rinasce la distinzione-opposizione fra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999.

³⁴ V., *supra*, nota 11.

³⁵ Cfr. G.U. Rescigno, *Rinasce la distinzione-opposizione fra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, cit., p. 2013; G.U. Rescigno, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Diritto Pubblico*, 2007, p. 319; G.U. Rescigno, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la Corte cambi opinione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 2877; G.U. Rescigno, *Variazioni sulle leggi-provvedimento (o, meglio, sulle leggi al posto del provvedimento)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3070.

³⁶ Cfr., ad es., C. cost., 3 luglio 2002, n. 304; C. cost., 13 gennaio 2004, n. 2; C. cost., 27 luglio 2004, n. 272; C. cost., 24 marzo 2006, n. 119; C. cost., 14 giugno 2007, n. 188; C. cost., 13 giugno 2008, n. 201; C. cost., 15 giugno 2011, n. 188; C. cost., 19 luglio 2013, n. 219; C. cost., 25 marzo 2015, n. 44; C. cost., 31 marzo 2015, n. 55; C. cost., 25 giugno 2015, n. 118; C. cost., 15 luglio 2015, n. 158; C. cost., 16 luglio 2019, n. 178 (salvo limitate aree di parziale sovrapposizione con riguardo, ad es., alla disciplina della dirigenza od a quella elettorale). Con riguardo alle leggi statutarie cfr., ad es., C. cost., 11 febbraio 2016, n. 23; C. cost., 8 marzo 2019, n. 43.

³⁷ È da dire, ancora, che per un certo tempo la Corte ebbe ad escluderle, pur dopo un'iniziale apertura su

gurable, in alcuni settori, rientranti in competenze esclusive statali³⁸, un “principio” che le vieta: ciò, ad es., in materia di caccia³⁹, di smaltimento dei rifiuti⁴⁰, di protezione dell’ambiente⁴¹, la cui concreta programmazione sarebbe riservata al procedimento amministrativo, necessario sia alla dovuta attenzione per gli interessi coinvolti, sia alle competenze tecniche che in questo possono e debbono aver voce ed utile per gli opportuni controlli cui può soggiacere, etc.

Ritiene, inoltre, principio della materia la preminente competenza dell’Autorità preposta ad un Parco, nella gestione del territorio inerente⁴².

La via di un vincolo di procedimento amministrativo attraverso legge statale di principio e non direttamente ricollegabile alla Costituzione ha sollevato, peraltro, qualche perplessità⁴³.

7. Il regime della legge ordinaria in costituzione flessibile o in costituzione rigida

Il problema era stato meditato già nel vigore dello Statuto albertino, ma le riflessioni, invero profonde e per molti versi attuali, elaborate in quel contesto sono solo in parte utilizzabili nell’ambito di una costituzione rigida. In regime di costituzione flessibile Santi Romano aveva configurato le leggi di approvazione come autonome rispetto all’atto da approvare,

norma di attuazione dello Statuto (C. cost., 16 luglio 1956, n. 20): cfr. C. cost., 22 dicembre 1961, n. 68; C. cost., 6 luglio 1966, n. 90; C. cost., 11 luglio 1966, n. 95; C. cost., 12 maggio 1982, n. 88; C. cost., 21 marzo 1989, n. 143 ecc. (V. Crisafulli, *Interrogativi in tema di leggi singolari di espropriazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 1138). Cfr. anche C. cost., 24 novembre 1958, n. 61 e osservazione di M.S. Giannini, *Divieto di leggi regionali singolari o eccezionali?*, cit. Questa giurisprudenza viene in seguito superata (cfr., ad es., C. cost., 21 marzo 1989, n. 143 e, di recente, 17 luglio 2018, n. 160, anche per lo stimolo della dottrina (S. Fois, *Irretroattività, astrattezza e limiti delle leggi regionali*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Padova, Cedam, 1972, p. 1225): cfr., sul punto, A. Franco, *Leggi provvedimento, principi generali dell’ordinamento e leggi provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 2, p. 1401, salvo a rivivere in forme più delimitate (v., *infra*, par. 6).

³⁸ Cfr., ad es., C. cost., 12 luglio 2017, n. 170; C. cost., 28 febbraio 2019, n. 28, C. cost., 13 giugno 2019, n. 142, ecc.

³⁹ Cfr., ad es., C. cost., 9 febbraio 2012, n. 20; C. cost., 21 marzo 2012, n. 62; C. cost., 26 aprile 2012, n. 105; C. cost., 27 giugno 2012, n. 160; C. cost., 20 dicembre 2012, n. 310; C. cost., 22 maggio 2013, n. 90; C. cost., 17 luglio 2013, n. 193; C. cost., 13 dicembre 2017, n. 260; C. cost., 30 marzo 2018, n. 66; 28 febbraio 2019, n. 28; C. cost., 6 dicembre 2019, n. 258 ecc.

⁴⁰ Cfr., ad es., C. cost., 28 maggio 2019, n. 129; C. cost., 13 giugno 2019, n. 142; C. cost., 22 luglio 2010, n. 272, ecc.

⁴¹ Sentenze C. cost., 14 luglio 2000, n. 282; C. cost., 20 marzo 2018, n. 66; C. cost., 6 luglio 2020, n. 133, ad es.

⁴² Cfr., ad es., C. cost., 11 novembre 2010, n. 315; C. cost., 6 luglio 2012, n. 171; C. cost., 16 maggio 2013, n. 88; C. cost., 22 maggio 2013, n. 90; C. cost., 17 luglio 2013, n. 193; C. cost., 12 aprile 2017, n. 74; C. cost., 14 giugno 2017, n. 139; C. cost., 13 luglio 2017, n. 173 e 174; C. cost., 30 marzo 2018, n. 66; C. cost., 5 aprile 2018, n. 69; C. cost., 13 giugno 2018, n. 121; C. cost., 27 dicembre 2018, n. 245; C. cost., 16 luglio 2019, n. 180; C. cost., 30 luglio 2020, n. 178/2020, ecc.

⁴³ F. Cintioli, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: «dove non può la Costituzione può la legge statale?»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3072.

con un duplice regime e con concorrenti requisiti di validità dell'effetto finale⁴⁴. Ciò nel presupposto implicito che una legge la quale prevede altra legge ne può delimitare i poteri.

Carlo Esposito aveva sviluppato tutto ciò in compiuta teoria. La legge è condizionata nella sua validità da tutte le norme che presiedono alla sua formazione e, dunque, a sua volta, può condizionare la validità delle leggi successive modificandone i modi di formazione, che potranno ancora essere modificati purché osservati per l'ultima volta⁴⁵. Una priorità logica e cronologica si sostituisce in questa ricostruzione alla "scala gerarchica" della scuola di Vienna, per cui la fonte che regola altra fonte è sempre di grado superiore⁴⁶, restando pur sempre vero che la necessaria osservanza delle norme sul proprio procedimento esclude l'onnipotenza di ciascuna fonte⁴⁷.

Si declina, così, la flessibilità costituzionale in termini coerenti con esigenze di svolgimento storico⁴⁸.

Ciò ovviamente attiene al rapporto di condizionamento della validità delle leggi future ma non al valore delle norme contenute nella legge stessa che le pone, il quale può essere quello massimo della fonte oppure uno minore da questa stabilito⁴⁹.

Anche in costituzione rigida, del resto, problemi simili possono porsi e si sono posti per la legge di revisione⁵⁰.

8. Il regime della legge ordinaria nella nostra esperienza costituzionale

La Corte muove dall'ipotesi (*kelseniana* e *crisafulliana*) che in Costituzione rigida il regime della legge non possa essere modificato dalla legge stessa. E, dunque, le leggi più generali che disciplinano altre leggi a carattere provvedimentale possono solo fornire criteri per un controllo di ragionevolezza ma non veri parametri di legittimità; escluso il caso nel quale questa preordinazione di leggi alla legge formale sia previsto nel testo costituzionale nel quale divengono condizione di validità.

La Corte, inoltre, attribuisce alle leggi provvedimento il regime proprio che segue la

⁴⁴ S. Romano, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Filangieri*, 1898, ora in *Scritti minori*, I (*Diritto costituzionale*), Milano, Giuffrè, 1990, p. 59 ss. Cfr., sul contributo di A. Mitrotti, *Riserva di amministrazione*, cit., prima pagine.

⁴⁵ C. Esposito, *La validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934-64, pp. 63-65, 70, 146.

⁴⁶ Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, par. 34.

⁴⁷ Cfr. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1928; salvo il problema della norma fondamentale, su cui cfr. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, cit., par. 34, che talvolta viene riposta nell'ordinamento internazionale, altre volte nel fatto storico da cui ha origine un ordinamento (cfr. anche V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale italiana*, I - *Introduzione*, Padova, Cedam, 1970, p. 94 ss.).

⁴⁸ Non a caso in Inghilterra si è pervenuti a conclusioni simili: cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, p. 118 ss.

⁴⁹ Di qui le norme dispositive e suppletive, ben note ai civilisti.

⁵⁰ Cfr. C. Esposito, *La validità*, cit., p. 169 ss. Il problema venne posto dal Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1929, p. 360; per una successiva rimeditazione del tema cfr. A. Ross, *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, in *Mind*, 309, January 1969, p. 1 ss.

forma dell'atto, regime diverso da quello del provvedimento amministrativo ma, nel complesso, dotato di garanzie equivalenti, anche in relazione allo scrutinio stretto loro riferibile.

Vero è che questo scrutinio stretto stenta a prendere corpo⁵¹.

Vero è, ancora, che la supposta equivalenza viene talvolta negata con riguardo alla legge regionale quando e nei settori in cui un principio (ritenuto legittimo) della materia è il decidere attraverso provvedimento e procedimento amministrativo⁵².

È vero, infine, che talvolta la Corte sottolinea i pregi (di giustiziabilità) dell'atto amministrativo, che possono farlo preferire alla legge, nell'ambito, però, di una valutazione discrezionale (consentita nel sistema), non astretta a parametri di legittimità⁵³.

In dottrina persiste una diffusa perplessità, oltre il consenso o il dissenso da indirizzi di settore.

Le premesse da cui muove la Corte probabilmente debbono essere, in linea di massima, condivise ed anche deve esser condiviso il riparto di giurisdizione che ne consegue. Sembra, tuttavia, opportuno un ammorbidimento di entrambe.

9. Spunti ricostruttivi

Non pretendo di risolvere tutti i (numerosi) problemi che sono emersi in questa pur breve rassegna in tema di sindacato di costituzionalità delle leggi provvedimento, sia a carattere personale sia, per così dire, a ridotta generalità. Ma, forse, alcune linee ricostruttive possono essere tracciate.

In linea di massima riterrei si debbano assumere equivalenti le garanzie della giustizia costituzionale rispetto a quelle della giustizia comune, pur diversamente articolate, anche se il tema meriterebbe una discussione approfondita⁵⁴.

I problemi sorgono quando la legge provvedimento non sia puramente applicativa di preve prescrizioni ma contenga una qualche discrezionalità (amministrativa o anche tecnica) non sindacabile fino in fondo; perché, allora, diviene utile un procedimento che favorisca l'emergere di interessi ed argomenti a favore o contro qualsiasi soluzione.

In questo caso una decisione per legge è giustificata solo ove necessaria a (unico modo per) conseguire un certo effetto costituzionalmente legittimo od ove offra garanzie procedurali equivalenti. Ciò implica una preferenza per decisioni prese in sede amministrativa, previa legge generale ed astratta. Nei procedimenti di pianificazione, peraltro, una vera generalità ed astrattezza non è possibile e, inoltre, la discrezionalità delle scelte, in alcuni casi, è amplissima, così da doversi ritenere legittima almeno in quei casi, ove prevista, la competenza di un organo collegiale direttamente rappresentativo (*supra*, par. 4).

⁵¹ V., *supra*, nota 15.

⁵² V., *supra*, par. 6.

⁵³ V., *supra*, nota 17.

⁵⁴ Per intanto rinvio alle note 7, 13, 16 che precedono.

Può accadere che un principio costituzionale esplicito o implicito od anche consuetudinario riservi l'iniziativa legislativa in certe materie al governo o alla giunta regionale. Questa iniziativa, allora, pur senza divenire equivalente ad un atto costitutivo e senza divenire neppure vero presupposto del procedimento⁵⁵, in qualche modo ne condiziona la validità. L'iniziativa, a sua volta, può essere disciplinata giuridicamente nei modi di legge, senza che questa disciplina attenga al procedimento legislativo in senso proprio⁵⁶. L'invalidità dell'iniziativa, in questi casi, può condurre all'invalidità della legge.

Ciò si dice a prescindere da considerazioni generali sull'influenza che l'invalidità dell'iniziativa può dispiegare nel complessivo procedimento di formazione di essa⁵⁷ ed a prescindere anche dal regime di sindacabilità ben fissato nella sentenza n. 2/2018⁵⁸.

E, comunque, una fase istruttoria è prevista nel procedimento legislativo e sembra debba essere requisito di validità della legge che questa fase sia condotta in modo adeguato, specie in un controllo che vuol essere stretto, come quello sulle leggi provvedimento; con valutazione adeguata dell'interesse pubblico ma anche degli interessi privati coinvolti, secondo i dettami della proporzionalità.

Non è rilevante, in ogni caso, se questa istruttoria sia svolta nel medesimo iter di formazione della legge o in atti collaterali di cui la legge tiene conto. Con ciò si recuperano precedenti spunti della nostra giurisprudenza costituzionale, suggerimenti della dottrina, indicazioni di giurisprudenza sovranazionale⁵⁹, etc. e si comincia a dare un contenuto più preciso al preteso scrutinio stretto sulle leggi provvedimento⁶⁰. Si attenua, inoltre, un divario fra regime della legge statale e regime della legge regionale che può suscitare, a volta, una qualche preoccupazione.

⁵⁵ Non è atto costitutivo perché il contenuto della proposta può essere modificato nel corso del procedimento legislativo senza il consenso del proponente; non è mero presupposto perché dà luogo ad un solo e specifico procedimento e non può essere referente di altri atti normativi o amministrativi: cfr., con riguardo al concordato ed alle intese, C. cost., 25 luglio 1994, n. 347. V., *supra*, nota 18.

⁵⁶ L'art. 71 Cost., del resto, prevede una riserva di legge costituzionale per i soggetti cui questo potere viene attribuito non per i modi di formazione della proposta (cfr., ad es., artt. 48, 49, l. 15 giugno 1970, n. 352).

⁵⁷ La giurisprudenza austriaca, ad es., è fermissima nel ritenere non valida una modifica parziale della Costituzione (*Teileränderung*) contenuta in legge approvata con la necessaria maggioranza (2/3, ai sensi dell'art. 44 Cost.), quando la proposta da cui nasce non dichiara il suo intento di revisione (cfr., ad es., *VerfGH*, 59 *Band*, *Erkenntnis* n. 13839 del 30 agosto 1994). Cfr. A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 204.

Ciò dovrebbe valere da noi per la "legge organica" in tema di bilancio, da approvare a maggioranza assoluta, ai sensi dell'art. 81 ultimo comma Cost.

⁵⁸ Una volta approvata la legge, gli stessi atti presupposti, pur autonomamente impugnabili, rientrano nella cognizione del giudice delle leggi.

⁵⁹ Cfr. C. cost., 23 giugno 2020, n. 116. V., *supra*, nota 11.

⁶⁰ Il controllo di adeguata istruttoria, del resto, fa parte dell'istrumentario della Corte tedesca, nelle ipotesi intermedie fra scrutinio deferente (che si limita ad un *Evidenzkontrolle*) e scrutinio strettissimo (che perviene ad *intensivierte inhaltliche Kontrolle*): cfr., ad es., *BVerfGE*, 50 *Band*, p. 290 ss., spec. p. 331 ss. Cfr. A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1994, 2.3.2.1. E fa parte, come è notissimo, dell'istrumentario del nostro giudice amministrativo, oltre il più risalente vizio di "travisamento dei fatti".

La riserva di amministrazione come problema

Franco Gaetano Scoca

Sommario: 1. Il problema. – 2. Amministrazione e giurisdizione. – 3. Disporre in astratto e provvedere in concreto. – 4. Preminenza della forma sulla sostanza. – 5. Tutela giurisdizionale non tempestiva. – 6. Tutela giurisdizionale ridotta. – 7. Rivalutazione del procedimento amministrativo. – 8. Sui provvedimenti totalmente vincolati. – 9. Proposte per rendere la tutela meno intempestiva e più intensa. – 10. Sulle leggi-provvedimento regionali.

1. Il problema

È opinione corrente (e dominante) che non abbia spazio nel nostro ordinamento la riserva di amministrazione: lo afferma la dottrina, pressoché unanime¹, almeno dai lavori di Cammeo all'inizio del secolo scorso²; lo conferma da sempre la giurisprudenza della Corte costituzionale³; soprattutto non se ne trova traccia nel testo costituziona-

¹ S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio di Diritto Pubblico*, 1902, I, ora in S. Romano, *Scritti minori*, II, Milano, Giuffrè, 1990, osserva che la funzione amministrativa «in gran parte – a prescindere da motivi di opportunità e di fatto che ciò impediscono – può compiersi in forma di legge». G. Miele, *Equilibrio fra potere legislativo e potere esecutivo*, in *Studi sassaresi*, XVI, 1938, ora in G. Miele, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 258, mette in evidenza che «il culto per la legge, ritenuta come la più efficace manifestazione della volontà popolare e, quindi, come il più sicuro presidio dei diritti individuali, la diffidenza verso il potere esecutivo, in cui, nonostante il mutamento operatosi nelle idee e nelle coscienze, si persisteva a credere un probabile strumento dell'assolutismo, ebbero per effetto una notevole estensione della competenza del potere legislativo a materie già spettanti all'esecutivo». Secondo F. Modugno, *Legge in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 888, la funzione legislativa «va intesa in senso formale, con esclusione di qualsiasi limite deducibile dal suo preteso contenuto sostanziale». R. Guastini, *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 15, riconosce che, «se accettiamo la definizione «materiale» di legislazione, dobbiamo precisare che gli organi titolari della funzione legislativa non si limitano ad esercitare tale funzione, ma, sia pure sotto il nome di «legislazione», esercitano anche funzioni, che dal punto di vista «materiale», sono tutt'affatto diverse».

² F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. Orlando (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Giuffrè, 1907, p. 92, dà per scontato che le leggi possano concernere «un solo caso particolare, per il raggiungimento diretto dei fini dello Stato e per la tutela dei suoi interessi». A quel tempo la riserva di amministrazione non era affatto un problema.

³ Fin dalla sent. 16 luglio 1956, n. 20.

le. Eppure se ne parla, è oggetto di studi documentati⁴, sembra discendere in modo naturale dal principio della separazione dei poteri⁵: la funzione legislativa al Parlamento (e ai Consigli regionali), la funzione giurisdizionale ai giudici, la funzione amministrativa agli organi amministrativi⁶.

Il disegno costituzionale non risponde pienamente a questo schema astratto⁷: ad organi del Parlamento sono conferiti poteri giurisdizionali (ad esempio, i giudici parlamentari); ai tribunali sono conferite funzioni che potrebbero ritenersi amministrative (ad esempio, la volontaria giurisdizione). Fino a qualche decennio fa a numerosi organi amministrativi erano affidate funzioni giurisdizionali. Solo quest'ultimo fenomeno è stato eliminato dalla Corte costituzionale in una prima, egregia, fase di attuazione della Costituzione, sulla base del principio per cui la funzione giurisdizionale spetta integralmente e soltanto ai giudici; l'unica eccezione, a mio personale avviso di dubbia costituzionalità e di non convincente giustificazione, è la c.d. giurisdizione domestica.

In teoria il problema della riserva di amministrazione si pone sia nei confronti del legislatore sia nei confronti dei giudici: le materie *naturaliter* amministrative (per usare una significativa espressione recentemente adoperata dalla Corte costituzionale) vanno (dovrebbero essere, se riserva ci fosse) attribuite soltanto agli organi amministrativi. In concreto il problema della riserva di amministrazione viene affrontato solo nel primo aspetto, quello del compimento di atti amministrativi da parte di organi legislativi con la forma e il valore e la forza di legge. Ma è ipotizzabile un diverso aspetto del medesimo problema, relativo ai rapporti tra funzione amministrativa e organi giudiziari⁸.

2. Amministrazione e giurisdizione

Esiste, o dovrebbe esistere, una riserva di amministrazione nei confronti dei giudici? Esempi probanti in senso contrario nel diritto amministrativo possono trarsi dalle

⁴Richiamo, ad esempio, le ampie ed interessanti monografie di D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996; e di S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁵«È evidente – osservano F. Modugno, D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989, p. 413 – che anche il principio della divisione dei poteri entra in crisi».

⁶Si vedano, tuttavia, le interessanti considerazioni di A. Mitrotti, “*Riserva di amministrazione*” versus “*Amministrazione per Legge*”. *Tendenze ed evoluzione tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, in *Nomos*, 2020, 3.

⁷Osserva M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 181: «posto, dunque, che la distinzione di funzioni in via di principio esiste, si tratta di vedere come si atteggi in concreto e se possa dar luogo ad una precisa delimitazione dei territori di attività. La preferenza per una risposta negativa a tale questione ha la sua giustificata origine nel fatto che i due compiti normali del parlamento, l'emanazione di norme primarie e la collaborazione ed il controllo dell'indirizzo politico governativo sono compiti non circoscrivibili in modo rigido, ma anzi sono così dilatabili da consentire in definitiva al parlamento di muoversi a suo piacimento in ambiti teoricamente propri dell'attività dell'esecutivo: così, attraverso la funzione legislativa, il parlamento può giungere ad esercitare attività amministrativa concreta ed, attraverso la funzione di direzione, ad assorbire l'analoga (...) funzione dell'esecutivo».

⁸Cfr., ad esempio, R. Guastini, *Il giudice e la legge*, cit., *passim*. È interessante rammentare che storicamente la funzione giurisdizionale ha oscillato tra l'essere considerata funzione legislativa (facendo perno sulla interpretazione della legge) e funzione esecutiva (facendo perno sull'attuazione della legge).

diverse discipline delle sanzioni amministrative; le quali a volte sono comminate da organi amministrativi, a volte da organi giudiziari. Nel secondo caso ciò che colpisce è che non è ipotizzabile un (ulteriore) vaglio giurisdizionale, da parte di un giudice terzo (ossia non autore del provvedimento sanzionatorio), sulla legittimità e proporzionalità della sanzione comminata.

L'ipotesi più problematica è quella di sanzioni amministrative, anche molto pesanti (si pensi alla confisca), connesse automaticamente all'accertamento di alcuni reati (anche non particolarmente gravi). Non è questa la sede per affrontare questo delicato problema, ma intendo segnalare che può essere dubbia la razionalità (la costituzionalità?) di leggi che dispongono che sanzioni amministrative conseguano in modo cieco ad alcuni reati.

A mio avviso le sanzioni amministrative, se veramente tali, cioè amministrative, non possono rispondere solamente a criteri punitivi, ma devono essere rispettose, come ogni altro tipo di provvedimento amministrativo, delle esigenze dell'interesse pubblico, concretamente valutato. Il reato commesso (ed accertato) dev'essere sì un presupposto per l'applicazione della sanzione amministrativa, ma la concreta commisurazione di essa dovrebbe essere riservata all'amministrazione competente, alla quale dovrebbe spettare di valutare adeguatamente, nell'ambito e con le garanzie del procedimento, tutti gli aspetti concreti e, in particolare, gli interessi pubblici e gli interessi privati coinvolti, che possono essere differenti e differentemente combinarsi nelle singole fattispecie esaminate dal giudice penale. La riserva di amministrazione relativamente alle sanzioni amministrative rispetterebbe appieno, molto meglio della loro applicazione automatica da parte del giudice penale, i principi costituzionali di adeguatezza e di proporzionalità dall'azione amministrativa, anche dell'azione avente carattere punitivo.

Queste rapide osservazioni sulle intromissioni giudiziarie nello svolgimento della funzione amministrativa vanno in questa sede accantonate, per esporre qualche iniziale e disordinata idea sulla funzione amministrativa svolta con atti legislativi.

3. Disporre in astratto e provvedere in concreto

Si tratta del problema della legge-provvedimento, o, come altri preferisce dire, dell'amministrazione per legge⁹. Che le figure della legge in senso formale siano ammesse, e talvolta espressamente previste (si pensi al quarto comma dell'art. 81 Cost.), non può essere dubbio. Di certo, storicamente, la inesistenza di limiti contenutistici della legge si è fondata sul mito ottocentesco della "sovranità" del Parlamento¹⁰, sulla

⁹ Per la Corte costituzionale «fattispecie della legge-provvedimento ricorre quando con una previsione di contenuto particolare e concreto si incide su un numero limitato di destinatari, attraendo alla sfera legislativa quanto è normalmente affidato all'autorità amministrativa (*ex plurimis*, C. cost., 19 maggio 2017, n. 114 e C. cost., 3 ottobre 2016, n. 214)» (C. cost., 9 febbraio 2018, n. 24).

Mette in evidenza G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 385, che la legge-provvedimento è «il tipo di legge statisticamente e politicamente dominante»; ed avverte che «non si tratta di una degenerazione della funzione legislativa. Si tratta della riprova sul piano tecnico-giuridico di una vicenda storico-sociale comune a tutti gli Stati contemporanei».

¹⁰ L'onnipotenza parlamentare «non è che l'ultimo aspetto che ha assunto il principio della sovranità riferito ad un organo, e poichè il Parlamento, considerato nella sua pretesa unità, si esplica ed esaurisce

progressiva emarginazione del Re, titolare del potere esecutivo, dal procedimento legislativo, e sul convincimento che le decisioni concrete di maggior rilievo, anche finanziario, sarebbero risultate più forti giuridicamente e più accettabili democraticamente se prese direttamente dal Parlamento¹¹.

La negazione della riserva di amministrazione discende direttamente dalla tradizionale inesistenza di limiti di oggetto e di contenuto della funzione legislativa. La Costituzione in vigore conferma questo quadro¹².

Preso atto di ciò, occorre tuttavia considerare che, nell'ordinamento positivo, esiste indubitabilmente¹³ una regola inespressa ma fondamentale, la distinzione netta, essenziale, tra le due funzioni, legislativa e amministrativa: l'una consiste nel disporre in astratto, l'altra nel provvedere in concreto¹⁴. Il modo normale di operare dei pubblici poteri, di realizzare gli interessi generali con adeguata razionalità, acciocché «siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»¹⁵, si basa proprio sulla distinzione tra disporre e provvedere.

Il provvedere con legge viola (non rispetta, non si adegua a) tale regola fondamentale; pertanto, se tale modo di operare non è vietato, tuttavia non può essere considerato un modo ordinario, ma è da valutare come modo eccezionale; a me sembra perfino che possa definirsi anomalo, dato che le due funzioni (del disporre e del provvedere) sono in tesi entrambe necessarie, hanno presupposti e finalità diverse e rispondono a principi profondamente diversi.

La funzione amministrativa è, per così dire, legata nel capo e nella coda: deve essere prevista dalla legge e deve curare nel modo migliore l'interesse pubblico concreto. A tale scopo deve muoversi nello spazio previsto in via astratta dalla legge e deve svolgersi attraverso un procedimento accuratamente disciplinato, nell'ambito del quale viene individuato, elaborato e precisato, con la partecipazione dei privati interessati, l'interesse pubblico concreto, inteso come la sintesi algebrica di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti nella singola operazione amministrativa.

Si tratta di nozioni elementari e di comune conoscenza riguardanti la disciplina generale della funzione amministrativa; ma vanno richiamate perché, quanto meno a mio

nell'esercizio delle funzione legislativa, la teorica che concepisce quest'ultima sciolta da limiti e vincoli giuridico, è un semplice corollario che deriva da quel principio» (S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, cit., p. 221).

¹¹ Si pensi, ad esempio, alla nazionalizzazione di determinate imprese, di cui all'art. 43 Cost.

¹² Nessuna disposizione contenuta nella Sezione II-La formazione delle leggi, del Titolo I della Parte Seconda della Costituzione contiene alcun limite per la funzione legislativa. Anzi sono espressamente previste leggi soltanto formali, come l'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, l'approvazione dei bilanci e dei rendiconti consuntivi, e leggi-provvedimento, come la deliberazione dello stato di guerra.

¹³ Derivando, come conseguenza minima e indispensabile, dal principio della separazione dei poteri.

¹⁴ V. Crisafulli, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 246, riprendendo Kelsen, afferma: «la funzione di creazione del diritto si svolge attraverso un continuo passaggio dal generale al particolare, dall'astratto al concreto (...), consentendo perciò di distinguerne il duplice aspetto, della creazione di norme generali, e della creazione di norme individuali in attuazione o esecuzione di quelle».

La stessa distinzione dà luogo alla (o si può esprimere anche come) distinzione tra norma e precetto, ovvero tra proposizione prescrittiva ipotetica e proposizione prescrittiva assertiva, tra regola di classi di azioni e regola di una sola azione.

¹⁵ Art. 97, co. 2, Cost.

avviso, sono costituzionalmente coerenti, in quanto assicurano (o dovrebbero assicurare) l'imparzialità e il buon andamento, di cui all'art. 97 Cost.

La funzione legislativa risponde a tutt'altri principi: a monte non trova il principio di legalità ma il diverso, ed assai meno stringente, principio di legittimità costituzionale; non ha (non può avere) fini predeterminati; non viene svolta mediante un procedimento che sia giuridicamente rilevante e che abbia le caratteristiche del procedimento amministrativo; non deve rispondere al principio di imparzialità. Si tratta di principi validi per il disporre in astratto e generale; molto meno per il provvedere in particolare e concreto.

4. Preminenza della forma sulla sostanza

Già, tutto chiaro. Ma cos'è la funzione, anzi la *materia*, amministrativa? Come si distingue dalla materia legislativa, se questa funzione non ha limiti contenutistici? L'unica risposta possibile, a mio avviso, a queste domande è proprio quella che si ricava dalla regola suddetta: legiferare è disporre in astratto, amministrare è provvedere in concreto¹⁶. In altri termini non c'è differenza contenutistica, in teoria e salvo scelte derivanti da disposizioni positive, tra materia legislativa e materia amministrativa: la differenza sta, a mio avviso, nel porre norme e nel porre precetti.

Se la funzione amministrativa viene svolta per legge, si determina una commistione tra le due funzioni, tra la forma legislativa e la sostanza amministrativa: il problema amministrativo viene risolto con una disposizione legislativa¹⁷. Sicché la disciplina positiva dell'amministrazione per legge dipende dalla prevalenza che l'ordinamento attribuisca alla forma o alla sostanza dell'atto prescrittivo effettivamente compiuto: in teoria sono concepibili entrambe le soluzioni, che la forma prevalga sulla sostanza, che la sostanza prevalga sulla forma.

Nel nostro ordinamento, salvo iniziali esperienze¹⁸, si è affermata la prima soluzione: la disciplina dell'atto "anfibo" (o bifunzionale), la sua validità, la sua efficacia, i mezzi per la sua impugnazione si fondano, e si fondano interamente, sul suo profilo formale. In termini concreti, l'atto tipico dell'amministrazione per legge, la legge-provvedimento, è trattato come legge e non come provvedimento. Pertanto non trovano applicazione i principi che presidiano la funzione amministrativa: non è necessario un procedimento, non deve esserci motivazione; la decisione è libera nei tempi, nei presupposti e nel fine.

¹⁶ È significativo che F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, cit., p. 93, definisca "atti amministrativi" le leggi che concernono solo casi particolari.

¹⁷ Inversamente, a proposito dei regolamenti si può dire che vengono poste norme dagli organi amministrativi. Anche per i regolamenti si ha commistione tra funzione legislativa e funzione amministrativa, ma in senso opposto al caso della legge-provvedimento.

¹⁸ Riferisce A. Malgarini, *Della libertà civile nelle Costituzioni moderne*, in *Archivio Giuridico*, 1884, 32, p. 158, che «le nostre Corti non hanno alcuna difficoltà a sentenziare che gli atti amministrativi di competenza del Parlamento soggiacciono alla giurisdizione dei tribunali allo stesso effetto e negli stessi limiti che gli atti emanati dall'autorità amministrativa propriamente detta»; e cita alcune sentenze della Cassazione di Milano e di Firenze.

Sono stati fatti tentativi per porre limiti al provvedere in concreto con atti legislativi¹⁹; ma sono caduti nel vuoto: il legislatore, almeno quello statale (la situazione di quello regionale è parzialmente diversa), può con legge adottare qualsiasi provvedimento amministrativo. Intendiamoci, ci sono materie in cui il disporre e il provvedere si ravvicinano, ad esempio nelle attività di pianificazione e di programmazione: in queste materie non appare del tutto anomalo che le decisioni siano prese a livello legislativo. Ci sono altri casi in cui la legge è preferibile, anche se la misura da adottare è concreta: si pensi alla istituzione di enti pubblici o anche di società pubbliche in senso proprio; e, prima ancora, alla deliberazione dello stato di guerra.

5. Tutela giurisdizionale non tempestiva

Tuttavia limiti di ordine generale alla amministrazione mediante legge positivamente non sussistono. C'è soltanto l'atteggiamento severo (o presunto tale) della Corte costituzionale; la quale, tenendo evidentemente conto del carattere eccezionale (anomalo?) del provvedere in concreto con atto legislativo, afferma di dover valutare con particolare severità le leggi-provvedimento²⁰; ma in generale non va, e forse non può andare, oltre un generico sindacato di ragionevolezza sul loro contenuto²¹.

Si ha così che il livello della tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti di misure sostanzialmente amministrative, per essi sfavorevoli, che vengano adottate con legge anziché con provvedimento, risulta drasticamente ridotto: la tutela diventa contemporaneamente meno tempestiva e meno piena; sicché sorge il problema della sua rispondenza alla disciplina costituzionale, ricavabile dagli artt. 24, 111 e 113 Cost.

La tutela è meno tempestiva, perché la legge, e quindi la legge-provvedimento, non è, come tale, impugnabile; per adire il giudice occorre attendere che l'amministrazione adotti atti applicativi. Molto recentemente il Consiglio di Stato ha ribadito che «deve escludersi l'impugnabilità diretta della legge-provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, dovendo il giudizio di costituzionalità conservare il proprio carattere incidentale, e quindi muovere pur sempre dall'impugnazione di un atto amministrativo (...) rispetto al quale la norma di legge si ponga quale presupposto»²².

¹⁹ Per notizie in merito rinvio a S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, cit., p. 183 ss. Si veda anche L. Paladin, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, p. 871 ss., spec. p. 875 ss.

²⁰ Osserva C. Pinelli, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 3236, che «in tanto si promette uno "scrutinio stretto", in quanto l'accorciamento o l'annullamento della distanza fra previo disporre e concreto provvedere pone di per sé un supplementare sospetto di costituzionalità».

²¹ Secondo A. Mitrotti, «*Riserva di amministrazione*» versus «*Amministrazione per Legge*». *Tendenze ed evoluzione tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, cit., p. 31, lo scrutinio stretto di ragionevolezza sulle leggi-provvedimento «ha finito per essere non dissimile dal 'comune sindacato di ragionevolezza' delle leggi».

²² Cons. St., IV, 22 marzo 2021, n. 2409. È stato anche ribadito che «l'unica possibilità di tutela per i cittadini è quella di impugnare (...) gli atti applicativi anche se di contenuto vincolato rispetto alla legge-provvedimento, deducendone l'incostituzionalità» (Cons. St., IV, 21 dicembre 2020, n. 8191).

Si verifica con ciò una vicenda processuale sghemba: non essendo impugnabile l'atto effettivamente lesivo (la legge-provvedimento), si è costretti ad impugnare un atto (applicativo), ove vi sia; il quale, di per sé, non è affatto lesivo, con conseguente superamento del presupposto dell'interesse a ricorrere²³: l'interesse del ricorrente non riguarda l'annullamento dell'atto impugnato ma la dichiarazione di incostituzionalità della legge. L'*impasse* si supera per una ragione pratica: l'impugnazione dell'atto applicativo (che – si badi – di per sé non solo non è lesivo, ma è legittimo, in quanto conforme alla legge-provvedimento) costituisce il marchingegno, l'unico possibile, per sollevare la questione di costituzionalità della legge.

A prescindere da tale complicazione, il dato rilevante è che la tutela giurisdizionale è ritardata (talvolta di molto) rispetto all'effetto lesivo, determinato, questo sì, direttamente dalla legge. La tutela, pertanto, non risponde al requisito della tempestività, come imposto dalla complessa nozione di giusto processo.

6. Tutela giurisdizionale ridotta

La tutela è altresì assai ridotta nei suoi contenuti: la Corte costituzionale, consapevole della delicatezza del problema, afferma con sempre maggior vigore che le leggi-provvedimento «devono soggiacere a uno scrutinio stretto di costituzionalità, sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta legislativa»; e che «la loro legittimità costituzionale deve essere “valutata in relazione al loro specifico contenuto” [...] e devono risultare i criteri che ispirano le scelte con esse realizzate, nonché le relative modalità di attuazione» (sentenze n. 182/2017 e n. 270/2010; nello stesso senso, sentenze n. 275 e n. 85/2013), attraverso l'individuazione degli interessi oggetto di tutela e della *ratio* della norma desumibili dalla stessa, anche in via interpretativa, in base agli ordinari strumenti ermeneutici (sentenze n. 168 del 2020, n. 182 del 2017 e n. 270 del 2010)²⁴. La Corte si rende pieno conto della gravità del-

²³ Istruttiva è la vicenda della espropriazione del Teatro Petruzzelli di Bari. Con legge (art. 2, co. 105, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, come convertito in l. 24 novembre 2006, n. 286) si trasferisce la proprietà del Teatro, distrutto da un incendio, al Comune di Bari. Il Prefetto di Bari, con suo provvedimento, determina l'indennizzo spettante ai proprietari. Questi ricorrono al Tar chiedendo l'annullamento del decreto prefettizio, e sostenendo la illegittimità costituzionale della legge-provvedimento. Il Tar, con sentenza breve (è un fatto indicativo), considerato che l'atto prefettizio impugnato «contiene una sola disposizione di natura provvedimentale, individuabile nella determinazione dell'indennizzo»; rilevato che «la disposizione di immissione del Comune di Bari nel possesso dell'intero immobile, è meramente riproduttiva di quella contenuta» nella legge; «rilevato, pertanto, che l'atto impugnato non è idoneo a produrre di per sé alcuna lesione per l'interesse dei ricorrenti (...), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara inammissibile» (Tar Bari, III, 18 dicembre 2007, n. 2999). In sede di appello, il Consiglio di Stato ha ritenuto erronea la dichiarazione di inammissibilità, stabilendo che «il fatto che l'atto impugnato sia meramente applicativo di una c.d. 'legge-provvedimento' non significa che non sussista l'interesse dei soggetti lesi da un tale atto a contestarlo in giudizio, facendo valere l'incostituzionalità della norma primaria». Aggiungendo significativamente che «in ipotesi di leggi-provvedimento l'unica possibilità di tutela per i cittadini è quella di impugnare gli atti applicativi delle stesse, anche se di contenuto vincolato rispetto alla legge, deducendo l'incostituzionalità della stessa» (Cons. St., VI, 8 ottobre 2008, n. 4933).

²⁴ C. cost., 23 febbraio 2021, n. 49.

l'adozione di misure amministrative, spesso pesanti, talvolta discriminatorie, senza le articolate garanzie del procedimento amministrativo e senza la partecipazione dei privati interessati²⁵, e avverte il pericolo della disparità di trattamento²⁶ e di misure arbitrarie²⁷.

Tuttavia la Corte non può erogare la stessa tutela che può erogare il giudice amministrativo, non potendo, secondo l'orientamento più recente e prevedibilmente destinato a durare nel tempo, essere dedotta e accertata nel giudizio sulle leggi-provvedimento la «violazione dei principi che presiedono all'attività amministrativa», né potendo il sindacato della Corte essere «equipollente, nei criteri e nei modi, a quello al quale è soggetto l'esercizio della discrezionalità amministrativa». La legge che si sostituisce all'atto provvedimentale «non ne muta – afferma la Corte – con ciò anche i tratti costitutivi»²⁸.

La tutela possibile non risponde, pertanto, al fondamentale requisito della pienezza.

7. Rivalutazione del procedimento amministrativo

Di recente la Corte si è posta su un sentiero nuovo, foriero di apprezzabili sviluppi. Ha conferito maggiore valore al modo di operare tipico degli organi amministrativi, ossia al procedimento, definito espressamente come il luogo «dove può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela»²⁹.

La rivalutazione del procedimento comporta necessariamente che sia assai poco giustificabile (comunque, meno di prima che tale orientamento si consolidasse) che i problemi amministrativi vengano risolti con legge, ossia prescindendo totalmente dalla loro elaborazione nel procedimento amministrativo, senza istruzione, senza partecipazione degli interessati, senza valutazione attenta di tutti gli interessi coinvolti. Ne consegue, quanto meno³⁰, la necessità di una verifica effettivamente penetrante che abbia

²⁵ C. cost., 23 giugno 2020, n. 116.

²⁶ Ancora C. cost., n. 49/2021.

²⁷ C. cost., 27 luglio 2020, n. 168.

²⁸ Ancora C. cost., n. 168/2020. Sul sindacato di ragionevolezza si veda, da ultimo, F. Zammartino, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, p. 19 ss.

²⁹ C. cost., 5 aprile 2018, n. 69. La sentenza prosegue: «La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibile l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art.1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (...): efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il conseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.».

³⁰ Si potrebbe dedurre dall'emergere del procedimento «a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa (come si legge nella sent. C. cost., 23 giugno 2020, n. 116)», ove si intenda con ciò sostenere che il legislatore, nell'adottare provvedimenti concreti, non possa prescindere dal procedimen-

ad oggetto, in primo luogo, la razionalità della scelta del legislatore di sostituirsi all'amministrazione e di adottare atti in forma di legge, con forza e valore di legge per risolvere problemi amministrativi.

C'è di più: come già detto, la Corte ha introdotto la nozione di «materia *naturaliter* amministrativa»³¹, rispetto alla quale il decidere mediante legge diventa un comportamento chiaramente anomalo. Essendo io convinto che la materia *naturaliter* amministrativa corrisponda semplicemente e perfettamente al *provvedere in concreto*, ed abbia quindi una dimensione senza contenuti e limiti definiti, sembra che la giurisprudenza costituzionale si stia avviando per rendere più rigoroso il suo sindacato su ogni ipotesi di legge-provvedimento, quale che ne sia il contenuto, in modo tale da ricondurre entro confini molto ristretti, e (auspicabilmente) in presenza di circostanze eccezionali, il fenomeno dell'amministrazione svolta con leggi.

Anzi mi vien da pensare che la riserva di amministrazione sia in tal modo penetrata nell'ordinamento positivo, non come riserva assoluta e blindata, quanto meno come riserva attentamente presidiata. Ed è inoltre da verificare se il *provvedere in concreto* con atto legislativo sia conforme al diritto europeo³².

8. Sui provvedimenti totalmente vincolati

Una considerazione ulteriore viene in mente con riguardo ai provvedimenti totalmente vincolati, ossia alle ipotesi in cui all'amministrazione spetta soltanto il potere costitutivo (dell'effetto) ma le viene sottratto il potere decisionale: il contenuto dei provvedimenti vincolati è direttamente stabilito dalla legge.

Anche a proposito di tale ridotta modalità dell'agire dell'amministrazione si potrebbe vedere la elusione della regola della separazione tra disporre in astratto e provvedere in concreto: a ben riflettere, anche in questo caso il provvedimento assunto dall'amministrazione è meramente attuativo della disposizione legislativa; sicché si può ipotizzare che si determini l'invasione da parte del legislatore nel campo del *provvedere*, ossia nella funzione che, almeno in teoria, dovrebbe essere propria dell'amministrazione. In altri termini, con le disposizioni sui provvedimenti vincolati, è il legislatore che risolve, direttamente ed uniformemente, il problema amministrativo.

Non si vuol sostenere che i provvedimenti totalmente vincolati pongano un problema di costituzionalità o di razionalità, ma ritengo che essi, escludendo la valutazione, caso per caso, delle circostanze di fatto in relazione agli interessi coinvolti, determinano una sorta di sclerosi della funzione amministrativa, che potrebbe portare alla violazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

to (di tipo amministrativo), che la Corte avrebbe varato la riserva di amministrazione sub specie di riserva di procedimento» (in questo senso A. Mitrotti, *“Riserva di amministrazione”* versus *“Amministrazione per Legge”*. *Tendenze ed evoluzione tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, cit., p. 31 ss.). Siffatta conclusione può valere almeno per le leggi regionali.

³¹ Ancora C. cost., n. 116/2020.

³² Ne dubita F. Zammartino, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, cit., p. 35 ss.

9. Proposte per rendere la tutela meno intempestiva e più intensa

Di fronte ad una tutela giurisdizionale che comunque resta non tempestiva e non piena, la dottrina non può rinunciare a porsi il problema della sua rispondenza ai principi stabiliti dagli artt. 24 e 111 Cost., ossia ai principi del giusto processo³³. Credo che sia necessario indagare se non ci siano accorgimenti per rendere più tempestiva e più consistente la tutela giurisdizionale³⁴.

Provo a indicarne alcuni.

Pur prevedendo la contrarietà dei giudici costituzionali, un modo per velocizzare la tutela sarebbe di consentire il ricorso in via principale, da parte degli interessati, alla Corte costituzionale avverso le leggi-provvedimento (solo avverso tali leggi)³⁵. Non mi sembra che una tale riforma sia in contrasto con la Costituzione, che, all'art. 134, stabilisce che la Corte giudica «sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni», ma non disciplina i modi di introduzione del giudizio di costituzionalità. D'altronde la possibilità di adire direttamente il giudice della costituzionalità delle leggi è data in alcuni degli ordinamenti al nostro più vicini: non è una riforma astrusa, e può essere attuata con semplici modifiche legislative.

Si può ipotizzare anche una soluzione di minore impatto: consentire che la legge-provvedimento venga impugnata immediatamente, appena pubblicata, dinanzi al giudice comune competente, senza dover attendere l'adozione di atti applicativi. In tal modo si darebbe rilievo alla sostanza dell'atto e alla sua immediata lesività, eliminando la finzione della lesività dell'atto applicativo. Non ho verificato se questa soluzione, che manterrebbe comunque la competenza della Corte costituzionale a pronunciarsi sulla questione di costituzionalità in via incidentale, necessiti di una riforma legislativa o possa essere introdotta in via pretoria dalla giurisprudenza: è opportuno precisare che non si tratterebbe di un'azione di annullamento della legge-provvedimento, proposta dinanzi al giudice amministrativo (che ovviamente non può annullare una legge). Né, come accade oggi, di un'azione di annullamento degli atti applicativi, ma di un'azione di accertamento della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità della legge-provvedimento, avente come *petitum* la trasmissione della questione stessa alla Corte costituzionale. Gli atti applicativi, ove sussistenti, anche se non impugnati, sarebbero travolti dalla dichiarazione di incostituzionalità della legge-provvedimento.

³³ L'art. 113 non mi sembra fornire alcun ausilio, dato che accoglie una accezione soggettiva della tutela avverso l'operato dell'amministrazione: non parla di atti amministrativi, ma di atti della pubblica amministrazione.

³⁴ Avverte D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, cit., p. 331, che il problema della legittimità costituzionale della «sostituzione del legislatore nell'amministrazione» si risolve estendendo «in questi casi l'ampiezza del sindacato di legittimità costituzionale su tali leggi, sì da renderlo comprensivo del sindacato sulla funzione». L'alternativa sarebbe «il negare accesso nel nostro ordinamento a leggi aventi siffatto contenuto». Egli invoca «il principio della corrispondenza fra la sostanza del potere da esercitare e l'articolazione soggettiva, procedimentale e sostanziale dell'esercizio del medesimo» (p. 332).

³⁵ L'ammissione eccezionale di un sindacato *principaliter* sulle leggi concrete è stata prospettata fin dal 1957 da P. Barile, *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, p. 677.

Quanto alla intensità della tutela, rappresento due opzioni, l'una generale, l'altra riguardante le leggi regionali.

Come si è visto la Corte costituzionale sottopone le leggi-provvedimento ad un sindacato (in teoria) severo di ragionevolezza: esso tuttavia è limitato alla verifica della «razionalità oggettiva della disposizione censurata, per come essa vive nell'ordinamento e per gli effetti che vi produce»³⁶. Il sindacato riguarda, cioè, il contenuto della disposizione; a mio avviso (e richiamo altre conformi convinzioni presenti in dottrina e gli stimoli che sorgono dalla sentenza della Corte n. 116/2021) esso dovrebbe estendersi a verificare la ragionevolezza (o anche la necessità) della sostituzione dell'atto legislativo al provvedimento amministrativo, analizzando le ragioni che hanno portato il legislatore ad adottare misure concrete, ed a ritenere di poter superare il modo normale di svolgimento della funzione amministrativa³⁷.

In questo senso una apertura si trova già nell'atteggiamento recente della Corte costituzionale, laddove afferma che occorre «vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la (...) scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento legislativo diretto»³⁸.

In altri termini il legislatore dovrebbe spiegare, o il giudice costituzionale ricostruire, le ragioni per le quali il primo abbia ritenuto necessario intromettersi nell'esercizio della funzione amministrativa, eliminando le tutele procedimentali e processuali, che sono anche garanzia di legittimità (ordinaria e costituzionale) delle misure concretamente adottate da organi amministrativi. E tali ragioni dovrebbero risultare fondate e ragionevoli.

10. Sulle leggi-provvedimento regionali

Considerevolmente diverso è l'atteggiamento della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento delle Regioni.

Per le leggi regionali c'è in primo luogo da tener conto che l'organo legislativo (Consiglio) talvolta coincide e comunque è sempre politicamente vicino all'organo amministrativo di vertice (Giunta) e alla dirigenza. Inoltre il procedimento legislativo regionale prevede di norma una precedente fase amministrativa. Infine le leggi-quadro statali funzionano, secondo il fermo orientamento della Corte, alla stregua di norme interposte per la verifica della legittimità costituzionale delle leggi regionali.

Ne discende che le leggi regionali rispondono ad una disciplina sostanziale e processuale notevolmente diversa rispetto a quella delle leggi dello Stato. Disciplina più

³⁶ C. cost., n. 168/2020, già citata.

³⁷ Il sindacato di ragionevolezza della Corte dovrebbe, in altri termini, estendersi dal contenuto precettivo della legge-provvedimento al perché (alle ragioni per cui) il legislatore ha ritenuto di provvedere in concreto.

³⁸ C. cost., n. 116/2020. Il passo della sentenza è il seguente «In effetti, se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto».

rigorosa e pienamente giustificata, ove si consideri che, data la vicinanza politica tra organo legislativo e organi amministrativi, è più facile che la scelta della via legislativa serva soltanto a rendere più complicata la tutela giurisdizionale dei destinatari della misura amministrativa, in quanto adottata con legge.

La giurisprudenza costituzionale è orientata a valutare secondo parametri più numerosi (si pensi alle censure procedimentali) e più severi (un tendenziale eccesso di potere legislativo?) le leggi-provvedimento delle Regioni. È auspicabile che si avanzi ulteriormente in questa direzione, innovando rispetto all'orientamento consolidato³⁹, fino ad affermare la totale illegittimità costituzionale di tali leggi, o almeno a presumerla *iuris tantum*.

³⁹ La Corte, in modo chiaro, da alcuni decenni ritiene che siano ammissibili le leggi-provvedimento regionali: «né si potrebbe dire – si legge nella sent. 21 marzo 1989, n. 143 – che il divieto di leggi a contenuto particolare e concreto tocchi soltanto le regioni in conseguenza di un presunto principio generale dell'ordinamento giuridico, poiché un principio del genere, concernendo i caratteri strutturali della legge diretti a qualificarne l'essenza o l'identità tipologica come atto normativo, dovrebbe essere desunto da una inequivoca norma avente un rango superiore alla stessa legge, che in verità non è dato rinvenire nel nostro ordinamento positivo». Su tale sentenza si veda il corposo commento di A. Franco, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 1041 ss.

Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine' negoziale *

Guido Clemente di San Luca

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'azione della P.A. fra discrezionalità e autonomia negoziale: la discussa negoziabilità del potere amministrativo. – 3. Gli accordi fra P.A. e privati di cui all'art. 11, l. n. 241/1990, e la loro funzionalizzazione all'interesse pubblico: una speciale (e alternativa) modalità per realizzare la partecipazione al procedimento. – 4. *continua:* le prescrizioni della disposizione che confermano la loro vocazione teleologica. – 5. Gli accordi fra diverse PP.AA. tra finalità regolativa e finalità provvedimentoale. – 6. Riepilogo delle tipologie di esercizio negoziale del potere amministrativo. – 7. La vera e propria attività di diritto civile della P.A. e l'evidenza pubblica. – 8. Osservazioni conclusive: la compatibilità della 'attitudine' negoziale della P.A. con l'esercizio del potere fra superamento dei pregiudizi ideologici e rischio di (o inclinazione a) soggiacervi.

1. Premessa

Queste notazioni hanno ad oggetto il tema (che in via di sintesi semplificatoria potrebbe riassumersi come quello) dei limiti all'uso di modalità negoziali nell'azione della Pubblica Amministrazione (d'ora in poi P.A.)¹. La riflessione muove dal seguente

* Lo studio riprende ed aggiorna i paragrafi dedicati al tema nelle *Lezioni di Diritto amministrativo per il corso di base*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012. L'A. ringrazia la dott.ssa Antonella Corsale ed il dott. Mario Paladino, dottorandi di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli, per averlo aiutato nella ricognizione dell'assetto normativo e giurisprudenziale e per aver discusso con lui la relativa ricostruzione critica.

¹ Il tema scelto da chi scrive per rendere omaggio a Marco D'Alberti esprime una delle cifre principali del suo impegno di ricerca, sin dalla sua monografia del 1981: M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981; Id., *I "public contracts" nell'esperienza britannica*, Napoli, Jovene, 1984.; Id., *L'attività contrattuale degli enti pubblici* (in collaborazione con G. Rossi), in CER-CENSIS, *Pubblico e privato*, Milano, Edizioni del Sole 24 Ore, 1987, I, p. 371 ss.; Id., *Concessioni amministrative*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, Roma, 1988; Id., *Pubblico e privato nella disciplina dei mercati mobiliari. Proposte di revisione del sistema italiano*, in CONSOB, *Quaderni di Finanza*, dicembre 1995, 12; Id., *La partizione pubblico privato esiste ancora?*, in F. Spantigati (a cura di), *Sulle trasformazioni dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, Napoli, ESI, 1998, p. 25 ss.; Id., *Conclusioni e proposte*, in Id. (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Roma, 1998, p. 161 ss.; Id., *Intervento al Seminario "Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la*

assunto. Nell'immaginario collettivo – verrebbe di dire: purtroppo – si fa riferimento alla (e nel linguaggio comune si adopera l') espressione 'burocratico' assegnandole un'accezione negativa, a significare con essa l'attribuzione di una valenza spregiativa, o, se si vuole, la constatazione dell'assoluta mancanza di virtù². In realtà, come si sa, la locuzione letteralmente significa «governo degli uffici»: ciò dovrebbe voler dire che a governare siano la conoscenza, la competenza, le capacità, che la specializzazione dei compiti dovrebbe garantire³.

Ora, è indubbio che la realtà molto spesso si rivela assai lontana dalle sistemazioni teoriche, viepiù laddove queste muovano da assunti ideologici, da archetipi astratti fondati su un dover essere lontano dalla vita effettiva delle persone. A nessuno può sfuggire che l'opera delle PP.AA. sia resa sovente non proprio commendevole in ragione della, non rara, scarsa efficienza del personale burocratico (e politico). Tuttavia,

contrazione dello Stato», in *Nomos*, 2000, 1, p. 72 ss.; Id., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 2, p. 297 ss.; Id., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 4, p. 1019 ss.; Id., *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 4, p. 607 ss.

² Come è noto, «burocratico» è aggettivo, derivante dal francese, che in realtà indica letteralmente «Della burocrazia» (così, al lemma corrispondente, il *Dizionario Treccani on line*), e cioè «proprio o tipico della burocrazia e dei funzionari che la compongono». Ed il relativo avverbio «burocraticamente» è riferito «al modo o con la mentalità dei burocrati». Sempre nel *Dizionario Treccani on line*, si legge che per «burocrazia» s'intende «Il complesso dei funzionari che, articolati in vari gradi gerarchici, svolgono nello stato le funzioni della pubblica amministrazione», e, per estensione, «l'insieme dei funzionari di un ente, di un organismo, anche non statale, e spec. l'apparato dei funzionari di un partito che, pur non avendo in esso funzioni dirigenziali, ne condizionano in qualche modo la linea di condotta». In realtà, subito a seguire si precisa il significato ulteriore e negativo: «In senso astratto, il potere assunto negli stati moderni (o, per analogia, anche in strutture politiche anteriori) dalla massa dei funzionari, soprattutto come effetto del moltiplicarsi delle funzioni dello stato e degli enti pubblici; nell'uso della parola, è in genere implicita un'allusione negativa». E quindi anche «Osservanza esagerata dei regolamenti, spec. nella forma esteriore».

³ Per il vero, infatti, alla stessa voce della *Enciclopedia Treccani on line*, si chiarisce che il termine 'burocrazia' «fu coniato dall'economista francese Vincent de Gournay nella prima metà del 18° sec. proprio per stigmatizzare la potenza crescente dei funzionari pubblici nella vita politica e sociale, che configurava una vera e propria forma di "governo dei funzionari", fra l'altro del tutto inefficiente sul piano dell'amministrazione dello Stato. Negli usi successivi il termine ha in parte mantenuto questa originaria accezione negativa. Nello stesso tempo, tuttavia, la nozione di b. è diventata una categoria cruciale delle scienze storiche, politiche e sociali. Secondo una delle teorie più autorevoli della b., elaborata da M. Weber nei primi decenni del Novecento e tuttora sostanzialmente insuperata, gli apparati della b. si distinguono dalle tradizionali forme di amministrazione del passato perché si fondano, almeno in linea di principio, su una rigorosa divisione del lavoro, sul sapere e sulle competenze, su gerarchie regolate dal merito e da precisi meccanismi di carriera e, ancora, su un complesso di norme scritte che tendono a vincolare il funzionario a una condotta tipicamente impersonale e formalistica». Il grande sociologo intravede il «processo irreversibile di burocratizzazione universale, che tendeva a imprigionare gli uomini in una rete di regole minuziose e a sottometterli alla potenza anonima, irresponsabile e ogni giorno più necessaria degli apparati burocratici. Ciò costituiva, a suo giudizio, un enorme pericolo per il futuro della libertà e della democrazia nel mondo contemporaneo [...]. Nel Novecento di fatto il processo di burocratizzazione ha conosciuto una straordinaria espansione, sia nei paesi socialisti fondati sull'economia pianificata [...], sia nei paesi capitalistici, per effetto innanzitutto delle politiche di welfare, che implicano un crescente intervento dello Stato nella vita quotidiana dei cittadini. A fronte di ciò sono in atto processi di 'deburocratizzazione' delle amministrazioni pubbliche e private, che rispondono alle esigenze di una società in continua trasformazione, che rende rapidamente obsolete le competenze e le specializzazioni della b. e si mostra sempre più insofferente ai vincoli posti dalle sue regole e dalle sue procedure».

per ovviare a questa evidente patologia, non si può pensare di alterare la fisiologia, secondo la quale l'ordinamento assegna alla P.A. i compiti che giuridicamente qualifica di interesse pubblico. Naturalmente, non è la stessa cosa disporre che la P.A. possa svolgere tali compiti (almeno anche) attraverso lo strumentario giuridico di diritto civile.

L'ambito più generale nel cui seno si colloca il tema di cui qui si tratta, quindi, è quello del perimetro delle aree di dominio rispettivamente dei pubblici poteri e del mercato: ambito evidentemente troppo ampio – ed implicante un indispensabile approccio interdisciplinare (imponendo di interrogare la scienza economica, la sociologia, l'antropologia, la filosofia, ecc.) – per essere indagato in questa sede, nella quale s'intende affrontare soltanto, e per spigolature, il circoscritto profilo tematico concernente i limiti della cd. 'amministrazione consensuale'⁴.

Come è stato autorevolmente affermato, «atti autoritativi ed atti consensuali sono meri strumenti giuridici; i quali vanno esaminati in modo oggettivo, in relazione alla loro rispondenza alle finalità che all'amministrazione viene chiesto di raggiungere»⁵. Dunque si tratta di capire, di volta in volta, quale sia lo strumento più idoneo allo scopo di realizzare un obiettivo dato, formalmente qualificato da una fonte dell'ordinamento generale come *interesse pubblico* ed assegnato alla cura di una P.A.

Ed occorre farlo, per un verso, tenendo presente che la genesi degli strumenti è dovuta ai fini che si volevano perseguire: *privatistici* per gli interessi privati, *publicistici* per gli interessi pubblici; e, per un altro, bandendo ogni forma di integralismo culturale che escluda l'applicabilità degli strumenti nati per soddisfare finalità private anche al conseguimento di finalità pubbliche, sempre che, però, l'utilizzo di tali strumenti non rischi di fuorviare il perseguimento dell'interesse pubblico.

È del tutto evidente come il tema finisca per avere ricadute e/o implicazioni – oltre l'ambito in seno al quale esso si colloca (quello, richiamato, della definizione dei confini reciproci fra Stato e mercato) – persino sul tema ancor più generale della sopravvivenza del Diritto amministrativo come diritto speciale. L'interrogativo che ne sortisce, insomma, è se il diritto che disciplina le PP.AA. sia ancora definibile come Diritto amministrativo, oppure debba parlarsi di un Diritto comune che si applica anche ad esse⁶.

⁴ Tema affrontato abbastanza recentemente, con ampiezza ed elegante rigore, da A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016. E da ultimo ripreso, in qualche modo e misura e con tagli ed accenti diversi, da G. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Diritto pubblico*, 2021, 2, p. 529 ss.; e da E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021.

⁵ Così F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 3, p. 431 ss.

⁶ È soprattutto per questa ragione che, nelle note a piè di pagina, il 'dialogo' con la dottrina è tenuto, in via prevalente, circoscritto ad alcuni fra i principali manuali, e cioè quelli di A.M. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, e di M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, della precedente generazione, e quelli, a dir così, contemporanei, fra i più adottati per i corsi universitari, di: E. Casetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2020; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021; M. Clarich, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020; L. Mazza-rolli e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005; F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019; D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2021. E, ovviamente, quello di M. D'Alberti, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021.

In altre parole, dalla questione sulla quale s'intende riflettere scaturisce anche il chiedersi se l'assunto secondo cui il 'diritto comune dei contratti' debba essere normalmente applicato pure alla P.A. possa finire per mettere in discussione la distinzione fra Diritto pubblico e Diritto privato, oppure in qualche modo addirittura la rafforzi⁷. A questo specifico riguardo, invero, non sembra possibile esimersi – sebbene non di rado lo si faccia – dal constatare che la quantità dell'azione delle PP.AA. che tuttora si esprime attraverso il dispiego di poteri, di provvedimenti imperativi, non si sia ristretta fino al punto di ritenere non arbitrariamente che la consistenza di un'azione siffatta sia ormai talmente circoscritta da addirittura non potersi più considerare sufficiente a fondare l'autonomia disciplinare del Diritto amministrativo⁸.

⁷Lo lascia intendere A. Moliterni, *Amministrazione consensuale*, cit., p. 485, laddove afferma che «proprio lo studio dell'attività consensuale dei soggetti pubblici sembra suggerire l'opportunità di preservare, anche all'interno dell'ordinamento amministrativo, il senso stesso della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Si tratta, infatti, di una distinzione che non assume più un significato "dicotomico" o "assiológico" ma che riveste una valenza essenzialmente tecnica che migliora (e non pregiudica) il concreto esercizio della funzione pubblica, poiché mette a disposizione dell'amministrazione una serie di strumenti e di categorie che [...] assicurano una maggiore certezza, chiarezza e stabilità delle relazioni giuridiche, contribuendo quindi a rafforzare la fiducia tra il settore pubblico e quello privato».

⁸Ormai da qualche tempo, l'autonomia disciplinare viene messa in discussione, fino al punto di sostenere che dovrebbe più correttamente parlarsi di 'Diritto delle amministrazioni pubbliche', con tale locuzione volendosi intendere che, alla luce delle trasformazioni socio-economiche intercorse (peraltro a livello non solo nazionale, ma mondiale), sarebbe maggiormente corrispondente alla realtà ritenere sussistente un unico diritto comune che alle PP.AA. semplicemente si applicherebbe con qualche 'particolarità'. Una delle più esplicite manifestazioni di siffatta tendenza è nel titolo del manuale di D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., secondo i quali (p. 36 ss.) «Per gran parte del secolo scorso si è spesso ritenuto che l'amministrazione pubblica dovesse considerarsi nel suo complesso oggetto di una disciplina peculiare, separata ed autonoma rispetto al diritto privato, coerentemente ordinata da principi diversi: il "diritto amministrativo". Questo in realtà non è mai stato del tutto vero, poiché non sono mai stati rari i casi nei quali alle amministrazioni pubbliche si applicava il diritto privato (come per esempio per quanto riguarda l'esecuzione dei contratti di appalto pubblico, che sono contratti da sempre considerati in Italia di natura privatistica) ma certamente non è vero oggi: di recente si è addirittura statuita la riserva in via di principio alla disciplina del diritto privato di una parte dell'attività amministrativa [...]. Mentre dunque, in via di principio, all'attività che non implichi esercizio di poteri autoritativi si applica il diritto privato, corrispondentemente si applica il diritto amministrativo quando occorre esercitare poteri di questa natura [...]. In termini generali, dalle norme richiamate si ricava che gli strumenti offerti dal diritto privato, a cominciare dal contratto, possono rappresentare strumenti idonei per perseguire l'interesse pubblico e che dunque, a monte, non vi è alcuna incompatibilità tra interesse pubblico e diritto privato. Parallelamente, ma si tratta dell'altra faccia della stessa medaglia, non si deve incorrere nell'errore di ritenere che ogni volta che è in gioco un interesse pubblico, per ciò solo l'attività dell'amministrazione che lo persegue sia retta dal diritto amministrativo. Peraltro, quando le pubbliche amministrazioni operano applicando il diritto privato, pongono in essere attività che restano distinguibili da quelle di un privato, sia perché, trattandosi di amministrazione pubblica, non sono libere di perseguire gli interessi che preferiscono, sia perché vi sono dei principi che si applicano alle attività amministrative indifferentemente da che esse siano svolte in regime di diritto amministrativo o in regime di diritto privato [...]. Ciò che da tutto questo emerge è che il diritto delle amministrazioni pubbliche non è costituito né soltanto dal diritto amministrativo, né soltanto dal diritto privato, ma ne è una mescolanza. Si deve [...] spiegare perché si parli di diritto delle amministrazioni pubbliche e non di diritto dell'amministrazione pubblica. Per lungo tempo, l'espressione "amministrazione pubblica" è stata sinonimo di amministrazione statale, perché quest'ultima era, se non l'unica, comunque l'amministrazione pubblica per eccellenza ed il diritto che la riguardava era, in sostanza, il diritto anche delle altre amministrazioni (ad essa del resto di solito subordinate e che ben potevano essere definite minori). Oggi questo non è più vero: il pluralismo dei pubblici poteri importa anche una pluralità di apparati amministrati-

In definitiva, una volta delineati i confini che segnano il 'territorio' esterno al tema⁹, lo studio si propone di analizzare brevemente, dell'azione amministrativa, dapprima quella per moduli consensuali – nelle due *species* degli accordi fra P.A. e privati e fra diverse PP.AA. – e, a seguire, quella mediante veri e propri contratti, per concludersi con alcune osservazioni sulla misura della compatibilità in generale della 'attitudine' negoziale della P.A. con l'esercizio del potere.

2. L'azione della P.A. fra discrezionalità e autonomia negoziale: la discussa negoziabilità del potere amministrativo

Può ben dirsi che l'esercizio del potere amministrativo sia da sempre fortemente caratterizzato dalla autoritatività/unilateralità degli atti che ne sono manifestazione. Dall'assunto parrebbe doversi derivare che l'esercizio del potere sarebbe, per definizione, non negoziabile. E invece non è così, anche se, comunque, la negoziabilità si può praticare soltanto laddove essa resti saldamente entro l'ambito della discrezionalità amministrativa, senza mai diventare espressione del principio di autonomia negoziale.

Per lungo tempo la questione della ammissibilità dei contratti di diritto pubblico è

vi, così che vi è una moltitudine di amministrazioni pubbliche che si riferiscono, con modalità diversificate, ai diversi centri di indirizzo politico».

⁹ Per completare siffatta delineazione è utile ricordare quanto sostenuto da M. D'Alberti, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 47 ss., secondo il quale «la logica del diritto comune, del diritto privato, ha giocato un ruolo importante nel rafforzamento dell'effettività delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati [...]. Guardare all'effettività del diritto non deve significare ridurlo al mero fatto. Un giurista non può cadere, sospinto dalla prospettiva dell'effettività, in quel "disincantamento" sociologico del diritto [...], in quell'atteggiamento, cioè, secondo il quale "il diritto ... dovrebbe progressivamente deporre anche l'ultima sua parvenza di normatività ... di fronte alla crescente complessità sociale. È una tendenza [...] che [...] trova nuova diffusione oggi, nell'era della globalizzazione, nella quale diversi sociologi, politologi e giuristi sottolineano che le regole, soprattutto se poste dai pubblici poteri, contano poco o nulla [...] di fronte alla forza di fatto dei grandi operatori economici internazionali [...]. Le logiche del mercato presentano i pericoli di disequilibrio sociale che la globalizzazione ci ha fatto conoscere. Ma quelle logiche hanno fatto fare passi avanti [...] all'effettiva tutela degli utenti di servizi pubblici essenziali [...]. I servizi non imprenditoriali [...] è giusto che restino più al riparo dalle regole e dalle logiche di mercato e che siano fondati sul principio del solidarismo [...]. Ma [...] l'eccessiva burocratizzazione di questi servizi è di serio ostacolo all'effettività delle prestazioni, e dunque dei diritti degli utenti». Del resto, anche chi, molto autorevolmente, dichiarava di considerare superato il ruolo assegnato al giurista dalla cultura dello *statute law*, auspicando che, per effetto della globalizzazione – generatasi nel seno della cultura del *common law* –, questi prenda le distanze dalla rigidità delle codificazioni ottocentesche, per lasciarsi dominare dalla «effettività» propria del «fattuale» (che predica la «atipicità»), sposando la elasticità e la duttilità funzionali all'«*homo aeconomicus*», non poteva non avvertire dal rischio di lasciare, al potere delle grandi «*transnational corporations*» di prevalente origine nordamericana, la possibile «strumentalizzazione della dimensione giuridica», dimensione che finirebbe così per soggiacere «al soddisfacimento di interessi economici, spesso concretantesi – in un clima di capitalismo sfrenato – nel raggiungimento con ogni mezzo e ad ogni costo del maggior profitto possibile» (così P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro italiano*, 2002, V, p. 151 ss.). E le tragiche evenienze mondiali degli ultimi lustri (crisi finanziaria, emergenza pandemica, cambiamento climatico) sembrano dettare nuovamente il bisogno imprescindibile di «organismi a proiezione mondiale necessari per fissare principi e definire regole», ciò che, in buona sostanza, seppur in spazi geografici circoscritti dai confini nazionali, due secoli orsono ha dato vita, in Europa, alle codificazioni.

stata oggetto di accesa disputa dottrinale e giurisprudenziale¹⁰: si discute della esistenza (o meno) di una *species* di contratto diversa rispetto a quella tipica del diritto civile; un contratto, per intendersi, non semplicemente ad ‘evidenza’ pubblica (che sarà esaminata nel § 7), e cioè espressione dell’attività di diritto privato della P.A., ma che si connoti per essere ad ‘oggetto’ pubblico – l’esercizio del potere amministrativo, appunto –, e cioè espressione dell’attività di diritto pubblico della P.A.¹¹.

La complessità della questione e l’articolazione delle posizioni assunte in merito ad essa da dottrina e giurisprudenza sono difficilmente riassumibili in poche righe¹². Il

¹⁰ Lo studio che negli ultimi lustri ha più compiutamente affrontato *ex professo* il tema degli accordi, prendendo le mosse dall’analisi del dibattito sul contratto di diritto pubblico è senz’altro quello di G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, cui non si può non rinviare.

¹¹ Come spiega E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 577, «A far data dagli albori della scienza giuspubblicistica è fiorito in dottrina un interessante dibattito, tuttora in corso, in ordine alla configurabilità di un *contratto di diritto pubblico* stipulato tra amministrazioni o tra amministrazione e privati, ovvero alla possibilità di qualificare come contratti di diritto privato alcune fattispecie caratterizzate dall’attinenza a beni, servizi e funzioni pubbliche».

¹² Si può efficacemente richiamare la loro illustrazione da parte dei due più autorevoli esponenti della generazione di studiosi del diritto amministrativo che ha caratterizzato la stagione immediatamente successiva alla Costituzione del 1948. Il riferimento è, ovviamente, ad A.M. Sandulli e M.S. Giannini, le cui ricostruzioni, pervenute a conclusioni non perfettamente coincidenti, vengono qui di seguito riassunte. Secondo A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 600 ss., «Mentre è indiscutibile che le pubbliche Amministrazioni possono porre in essere contratti nell’ambito dei rapporti di diritto civile [...], è stato oggetto di ampio e protratto dibattito se, oltre alla categoria dei contratti di diritto civile [...], esista per le pubbliche Amministrazioni anche una categoria di contratti “di diritto pubblico”. Con tale nome ci si riferisce oggi, generalmente, da parte di coloro che accettano la figura, ai contratti destinati a regolare rapporti aventi un oggetto di diritto pubblico (beni, funzioni, servizi pubblici), ovvero a regolare rapporti patrimoniali i quali accedono a un provvedimento amministrativo (p. es., concessione, espropriazione) [...]». Il problema se esistano casi in cui rapporti del genere indicato siano regolati mediante contratto va risolto in base al diritto positivo. E non v’ha dubbio che nel nostro ordinamento il quesito debba avere risposta affermativa [...]. Le pubbliche Amministrazioni non possono, in via di principio, concludere negozi aventi per oggetto l’esercizio delle proprie potestà pubbliche [...]: queste potestà debbono essere esercitate in funzione del pubblico interesse e l’Amministrazione deve costantemente conservare inalterata la possibilità di modificare le valutazioni e le scelte effettuate al riguardo (patti del genere indicato sarebbero dunque nulli). Esistono però casi in cui è la legge stessa a prevedere che certi rapporti aventi un oggetto pubblico siano regolati – esclusivamente o alternativamente – attraverso strumenti pattizi (p. es. convenzioni urbanistiche, concordati tributari, ecc.). Si tratta di casi da considerare come eccezioni alla regola. Contratti del tipo anzidetto [...] possono prima di tutto intervenire tra una o più pubbliche Amministrazioni [...]. Vi sono poi i contratti (denominati talora anch’essi convenzioni) tra pubbliche Amministrazioni e soggetti privati. Possono esser ricordati quelli previsti [...] per alcune concessioni (trattasi dei contratti destinati a regolare gli aspetti patrimoniali dei rapporti istituiti in virtù di un provvedimento di concessione: così avviene, p. es., per le concessioni di opere pubbliche: in simili casi il contratto – generalmente concluso mediante la firma di un “capitolato” o di un “disciplinare” – segue la sorte del provvedimento, e la caducazione di questo – realizzabile naturalmente secondo le regole del diritto amministrativo – comporta la caducazione di quello»). L’A., poco oltre, conclude «che – salvo specifiche norme in senso diverso, e salve le peculiarità dei singoli casi – i così detti contratti “di diritto pubblico” sono soggetti alle stesse regole generali dei contratti di diritto comune» (p. 604 ss.). Pur similmente ricostruendo il fenomeno, giunge a conclusioni non propriamente analoghe M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, cit., II, p. 427 ss., il quale spiega che dottrina e giurisprudenza «si divisero in due gruppi di opinioni: le une per sostenere che i rapporti nascenti dalle convenzioni erano da intendere come nascenti solo da provvedimenti amministrativi; gli altri per sostenere che erano “rapporti contrattuali” non di diritto privato bensì di diritto pubblico, nascenti da incontri di volontà e disciplinati dalle parti. I primi

tema sul quale si vuole ora riflettere, del resto, è in parte diverso: se ed in quali termini e limiti il diritto positivo vigente consente che sia negoziabile l'esercizio del potere amministrativo, evidentemente nelle aree che permangono sotto la sua egida¹³ (e perciò non siano state oggetto di liberalizzazione e/o privatizzazione¹⁴).

È ben noto che il 'dogma' della autoritatività/unilateralità dell'azione amministrativa sia stato rivisitato, essendo oggi definitivamente acquisita la possibile utilizzazione di moduli consensuali per la realizzazione dell'interesse pubblico, l'ordinamento essendosi aperto alla c.d. 'amministrazione per accordi'¹⁵. La ragione della ostilità ad ac-

proponevano svariate spiegazioni; che tali rapporti nascessero da provvedimenti amministrativi preceduti o seguiti da "atti di sottomissione" dei privati; che nascessero da provvedimenti amministrativi unilaterali produttivi di effetti bilaterali a contenuto patrimoniale; che fossero rapporti nascenti da provvedimenti amministrativi puri e semplici i quali recepissero nelle proprie clausole il contenuto di atti emessi da privati. Gli altri, in genere, ponevano il loro maggior impegno soprattutto a mostrare come anche il diritto pubblico, benché autoritativo, non fosse alieno dall'adozione di strutture contrattuali, quali quelle del "contratto di diritto pubblico". La giurisprudenza, in Italia nello scorso secolo, cominciò ad andare per proprio conto, e ad almeno due dei gruppi di rapporti di cui si discuteva applicò le norme dei contratti di diritto comune: erano i rapporti nascenti da concessioni, di beni e di servizi, che essa chiamò "concessioni contratto". Viceversa la legislazione positiva si indirizzò, per altri gruppi di rapporti, in senso decisamente non contrattualista: così per quelli d'impiego pubblico. Venne così ad affermarsi anche in dottrina un indirizzo di demitizzazione del dibattito, e di richiamo al diritto positivo: non si tratta di discutere – si disse – se il contratto di diritto pubblico esista, o se invece sia da ammettere l'esistenza solo di atti di sottomissione, accordi procedurali, atti collegati, o altro. Tutte queste figure – si osservava – in un diritto positivo sono parimenti possibili, così come è possibile una figura a cui si può riservare la denominazione di contratto di diritto pubblico, se se ne identifichino dei tratti caratterizzanti [...]. Or se si tiene presente che il provvedimento amministrativo può produrre effetti consistenti nella nascita, modificazione ed estinzione tanto di diritti reali quanto di diritti di obbligazione, si comprende come l'amministrazione, allorché è possibile giuridicamente, possa trovare più conveniente sostituire al più pesante strumento provvedimentale il più duttile strumento contrattuale, o integrare il primo col secondo, o usare il primo fino ad ottenere un certo effetto giuridico e poi far subentrare il secondo. Sicché [...] ogni volta che vi è effetto a possibile contenuto patrimoniale, nel diritto positivo deve ammettersi, come regola di principio, la possibilità del ricorso all'accordo tra l'amministrazione e il privato per disciplinare il rapporto patrimoniale o quantomeno l'aspetto patrimoniale del rapporto. Vale a dire che il principio è proprio l'inverso di quel che vorrebbe la tesi negativa, e di ciò la pratica offre continuo e crescente riscontro [...]. Ma per ammettere che esista un contratto di diritto pubblico occorre che le norme positive diano ad esso dei caratteri propri, tale da distinguerlo dal contratto di diritto privato. Or nel nostro diritto positivo ciò non avviene».

¹³ Non è inutile ricordare che è la legge a stabilire i confini dell'area in cui si ritiene indispensabile l'intervento del potere amministrativo, assumendosi che la sua mediazione garantisca la migliore realizzazione del bene comune; e che tali confini sono stati negli ultimi lustri notevolmente ridotti. È dunque il diritto positivo che deve guidare la riflessione, e non il pregiudizio ideologico. Quest'ultimo, infatti, può indurre in errore, facendo accogliere oppure escludere una prospettiva ermeneutica senza tener conto del dato normativo vigente. Tuttavia, deve restar fermo che non si può stravolgere la sostanza teorica: uno Stato più è liberal-liberista meno tollera l'esercizio del potere; più lo tollera invece quando è liberal-democratico. L'assunto sta a monte della riflessione che si sta svolgendo: quel che occorre aver presente è che la disciplina, a dir così, 'amministrativistica', si applica ad ambiti materiali sempre più circoscritti; ciò nondimeno, per quelli che rimangono in questa dimensione, l'interesse pubblico è, ontologicamente, l'elemento centrale del modo di essere dell'azione amministrativa.

¹⁴ In proposito M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 26, precisa che «Le privatizzazioni consentono il passaggio, in tutto o in parte, di imprese dalla mano pubblica alla mano privata, ma convivono con poteri pubblici rilevanti, che vengono attribuiti ai ministri di riferimento o ad apposite autorità [...]. Vi sono varie derogazioni, che si accompagnano però quasi sempre a ri-regolazioni».

¹⁵ Come osserva M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., originariamente «Il provvedimento unilaterale era al centro

cogliere la tesi della negoziabilità del potere amministrativo è da rinvenirsi proprio nella autoritatività/unilateralità consustanziale all'esercizio del potere. Tuttavia, se tale ostilità era facilmente spiegabile fintanto che vigeva lo Stato assoluto, lo è meno una volta affermatosi lo Stato di diritto. Ciò nonostante, anche dopo l'avvento di quest'ultimo, l'ostilità permane: il dogma in parola, infatti, viene conservato, sebbene muti la sua giustificazione.

In effetti, si è erroneamente fatta coincidere l'autoritatività/unilateralità dell'atto amministrativo con l'idea dello Stato assoluto, che non fondava la legittimazione del suo potere sulla investitura democratica. Essa invero persiste (e non può non persistere) anche nello Stato di diritto, fondato sul dominio della legge come espressione della sovranità popolare.

Si può affermare, pertanto, che la questione della negoziabilità si propone tuttora, sebbene i suoi termini siano andati, in qualche modo, stemperandosi con la progressiva crescita della democratizzazione del potere amministrativo, e per effetto della ricordata attenuazione del dogma¹⁶. Siffatta attenuazione, invero, ha trovato un assai significativo sbocco formale nella codificazione normativa, ad opera della l. 7 agosto 1990, n. 241, degli «accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento» (art. 11), e di quelli «fra pubbliche amministrazioni» (art. 15).

La legge di codificazione del procedimento – lo si chiarisce subito a seguire analizzando in dettaglio il testo delle richiamate disposizioni –, pur avendo disciplinato gli accordi appena menzionati, non pare affatto aver risolto in senso affermativo la disputa, tali accordi sembrando difficilmente riconducibili alla categoria dei contratti di diritto pubblico¹⁷, dovendosi piuttosto intendere, più correttamente, quali «congegni» di tipo negoziale¹⁸, sì, ma comunque funzionalizzati all'esercizio (discrezionale) di un potere amministrativo, e cioè alla realizzazione di un interesse pubblico specifico¹⁹.

dell'azione amministrativa. Il contratto era dietro le quinte. Non che mancassero figure rilevanti di contratti delle pubbliche amministrazioni, come gli appalti per la realizzazione di opere pubbliche o per le forniture di beni. Ma il provvedimento dominava la scena in modo assoluto» (p. 353). E però, «Il modello classico entrò in crisi ben presto. Già in periodo giolittiano fu chiaro che, per garantire il decollo industriale del Paese, era indispensabile che l'amministrazione pubblica collaborasse, venisse a patti, con le imprese private: essa non poteva pretendere di imporre condizioni in modo unilaterale e autoritativo. Di lì cominciò a svilupparsi nella prassi l'amministrazione consensuale, tramite contratti, convenzioni, accordi. La giurisprudenza si adeguò dando spazio a figure negoziali largamente disciplinate dal diritto privato. La dottrina ha trovato non poche difficoltà ad entrare in sintonia con la prassi consensuale. Sta di fatto che contratti, convenzioni e accordi hanno progressivamente ampliato il loro campo di operatività e oggi hanno dignità pari – e forse rilevanza superiore – a quella dei provvedimenti amministrativi unilaterali» (p. 354).

¹⁶ Occorre, peraltro, tenere ben presente che, per cambiare una realtà venuta consolidandosi in una tradizione secolare, la emanazione di una disciplina normativa non appare da sola sufficiente: quando un corpo burocratico è da sempre abituato ad agire in un certo modo, è assai difficile che una riforma legislativa di così rilevante impatto possa di per sé, e di colpo, mutare la 'cultura' della P.A., e cioè il suo modo di comportarsi nel quotidiano agire amministrativo.

¹⁷ Sembra esprimersi analogamente M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 375 ss. In modo non dissimile opina M. Clarich, *Manuale*, cit., p. 257.

¹⁸ La locuzione 'congegno' per spiegare il fenomeno è adoperata da G. Palma, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1996, p. 221.

¹⁹ Del resto, anche chi sostiene che l'«accordo amministrativo è un contratto» – lo fa autorevolmente G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 295 – riconosce che ad esso

In altre parole, l'accordo con il privato (ma pure quello fra due o più PP.AA.), anche quando rappresenti un'alternativa al provvedimento amministrativo tradizionale, non sembra in grado di alterare l'assetto teleologico del potere (e, dunque, la sua funzionalizzazione all'interesse pubblico). Ciò non di meno il provvedimento autoritativo/unilaterale della tradizione non costituisce necessariamente l'unico strumento di cui la P.A. dispone per realizzare l'interesse pubblico dalla legge affidato alla sua cura. Il che significa, per un verso, che al provvedimento si può pervenire anche attraverso un accordo e che questo può persino sostituirsi ad esso; ma significa pure, per altro verso, che la negoziabilità dell'esercizio del potere non ne muta l'assetto funzionale, la norma limitandosi ad introdurre uno strumento giuridico negoziale, che resta comunque, appunto, funzionalizzato²⁰.

3. Gli accordi fra P.A. e privati di cui all'art. 11, l. n. 241/1990, e la loro funzionalizzazione all'interesse pubblico: una speciale (e alternativa) modalità per realizzare la partecipazione al procedimento

La P.A., dunque, può concludere accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento, ovvero in sostituzione di questo. La prospettiva nel cui ambito va letto l'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241, è sancita dal suo co. 1, che indica, per definirla, le seguenti tre coordinate: *a*) gli accordi sono previsti nel quadro della partecipazione al procedimento; *b*) essi non possono essere stipulati in pregiudizio dei terzi; e *c*) devono comunque perseguire l'interesse pubblico. La disposizione, quindi, delinea un 'cono d'ombra' nel quale si deve necessariamente rimanere nella interpretazione del testo: non è possibile uscirne, perché altrimenti si eluderebbe il dettato della norma²¹.

«l'Amministrazione partecipa nell'esercizio di potestà e poteri amministrativi. La disciplina codicistica delle obbligazioni e contratti non si sostituisce a quella pubblicistica degli atti amministrativi, ma si aggiunge ad essa, con funzione complementare e integrativa. L'Amministrazione conserva, dunque, i parametri normativi ed il regime giuridico dell'esercizio del potere, sia in fase di formazione, sia in fase di esecuzione. Tuttavia con l'accordo l'Amministrazione esaurisce il suo potere discrezionale a circostanze immutate e il vincolo contrattuale, che ne deriva, non può essere superato se non per sopravvenute esigenze di interesse pubblico, nei limiti della legittimità e nel rispetto, comunque, dell'equilibrio economico originario».

²⁰ Anche secondo E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 583, «la indubbia accresciuta considerazione degli interessi dei privati, realizzata dalla recente normativa sul procedimento amministrativo, non pare in grado di eliminare il carattere di necessaria preordinazione alla cura di interessi pubblici dell'azione amministrativa e la unilateralità della disposizione in ordine agli stessi». In modo analogo si esprime M. Clarich, *Manuale*, cit., p. 255, ad avviso del quale «Il provvedimento espresso costituisce l'esito normale e più frequente del procedimento amministrativo», l'accordo, dunque, rappresentando «una modalità alternativa di conclusione del procedimento». L'A., poco avanti, sostiene che la negoziazione non fa venir meno la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico poiché «l'accordo ha per oggetto il contenuto discrezionale del provvedimento ed è finalizzato a ricercare un miglior temperamento tra l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione procedente e l'interesse del privato contrapposto al primo».

²¹ Ad avviso di E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 583: «Ogni volta in cui l'amministrazione voglia concordare con il privato l'esercizio del potere deve rispettare la disciplina di cui all'art. 11, l. n. 241/1990, anche se

È necessario allora analizzare singolarmente le affermazioni di questa. Anzitutto occorre considerare che gli accordi in parola si ‘muovono’, a dir così, nel ‘seno’ di un procedimento già avviato, perché possono essere conclusi «in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell’articolo 10»²². Si è, pertanto, pienamente inseriti in una logica procedimentale. L’art. 10 definisce il contenuto della partecipazione al procedimento, che consiste in ciò: nel diritto, da un lato, di «prendere visione degli atti del procedimento»; e, dall’altro, di «presentare memorie scritte e documenti», che la P.A. ha «l’obbligo di valutare».

Non v’è dubbio, allora, che l’affermazione di esordio dell’art. 11 collochi l’accordo nella prospettiva della partecipazione procedimentale: occorre non soltanto che sia già stato avviato un procedimento, ma anche che al suo interno si siano realizzate concrete ipotesi di rappresentazione degli interessi coinvolti dall’azione amministrativa²³. Questo elemento sembra da solo sufficiente a dimostrare che si è in una logica (benché negoziale, comunque) di respiro autoritativo, pur se l’accordo – come si vedrà subito a seguire – non deve necessariamente trasformarsi in un provvedimento, potendo essere anche sostitutivo di questo²⁴.

In altre parole, si deve tenere ben presente che si sta parlando di accordi di diritto pubblico, e non di contratti: l’interrogativo che bisogna porsi è se, ed eventualmente entro quali limiti, sia possibile utilizzare lo strumentario privatistico quando l’oggetto dell’accordo non sia disponibile, essendo stato dalla legge vincolato al perseguimento dell’interesse pubblico. Se l’oggetto non è disponibile, parrebbe doversi escludere la qualificazione di siffatti accordi come *contratti* di diritto pubblico, anche se – va detto – in dottrina si ritiene diversamente²⁵. Gli accordi, invero, non sono ‘costruiti’ come i

la prassi (oltre a confermare la scarsa propensione delle amministrazioni per l’uso degli accordi in luogo dei provvedimenti unilaterali) offre ancora numerosi esempi di convenzioni atipiche, sottratte alla garanzia di cui alla norma citata».

²² Con le parole di M. D’Alberti, *Lezioni*, cit., p. 375, «la disciplina degli accordi procedimentali apre al diritto privato, ma in realtà solo parzialmente: non a caso, l’accordo nasce nell’ambito di un procedimento amministrativo già avviato ed è strettamente legato a un provvedimento amministrativo, in funzione integrativa o sostitutiva».

²³ Nell’opinione di A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 448 ss., «la prestazione [del] consenso “non necessario” da parte del privato interviene all’interno di un procedimento amministrativo. Indipendentemente dal fatto che tale procedimento sia stato avviato già con l’obiettivo di ricercare il consenso, ovvero che tale possibilità sia emersa nel corso dello svolgimento dello stesso, la specifica collocazione della norma, e alcune specifiche disposizioni in essa contenute, non consentono di prescindere dalla presenza di un’attività procedimentalizzata – e, quindi, di un’istruttoria – di cui l’accordo costituisce una (possibile) modalità di conclusione. Peraltro, si tratta di un procedimento in cui l’amministrazione è comunque chiamata ad effettuare scelte e ad operare bilanciamenti e contemperamenti tra i diversi interessi in gioco [...]. In definitiva, ci troviamo dinanzi ad una fattispecie consensuale la quale presuppone che la prestazione del consenso sia meramente eventuale ai fini della produzione degli effetti giuridici; e che, proprio per questo, è calata all’interno di una logica “multipolare”, quale quella che si sviluppa all’interno di un procedimento amministrativo tipico e preordinato all’effettuazione di scelte e di bilanciamenti nell’esercizio di un potere discrezionale».

²⁴ Sembra essere dello stesso parere anche E. Casetta, *Manuale* cit., p. 581, il quale afferma che «L’accordo è strettamente legato al tema della partecipazione: esso può infatti essere concluso “in accoglimento di osservazioni e proposte” (art. 11, co. 1, l. n. 241/1990) (Fracchia)».

²⁵ Ad avviso di G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 146, ad esempio, «l’art. 11 per la prima volta in termini generali ammette la negoziabilità della potestà discrezionale e

contratti disciplinati dal Codice civile. Questi ultimi sono espressione del principio di autonomia negoziale, che implica la piena disponibilità dell'oggetto, del contenuto e del fine dell'atto²⁶.

Ciò non deve, tuttavia, necessariamente implicare la rigidità della forma nell'esercizio del potere: sembra cioè possibile accogliere una prospettiva negoziale, purché questa non stravolga lo schema nel quale ci si deve muovere, che è quello per cui l'interesse che va realizzato è sottratto alla disponibilità delle parti²⁷. Insomma, il co. 1

consente la conclusione di contratti aventi ad oggetto la funzione pubblica. E per il suo carattere, appunto, generale, oltre che per la disciplina altrettanto generale (ancorché sintetica) che esso contiene, si può ben dire che si tratta di quella norma-base, la cui mancanza nel passato ha costituito la principale ragione di disconoscimento dei contratti di diritto pubblico. Si potrebbe pertanto parlare di contratti di diritto pubblico, intesi come una specie del più ampio *genus* della figura contrattuale (comprendente nel suo ambito non solo il contratto *ex art.* 1321 c.c., ma anche categorie varie quali gli accordi internazionali, la vendita forzata e i contratti, appunto, di diritto pubblico). Tanto più se si considera che la categoria del contratto di diritto pubblico ("*soggetto in quanto tale alle norme di quest'ultimo*") è presupposta e riconosciuta persino dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

²⁶ Secondo F.G. Scoca, *Gli accordi*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., Parte 5, *Amministrazione consensuale*, p. 345 ss., «Per quanto riguarda i profili funzionali, un dato sembra pacifico. Gli accordi costituiscono una modalità di esercizio del potere amministrativo. [...] senza un procedimento ed un presupposto potere autoritativo attribuito dall'ordinamento all'amministrazione non può esservi alcun accordo *ex art.* 11. La *tipicità degli accordi* è, quindi, legata alla *tipicità del potere di provvedere*. Quanto premesso consente di definire la figura degli accordi amministrativi non solo in positivo, ma anche in negativo, escludendo che l'istituto degli accordi possa essere ricondotto in seno all'attività di diritto privato dell'amministrazione. È indubbio che l'amministrazione, salvo espresse eccezioni di diritto positivo, abbia piena capacità di diritto privato e possa assumere rapporti contrattuali, essendo in ciò soggetta al solo vincolo del perseguimento dei fini istituzionali. Nell'attività di diritto privato la parte pubblica si pone *necessariamente* su un piano paritetico con la parte privata, non potendo conseguire imperativamente ed unilateralmente la produzione degli effetti giuridici riguardanti terzi, difettando di un potere autoritativo. L'amministrazione può, ad esempio, acquistare beni, servizi e forniture ricorrendo a procedure ad evidenza pubblica, che richiedono, tuttavia, una necessaria definizione consensuale del rapporto. In questi casi, la mancanza del mutuo consenso tra amministrazione e privato impedisce radicalmente qualsivoglia produzione di effetti giuridici nella sfera del soggetto privato, potendo essere solo il contratto la fonte dei predetti effetti. Al contrario, gli accordi *ex art.* 11 trovano il loro presupposto legislativo e sistematico nel concreto *esercizio di un potere autoritativo*. Anche sul piano della disciplina positiva, la distinzione tra accordo e contratto di diritto privato appare evidente». Diversamente sembra opinare V. Cerulli Irelli, *Lineamenti* cit., p. 403, secondo il quale «Si deve ritenere che la norma abbia introdotto nel nostro ordinamento la figura, precedentemente negata, del *contratto* (o accordo) di *diritto pubblico*».

²⁷ F.G. Scoca, *Gli accordi*, cit., p. 350 ss., ricorda che «Un'obiezione all'ammissibilità degli accordi è stata fondata sulla negazione della possibilità per la pubblica amministrazione di negoziare l'interesse pubblico. L'enunciata obiezione può essere condivisa nei limiti in cui la negoziazione determini per l'amministrazione la rinuncia al perseguimento dell'interesse pubblico, ma non laddove ne fissi le modalità del perseguimento [...]. Il *perseguimento dell'interesse pubblico*, dunque, non solo caratterizza la disciplina, ma costituisce la *causa* stessa dell'accordo, determinando anche il regime pubblicistico della sua patologia. Condivisibilmente, secondo parte della dottrina, l'accordo trova giustificazione laddove le parti ottengano un'utilità ulteriore rispetto a quella che può essere fornita dal provvedimento terminale, e tale da poter essere conseguita solo uscendo dal provvedimento tipico e attribuendo alle parti stesse anche diritti soggettivi [...]. La contraddizione insita nella fusione tra potere amministrativo e autonomia privata è apparente, laddove essa si inserisca nell'ambito della partecipazione al procedimento. Quello degli accordi, infatti, [...] è un *istituto di partecipazione al procedimento*. Si tratta, in particolare, di un istituto che consente al privato di incidere, mediante la manifestazione dei propri interessi, non solo sulla formazione della decisione, ma anche sulla determinazione del contenuto della decisione medesima, codeterminando la definizione di un assetto di interessi vincolante sia per l'amministrazione, sia per l'interessato [...]. È stato osser-

obiettivamente circoscrive il rischio di disuguaglianza che sicuramente si sarebbe profilato laddove la norma avesse assegnato alla P.A. piena autonomia negoziale, riconoscendole cioè la possibilità di liberamente concludere accordi col privato, senza dover tenere in conto gli interessi di tutti i consociati²⁸.

Del resto, proseguendo nella disamina puntuale della disposizione, si trova che essa stabilisce che gli accordi vanno conclusi «senza pregiudizio dei diritti dei terzi». Ciò significa, con ogni evidenza, che essi non possono recare danni a terzi, e dunque, in buona sostanza, che nessun interesse può essere pretermesso *a priori*. Il che è ulteriore prova della dimensione pubblicistica degli accordi di cui all'art. 11. Ed invero, laddove un soggetto disponga di autonomia negoziale, ed in esercizio di questa stipuli un contratto, sarebbe del tutto coerente il perseguimento esclusivo degli interessi dei contraenti: se è propria della fisiologia del contratto la soddisfazione soltanto di questi, ne consegue che è perfettamente legittimo che esso non consideri gli interessi dei terzi²⁹. In altri termini, nella logica del mercato (diversamente da quella del potere amministrativo, funzionalizzato all'interesse pubblico) è pienamente legittimo praticare e promuovere la concorrenza fra i consociati senza doversi 'preoccupare' degli interessi facenti capo a coloro che non sono in grado di competere (e cioè alla stragrande maggioranza dei cittadini): anzi, è proprio fisiologico, in ciò risiedendo l'essenza, la ragion d'essere, della *lex mercatoria*³⁰.

La norma che si sta esaminando, viceversa, stabilisce che l'interesse dei terzi non può essere pregiudicato; dimostra una volta di più la sottrazione degli accordi alla li-

vato [...] che negli accordi amministrativi l'amministrazione non dispone dello scopo normativamente imposto, di cui essa è anzi garante, ma degli interessi coinvolti in funzione e in coerenza allo scopo dato».

²⁸ Sembrano di opinione non dissimile anche D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 354 ss.: «la proposta del privato di pervenire ad un accordo, che può considerarsi alla stregua di una proposta contrattuale (v. art. 1326 c.c.), deve seguire il regime delle "memorie scritte e documenti" che possono essere presentati dai soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento [...]. La rilevanza giuridica che ha l'ambientazione degli accordi nel procedimento sembra giustificare la deduzione che una loro conclusione al di fuori di esso potrebbe avere conseguenze sulla validità dell'accordo (e quindi, in caso di accordo integrativo, sulla legittimità del provvedimento che dovesse eventualmente seguire)».

²⁹ Come chiarisce F.G. Scoca, *Gli accordi*, cit., p. 359, «L'accordo, sebbene non possa produrre effetti giuridici diretti nella sfera dei terzi, può comunque pregiudicarne la posizione, accrescendo (o anche riducendo) la sfera giuridica del contraente [...]. Pertanto, il terzo titolare di una *situazione giuridicamente protetta* illegittimamente lesa dall'uso che l'amministrazione ha fatto del potere [...], vanterà una situazione di interesse legittimo avverso l'esercizio del potere amministrativo medesimo e potrà pertanto impugnare l'accordo davanti al giudice amministrativo». Sia pur in una prospettiva dissimile, anche ad avviso di A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 448 ss., «il riferimento normativo alla necessità di non pregiudicare i "diritti dei terzi" [...], evidentemente, non avrebbe alcun significato se ci si muovesse in un ambito contrattuale ove vige la regola dell'inidoneità del contratto a produrre "effetto rispetto ai terzi". E invece, poiché gli accordi si definiscono all'interno di una logica strutturalmente "multipolare", i terzi, da un lato, devono essere chiamati a prendere parte al procedimento se individuati o facilmente individuabili; dall'altro, sono legittimati ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo l'accordo che ha concluso il procedimento poiché esso ha comunque potuto incidere – più o meno direttamente – sulla loro sfera giuridica».

³⁰ M. D'Alberty, *Lezioni*, cit., p. 26 ss., osserva che «La globalizzazione economica, più in generale, ha comportato una riesplorazione della *lex mercatoria*, cioè di regole poste dalle stesse imprese – soprattutto multinazionali – ma ha avuto e ha bisogno di un'estesa regolazione pubblica e amministrativa. Gli Stati, pur avendo perso spazi di sovranità, continuano ad avere poteri cospicui».

bertà contrattuale, indiscutibilmente collocandoli, all'opposto, nella dimensione dell'esercizio discrezionale del potere amministrativo. Non è inutile in proposito precisare che i terzi di cui si parla sono tutti i soggetti coinvolti dall'esercizio del potere; vi rientrano, perciò, non soltanto coloro che si muovono a tutela di interessi individuali, ma anche i portatori di interessi collettivi: il che – viene di rilevare – richiama più la categoria della cittadinanza che quella della individualità.

Si può allora concludere che, se la P.A. intende pervenire alla soddisfazione dell'interesse pubblico specifico, invece che mediante il provvedimento unilaterale (il quale sovente richiede un laborioso *iter* procedimentale), mediante il più snello ed agevole strumento dell'accordo con il privato coinvolto, *nulla quaestio*. A condizione, però, che ciò non consenta di eludere l'obiettivo fondamentale, che non può essere la promozione e la tutela del mercato, giacché è la stessa norma ad affermare che l'accordo deve concludersi «in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse». La logica, dunque, resta quella della partecipazione al procedimento. D'altro canto – pur se, adoperando l'accordo, la P.A. agente può di fatto ottenere uno 'sveltimento' dell'azione –, nella interpretazione funzionale della norma si deve 'guardare' principalmente alla *garanzia*, e non alla *efficienza*³¹. In definitiva, la possibilità negoziale offerta alla P.A. dall'art. 11 è posta, in via preminente, in funzione della partecipazione, anche se al tempo stesso consegue un obiettivo di efficienza³². Sembra perciò che non sia da condividere l'opinione di quella parte della dottrina che 'legge' l'accordo come uno strumento funzionalizzato a quest'ultima.

La dominante prospettiva ermeneutica dell'art. 11, dunque, non può che essere quella della partecipazione, e cioè della democratizzazione del potere: nel suo svolgersi dinamico questo deve essere permeabile agli interessi, per integrare, completandolo, il disegno della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost., la quale non può più risolversi soltanto nell'esercizio del diritto di voto. Lo iato tra la fissazione in astratto dell'interesse pubblico (ad opera della legge) e l'esercizio in concreto del potere amministrativo (ad opera della P.A.), insomma, postula che anche tale esercizio venga sempre più democratizzato: ciò significa dover giuridicamente 'aprire' agli interessi il procedimento, che ne è la manifestazione formale.

Ebbene, siffatta istanza appare tutt'altro che incompatibile con l'uso di forme giuridiche consensuali (di ispirazione meno tradizionalmente 'amministrativistica'), purché queste restino contenute in modo da non stravolgere la sostanza cui sono serventi: il conseguimento dell'interesse pubblico fissato dalla legge³³.

³¹ Ed infatti l'art. 11 è collocato nel Capo III (intitolato, appunto, «Partecipazione al procedimento amministrativo»), e non nel Capo IV (intitolato, invece, «Semplificazione dell'azione amministrativa») della l. n. 241/1990.

³² Partecipazione ed efficienza, invero, sono entrambe coordinate del procedimento amministrativo, e di pari rilevanza: nell'interpretare una disposizione della legge, è possibile, sì, privilegiare l'una all'altra, ma non per una diversità assiologica fra esse – una corretta interpretazione delle norme della l. n. 241/1990 deve infatti sempre combinare garanzia e partecipazione, da un lato, ed efficienza e semplificazione, dall'altro –, bensì per la collocazione della disposizione entro l'uno o l'altro Capo.

³³ Secondo E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 580, «A differenza di quanto accade nelle fattispecie contrattuali, l'interesse affidato alla cura di una delle due parti – il soggetto pubblico – assume all'interno dell'accordo un ruolo del tutto differente rispetto a quello del privato [...]. In altri termini, il vincolo posto

Per completare la disamina del co. 1 occorre infine, sia pur brevemente, soffermarsi sulla duplicità di forma che, secondo la norma, l'accordo può assumere: possono concludersi sia accordi *integrativi* del provvedimento (altrimenti denominati *endo-procedimentali*)³⁴, sia accordi *sostitutivi* del provvedimento. All'esito della modifica introdotta dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, essendo stato eliminato l'inciso «nei casi previsti dalla legge» per gli accordi sostitutivi³⁵, si deve assumere che, diversamente da prima, entrambe le ipotesi di accordo con il privato siano stipulabili dalla P.A. in via parimenti fisiologica³⁶.

Ciò nondimeno, le garanzie disposte dalla legge restano anche nei confronti dell'accordo sostitutivo³⁷: esso può concludersi soltanto dentro (ed all'esito di) una vicenda pro-

all'amministrazione che deve mirare al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico si "traduce in un *regime giuridico* dell'atto" (Falcon). La validità (non solo dell'attività posta in essere in vista della stipulazione dell'atto finale ma anche) dell'accordo e la sua vincolatività sono subordinate alla compatibilità con l'interesse pubblico, il quale ne diviene così elemento definitorio (Fracchia)».

³⁴ Come spiegano D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 352, «Nel caso di "accordi integrativi" (o "endoprocedimentali"), il procedimento si conclude con un provvedimento unilaterale, il quale, però, non è il risultato di una decisione presa autonomamente dall'amministrazione pubblica; quest'ultima, in sostanza, si limita a recepire una decisione raggiunta mediante accordo con coloro che altrimenti avrebbero subito gli effetti di una decisione unilaterale». Secondo E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 582, «L'accordo integrativo è un accordo endoprocedimentale destinato a riversarsi nel provvedimento finale. Esso [...] fa sorgere un vincolo tra le parti: in particolare l'amministrazione è tenuta ad emanare un provvedimento corrispondente al tenore dell'accordo. In caso contrario, il giudice amministrativo potrà dichiarare l'obbligo di provvedere. Tuttavia [...], l'effetto finale è da riportare solo al provvedimento», che «non è revocabile, almeno per quella parte che corrisponde all'accordo, in ordine alla quale si può esercitare il potere di recesso». Analogamente si esprime V. Cerulli Irelli, *Lineamenti*, cit., p. 403 ss.

³⁵ A questo riguardo non è inutile precisare che nel testo originario la disposizione contemplava una significativa limitazione all'utilizzo degli accordi sostitutivi, il che, indubbiamente, costituiva un altro elemento di rafforzamento della lettura 'funzionalizzante' degli accordi. L'inciso «nei casi previsti dalla legge», infatti, imponeva di ritenere che questa non fosse una ipotesi prevista dalla legge in via generale, essa dovendo considerarsi, piuttosto, rimandata ad una ulteriore valutazione del Legislatore, chiamato ad esprimersi di volta in volta in maniera specifica. Insomma, mentre l'accordo integrativo era la regola generale, quello sostitutivo, invece, una sorta di eccezione: pur se la disposizione in esame ne prevedeva la tipologia, lo faceva solo in astratto, perché in concreto, per poter essere effettivamente stipulato, l'accordo sostitutivo avrebbe dovuto essere, tipo per tipo, espressamente previsto da una legge di settore.

³⁶ Sembra opinare in modo parzialmente diverso V. Cerulli Irelli, *Lineamenti*, cit., 2021, p. 404, secondo il quale «Successivamente alla modifica introdotta al citato art. 11 dalla l. 15/2005 [...], la conclusione negoziata del procedimento diviene modalità ordinaria della fase decisoria. In tal modo la norma, la cui applicazione, in ordine agli accordi sostitutivi (e integrativi) è stata scarsa, potrà acquistare ampia possibilità di applicazione sempre che le Amministrazioni saranno indotte a superare la costante difficoltà che hanno manifestato (si direbbe anzitutto per ragioni culturali) nell'utilizzo dello strumento negoziale».

³⁷ Come chiarisce F.G. Scoca, *Gli accordi*, cit., p. 348 ss., infatti, «L'art. 11 prevede e disciplina due tipi di accordo tra amministrazioni e privato: l'accordo procedimentale – denominato anche accordo *integrativo* – e quello *sostitutivo del provvedimento* [...]. L'aver conferito portata generale agli accordi sostitutivi corrisponde alla previsione del modello originario predisposto dalla Commissione Nigro, contrariamente a quanto suggerito nel parere del Consiglio di Stato e a quanto effettivamente contenuto nel testo di legge approvato nel 1990. L'*atipicità* ora riconosciuta agli accordi sostitutivi è, tuttavia, parziale. Si tratta, infatti, di *atipicità nell'an*, attinente alla sostituibilità del provvedimento con l'accordo, senza necessità di una espressa previsione legislativa. L'*accordo* – tanto quello sostitutivo, quanto quello integrativo – *resta tipico in quanto assorbe il carattere di tipicità del provvedimento corrispondente* [...]. Tratto comune tra le due specie di accordo è semmai l'*aspetto effettuale*, che si risolve, a ben vedere, nell'obbligo per entrambe le parti di *dare esecuzione a quanto pattuito*, dovendosi ritenere proprio il vincolo giuridico il tratto qualificante dell'istituto degli accordi, unitariamente inteso».

cedimentale («in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10»); e resta saldamente funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico.

4. *continua*: le prescrizioni della disposizione che confermano la loro vocazione teleologica

Particolare attenzione merita il co. 2, nel quale – dopo essersi stabilito che «debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti» – si prescrive che agli accordi «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili».

Anche questa statuizione – diversamente da quanto potrebbe apparire a prima vista – conforta la complessiva interpretazione data all'art. 11: in primo luogo, perché ad essere applicabili sono i «principi», e non le norme, «del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»; e poi, ma soprattutto, perché tali principi sono applicabili soltanto «in quanto compatibili»³⁸.

Ciò non può voler dire altro che, dovendo essere compatibili con il perseguimento dell'interesse pubblico, i «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti» sono applicabili soltanto se, e nella misura in cui, la utilizzazione della normativa codicistica non stravolge l'assetto funzionale dell'esercizio del potere³⁹.

Un altro elemento a sostegno della interpretazione che propende per la dimensione pienamente pubblicistica degli accordi è costituito dal co. 3 dell'art. 11, l'unico riferito esclusivamente agli accordi sostitutivi: esso dispone che questi «sono soggetti ai medesimi

³⁸ Nello stesso senso si esprime anche E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 581. Non proprio analoga, e certamente più articolata, è l'opinione di V. Cerulli Irelli, *Lineamenti*, cit., p. 407 ss.

³⁹ Ed invero, come spiega F.G. Scoca, *Gli accordi*, cit., p. 347 ss., «Mentre i contratti ad evidenza pubblica sono veri e propri contratti [...], gli accordi ex art. 11 non sono affatto disciplinati dall'insieme delle regole codicistiche [...]. Sebbene il riferimento ai "principi" sia suscettibile di interpretazioni non univoche, una cosa va esclusa con sicurezza, ovvero che la disciplina codicistica si applichi in tutta la sua estensione, in ogni sua regola. L'accordo si colloca esclusivamente in seno all'esercizio di un'attività che l'amministrazione svolge in veste di autorità e che, salvo appunto una definizione consensuale, ha quale esito l'emanazione di un provvedimento, con la produzione unilaterale da parte dell'amministrazione di effetti giuridici nella sfera altrui, a prescindere dal consenso del destinatario degli effetti medesimi. Negli accordi amministrativi è, infatti, il potere autoritativo che viene esercitato mediante atti bilaterali, laddove la volontà del privato non è necessaria per la confezione della fattispecie produttiva del precetto, o, se si preferisce, del regolamento di interessi. Gli accordi nascono, dunque, dalla *fusione di potere* (dell'amministrazione) e *autonomia privata* (del privato) e ciò ne caratterizza la natura [...]. In definitiva, nulla impedisce che gli accordi siano qualificati come contratti, ma la qualificazione, in presenza di una disciplina profondamente diversa e in relazione ad un oggetto del tutto particolare, quale è l'esercizio del potere pubblico, rischia di avere un rilievo meramente astratto, se non addirittura un valore soltanto terminologico». Secondo M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 374, «Sono chiare le differenze rispetto alla disciplina dei moduli contrattuali. Agli accordi si applicano i soli "principi" del codice civile sulle obbligazioni e i contratti, non già tutte le regole privatistiche proprie dei rapporti contrattuali, sia pure con le deroghe» previste. «E l'applicazione dei principi è subordinata alla condizione della "compatibilità": quei principi devono essere ritenuti compatibili con l'assetto dei rapporti tra amministrazione e amministrato e con il perseguimento degli interessi pubblici. Arbitro della compatibilità è il giudice amministrativo che diviene, secondo l'espressione francese, *maitre de sa jurisprudence*: può utilizzare il diritto privato, ma nei limiti che considera opportuni».

controlli previsti» per i provvedimenti. Il dettato normativo chiarisce in maniera inequivocabile che, quand'anche siano sostitutivi del provvedimento, gli accordi sono in via (sia pur non esclusiva, almeno) prevalente sottoposti al regime giuridico proprio di questo⁴⁰.

La ragion d'essere dei controlli, invero, è tipicamente pubblicistica, il che suona quale ennesima riprova che la negoziabilità di cui si sta parlando è ben diversa da quella propriamente civilistica, anche se, naturalmente, ne richiama lo spirito. Il limite generale della negoziazione nell'esercizio del potere sta nella ineludibilità del perseguimento dell'interesse pubblico: la P.A. può, sì, negoziare, ma solo allo scopo di rendere un miglior servizio al benessere della comunità.

E ciò vale per entrambi i tipi di accordi. La disposizione del co. 3 si riferisce solo a quelli sostitutivi, perché evidentemente per gli accordi endo-procedimentali il problema non si pone proprio: essi, infatti, si trasfondono in un provvedimento, sicché giuridicamente finiscono per 'sposare' in maniera fisiologica la 'vita' degli atti amministrativi, con tutte le garanzie che l'ordinamento prescrive affinché questi ultimi siano al servizio dell'interesse pubblico⁴¹.

Per quanto si è fin qui riferito, pare possibile affermare che il Legislatore non abbia in alcun modo 'ridotto' l'esercizio del potere amministrativo alla negoziazione civilistica. La definitiva conferma viene dal dettato dei commi 4 e 4-bis.

Giusta il co. 4, «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». È ben noto che il potere amministrativo è, per sua natura, inesauribile: anche nell'ipotesi di accordo il Legislatore ha inteso disciplinare, sia pur in maniera peculiare, la rivisitazione dell'esercizio del potere. Ora, non v'è ragione per sottrarre l'azione amministrativa condotta tramite accordi alla 'logica' che è propria dell'azione amministrativa in generale: il riesercizio del potere – o l'autotutela, che dir si voglia –, che significa operare sempre, in continuità, per ottenere il bene comune, vale anche con riferimento agli accordi. Tuttavia, la modalità consensuale dell'azione non può non influire sulla relativa disciplina. Ed infatti, in presenza di «sopravvenuti motivi di pubblico interesse», alla P.A. è consentito il recesso unilaterale dall'accordo, che costituisce uno strumento di autotutela che si aggiunge a quelli previsti in generale⁴².

⁴⁰ Sul punto si esprimono analogamente D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 356. Diversamente sembra opinare V. Cerulli Irelli, *Lineamenti*, cit., p. 407, ad avviso del quale la disposizione «comporta evidentemente [soltanto] che l'accordo pur perfezionato come fattispecie alla stipulazione dell'atto scritto (e la volontà negoziale delle parti private cristallizzata e irretrattabile) non acquista efficacia se non una volta superata la fase del controllo».

⁴¹ Del resto, come osserva G. Pericu, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione I: Le ipotesi ricostruttive. I modelli giuridici dell'attività consensuale*, in L. Mazzaroli e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., II, p. 283 ss., «Almeno apparentemente, può sembrare che l'utilizzazione degli strumenti del diritto privato consenta l'elusione dei meccanismi di controllo funzionale e di rispetto del principio di legalità (inteso in senso lato), che invece dovrebbero rappresentare un vincolo irrinunciabile dell'azione amministrativa. Per converso il diritto privato ha la duttilità propria dell'azione dei privati ed il suo impiego massimizza l'efficienza dell'azione amministrativa, rispetto ad un agire vincolato all'impiego dei soli poteri giuridici normativamente previsti».

⁴² Ad avviso di M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 374 ss., il «potere di recesso unilaterale dell'amministrazione nel pubblico interesse, previsto in via generale dalla legge sul procedimento», si configura come

Anche di primo acchito si può capire che la causa del recesso unilaterale è del tutto simile, se non proprio identica, a quella che giustifica la revoca. La sopravvenienza di motivi di interesse pubblico – lo si è chiarito – sta a segnalare la necessità di modificare l'assetto degli interessi 'cristallizzato' nel provvedimento originario, per renderlo conforme a come esso si presenta oggi. Analogamente accade per l'assetto degli interessi che è stato formalizzato nell'accordo.

Epperò, l'ordinamento, mentre prevede che, laddove la P.A. torni nel merito di un suo provvedimento, può adoperare lo strumento della revoca, dispone invece che, laddove essa abbia concluso, per realizzare l'interesse pubblico, un accordo con soggetti privati, restando comunque il suo potere inesauribile, può (tornando sui suoi passi) recedere dall'accordo: ma per farlo deve indennizzare il privato dei danni che, in ragione di ciò, questi abbia sopportato⁴³.

In definitiva, il recesso si diversifica dalla revoca essenzialmente perché opera con riguardo ad atti consensuali: e infatti, pur restandosi nell'ambito, non dell'autonomia negoziale di diritto civile, bensì dell'esercizio del potere, la norma comunque coniuga questo con la prospettiva negoziale, diventando perciò del tutto compatibile l'indennizzo per compensare il pregiudizio subito dal privato, del quale bisogna tutelare l'affidamento derivante dall'aver stipulato un accordo con la P.A. Lo strumentario civilistico, insomma, viene dalla legge, in un certo senso, 'modellato' sulle esigenze conseguenti alla ontologia dell'interesse pubblico⁴⁴.

Con il co. 4-*bis* invece (anch'esso introdotto dall'art. 7, l. n. 15/2005), la richiamata definitiva conferma della funzionalizzazione degli accordi deriva dal fatto che la loro stipulazione deve essere «preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento». Tale determinazione, infatti, è dalla norma prescritta esplicitamente a «garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa»⁴⁵.

«una potestà pubblicistica. È significativa la differenza rispetto alla facoltà dell'amministrazione pubblica di recedere da un contratto: tale facoltà è ammessa nei soli "casi previsti dalla legge o da contratto" (art. 21-sexies, legge n. 241/1990); è necessario, dunque, il consenso delle parti, ovvero una previsione esplicita e apposita di una norma specifica. È chiaro che il recesso unilaterale da contratto è assimilabile a un diritto potestativo di natura privatistica, mentre il recesso unilaterale da accordo è frutto, come si è detto, dell'esercizio di una potestà pubblicistica dell'amministrazione». Secondo E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 581 ss., «Il recesso dall'accordo corrisponde in parte alla revoca del provvedimento; nella misura in cui possa trovare applicazione l'art. 21-*quinquies*, l. 241/1990 appunto sulla revoca, detta norma potrebbe essere impiegata per il calcolo dell'indennizzo. Ai sensi dell'art. 11, il recesso è ammissibile soltanto "per sopravvenuti motivi di interesse pubblico", sicché si profila insufficiente, ai fini del legittimo recesso, una rinnovata – e differente, rispetto a quella originariamente effettuata – valutazione dell'interesse pubblico. A seguito della stipulazione dell'accordo scaturisce dunque un rafforzamento della situazione giuridica della parte privata rispetto a quella in cui essa verserebbe nell'ipotesi di azione unilaterale, caratterizzata da un più ampio potere di revoca. Il recesso incide, sciogliendoli, sui rapporti piuttosto che sugli atti (D'Alberi): l'atto originario non diviene illegittimo, ma illegittimo o inopportuno è la permanenza del rapporto da esso costituito». Non è analoga l'opinione di M. Clarich, *Manuale*, cit., p. 256, il quale ritiene che «Il potere di recesso è [...] riconducibile alla revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ex art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990. Ad esso si accompagna l'obbligo di liquidare un indennizzo per gli eventuali danni subiti dal privato (comma 4)».

⁴³ Alla stregua, del resto, di quanto l'art. 21-*quinquies* prescrive (diversamente dal passato) anche per la revoca.

⁴⁴ Sul punto si v. la condivisibile illustrazione del tema di V. Cerulli Irelli, *Lineamenti*, cit., p. 409 ss.

⁴⁵ Come sostengono D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 355, «Con

Resta infine da riferire dell'assegnazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di accordi⁴⁶. È chiaro che questa ben si spiega con la loro natura: pubblicistica sì, ma comunque risultante dalla 'combinazione', a dir così, della discrezionalità amministrativa con il principio di autonomia negoziale, il che naturalmente genera difficoltà nel tracciare la linea di distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi, che della giurisdizione esclusiva – come è noto – costituisce la vera e propria ragion d'essere.

Epilogando, anche alla luce dell'esame delle singole disposizioni dell'art. 11, è possibile concludere che esso si colloca nella prospettiva – se si vuole – 'tradizionale' della funzione amministrativa evocata dal co. 1. Militano indiscutibilmente in tal senso: la predisposizione, da parte del responsabile del procedimento, del «calendario di incontri» ai quali invitare, non solo il destinatario del provvedimento, ma anche gli «eventuali controinteressati» (co. 1-*bis*); la clausola («in quanto compatibili») che circoscrive l'applicabilità dei principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti (co. 2); la sottoposizione degli accordi sostitutivi al regime dei controlli normalmente previsto per i provvedimenti (co. 3); la disponibilità anche successiva, da parte della P.A., dell'oggetto dell'accordo col privato, sulla base di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico, disponibilità che può sfociare nel recesso unilaterale dall'accordo (co. 4); la previa determinazione dell'organo competente sull'opportunità della stipula (co. 4-*bis*); e, infine, la riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative agli accordi (la previsione dell'originario co. 5, oggi trasfusa nel C.P.A.)⁴⁷.

l'atto in questione (la "determinazione") si intende palesemente realizzare la "evidenza pubblica", rendendo conoscibile e valutabile da chiunque l'intento di contrattare dell'amministrazione». Analogamente ritiene F.G. Scoca, *Gli accordi*, cit., p. 352 ss.: «La disposizione, oltre ad esplicitare una regola di condotta per l'amministrazione, già implicita, e attinente alla valutazione della proposta del privato alla luce dell'interesse pubblico, conferma la natura pubblicistica della fase di formazione degli accordi. Questi sono il risultato di valutazioni discrezionali e sono alternativi (in tutto o in parte) al provvedimento unilaterale [...]. L'amministrazione deve *valutare e motivare*, alla stregua dell'interesse pubblico, non solo la *scelta di stipulare l'accordo*, come ora prevede il comma 4-*bis*, ma anche *quella di rifiutare la proposta avanzata dal privato* [...]. D'altra parte, laddove l'amministrazione, dopo aver raggiunto l'intesa con il privato, non adotti la determinazione e non proceda alla stipula, dovrà certamente riconoscersi al (mancato) contraente privato la possibilità di attivare un sindacato di legittimità sull'inerzia o sul rifiuto dell'amministrazione medesima – ancor più incisivo di quello riconosciuto al mero istante –, nonché di conseguire l'eventuale esecuzione coattiva della stipula».

⁴⁶ Sebbene, infatti, il Codice del processo amministrativo (approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, d'ora in poi C.P.A.) abbia abrogato il co. 5 dell'art. 11, l'abrogazione non ha eliminato la relativa prescrizione, questa rientrando oggi nella più generale definizione dell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo compiuta in maniera organica dal C.P.A. (all'art. 133). Come spiega V. Cerulli Irelli, *Lineamenti*, cit., p. 406, «Risulta dunque completamente superata la precedente impostazione del sistema positivo, che in assenza di specifiche diverse previsioni normative, necessariamente riconduceva alla giurisdizione ordinaria la cognizione di qualsiasi modulo negoziale seguito dall'Amministrazione (assunto nell'ambito di un procedimento e quindi nell'esercizio di un potere amministrativo o viceversa senz'altro nell'ambito della capacità di diritto comune)».

⁴⁷ Secondo A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 444 ss., «appare evidente che, nonostante la varietà delle ricostruzioni prospettate nel corso del tempo, la norma viene a delineare una disciplina giuridica comunque "diversa" da quella che caratterizza i contratti di diritto privato. Operano in tal senso molteplici dati testuali, prim'ancora che sistematici: la sottoposizione dell'accordo sostitutivo "ai medesimi controlli" del provvedimento sostituito; la previsione di un potere generale di scioglimento

Tutti questi appaiono come chiari sintomi dell'avvertita consapevolezza, da parte del Legislatore, della necessità di procedere, sì, all'indispensabile adeguamento dell'azione amministrativa alla realtà della società complessa contemporanea, senza però che ciò debba necessariamente implicare il sovvertimento dell'impianto istituzionale tradizionale, secondo cui l'ordinamento assegna alla P.A. il compito di determinare in concreto l'interesse pubblico specifico fissato in astratto dalla legge. L'analisi ragionata delle disposizioni normative, insomma, impone di inferire da esse che – nonostante parte della dottrina propenda per la loro riconduzione nel novero degli strumenti civili-stici veri e propri – gli accordi fra P.A. e privati rientrano pienamente nella 'dimensione' pubblicistica: nessuno infatti può negare che il dettato della legge disponga, in maniera inequivoca, che essi sono strumentali alla partecipazione al procedimento amministrativo finalizzata alla co-determinazione in concreto dell'interesse pubblico specifico fra la P.A. e i soggetti portatori degli interessi con questo interagenti⁴⁸.

5. Gli accordi fra diverse PP.AA. tra finalità regolativa e finalità provvedimentale

Oltre agli accordi con il privato appena esaminati, la l. n. 241/1990 disciplina anche – lo si è già ricordato – quelli fra PP.AA. L'art. 15 (che – diversamente dall'art. 11 – si colloca nel Capo IV della legge intitolato alla 'semplificazione') dispone anzitutto, al co. 1, che le PP.AA. «possono sempre concludere tra loro accordi», in particolare allo scopo di «disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune», altrimenti dovendo impegnarsi in una conferenza di servizi (il cui esito positivo, di fatto, sortisce in un accordo): l'incipit della disposizione, infatti, recita «Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14», il quale disciplina appunto le conferenze.

unilaterale "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse"; l'estensione della giurisdizione amministrativa sulle vicende esecutive del rapporto; e, naturalmente, la previsione che affida allo stesso giudice amministrativo il compito di effettuare il giudizio di compatibilità sull'applicazione dei "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti": tale ultimo profilo, in particolare, viene a contraddire le stesse esigenze di certezza, di stabilità, nonché di stretta tipizzazione delle deroghe legislative, necessariamente sottese all'utilizzo di uno strumento negoziale, anche nel settore pubblico. In ragione di tutti questi indici normativi, quindi, non paiono esservi dubbi sul fatto che ci troviamo dinanzi ad una disciplina che, pur essendo inserita in una chiara logica negoziale, introduce un regime non pienamente riconducibile a quel "diritto privato" evocato dall'art. 1, co. 1-bis e, quindi, ad esso necessariamente "alternativo" in virtù di una specifica disposizione di legge».

⁴⁸ Sembra pertanto doversi pienamente condividere l'opinione di G. Palma, *Itinerari di diritto amministrativo*, cit., p. 221 ss., secondo il quale «Nella specie non sembra, infatti, che ricorra, in chiave dommatica, la figura del contratto, di comune circolazione nel diritto dei privati, né tampoco di contratto *sic et simpliciter*; nell'ipotesi che qui interessa si svela all'occhio attento, perlomeno così sembra, non tanto il ricorso al contratto, quanto piuttosto ad un congegno, ad un modulo organizzativo di assestamento degli interessi pubblici e privati, simile a quello contrattuale, il quale per altro imporrebbe ad intravedere nella specie la contrapposizione dialettica di due sfere di autonomia negoziale. Invece, ove attentamente si mediti, nessuna autonomia negoziale sembra emergere dal lato della pubblica Amministrazione, la quale, per destino istituzionale, è tenuta comunque a percorrere lo specifico itinerario procedimentale di esplicazione del potere azionato».

Il co. 2, poi, prevede che «Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3»⁴⁹.

Senza voler indugiare sull'istituto della conferenza, non si può non richiamarne la precipua vocazione funzionale, giacché ciò è indispensabile al fine di comprendere l'ambito di applicazione delineato dall'art. 15 per gli accordi fra PP.AA., visto che, secondo la disposizione, tali accordi possono aversi «al di fuori delle ipotesi» in cui viene indetta la conferenza di servizi⁵⁰.

In altre parole, l'area della, a dir così, 'interlocuzione' fra più PP.AA. può avere ad oggetto – *oltre che* la determinazione in concreto dell'interesse pubblico specifico esitante ad un procedimento amministrativo complesso, così da costringere i soggetti in esso coinvolti a 'sedersi intorno ad un tavolo' in modo da consentire, tramite la conferenza, una crasi dei suoi tempi – *anche* la definizione delle competenze che l'ordinamento attribuisce loro, laddove si tratti di *regolare* attività comuni.

La ragione della circoscrizione dell'ambito di applicazione degli accordi in parola, dunque, sembra risiedere nella specifica funzione che devono assolvere, funzione che, al tempo stesso, costituisce anche l'oggetto sul quale essi possono essere conclusi: sono assumibili – così espressamente stabilisce la norma – «per *disciplinare* lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune». Si presentano, insomma, come veri e propri accordi 'normativi', giacché al verbo evidenziato non può attribuirsi altro significato: *disciplinare* vuol dire, appunto, *regolare*.

Se, dunque, oggetto degli accordi di cui all'art. 15 è la definizione delle competenze (si tratta cioè di accordi che le PP.AA. sottoscrivono per ridefinire le regole concernenti le proprie competenze, laddove queste riguardino attività da svolgere «in collaborazione»)⁵¹, non si può non ritenere che operano tanto sulla funzione quanto sulla struttu-

⁴⁹ Nell'illustrare il fenomeno degli «accordi tra Amministrazioni pubbliche per un miglior svolgimento dei loro compiti istituzionali», G. Pericu, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, cit., II, p. 288 ss., afferma: «Il frammentarsi nello Stato moderno delle funzioni e dei servizi pubblici e la loro conseguente attribuzione a soggetti pubblici distinti e, nel contempo, l'ineludibile esigenza di garantire alle collettività interessate, tramite gli enti che le rappresentano, una presenza effettiva nell'assunzione delle decisioni amministrative che le riguardano hanno determinato la necessità di un sempre più accentuato coordinamento, obiettivo che può sicuramente essere soddisfatto anche mediante accordi tra i soggetti pubblici di volta in volta coinvolti».

⁵⁰ Insomma, sia pur in estrema sintesi, occorre ricordare a qual fine la legge ha previsto l'istituto, altrimenti non riuscendosi a cogliere appieno in quali casi sia possibile praticare il disposto dell'art. 15. La conferenza di servizi viene concepita dal Legislatore al precipuo scopo di 'accorciare' i tempi di un procedimento, riunendo 'intorno ad un tavolo' i soggetti (amministrativi e non) in esso chiamati ad esprimersi (dalla legge di settore che lo regola), in modo da pervenire alla decisione finale superando la fisiologica sequenzialità dei vari atti endoprocedimentali che la legge prevede per la manifestazione delle competenze dei diversi organi coinvolti, al fine di determinare l'interesse pubblico concreto nel provvedimento. Sovente, invero, leggi di settore prevedono che nel procedimento vada acquisito il parere di un organo consultivo esterno alla struttura della P.A. agente (ovvero intese, concerti, nulla-osta, ecc.). La l. n. 241/1990, che – come è ben noto – accanto alla *garanzia di partecipazione* all'esercizio del potere (originaria causa ispiratrice della sua *ratio*), pose l'esigenza di *efficienza degli apparati amministrativi*, nel contemplare modelli più 'elastici', in grado di rispondere alle incessanti trasformazioni ed alla conseguente crescente complessità della realtà, introduce anche lo strumento della 'conferenza di servizi', concepita allo scopo di migliorare, in termini di rapidità, la formazione della volontà amministrativa in ciascuna fattispecie concreta.

⁵¹ Ciò evidentemente non è nell'accordo con il privato di cui all'art. 11: in questo non si tratta di ridefi-

ra della P.A. In altre parole, influenzano sia l'azione (il versante funzionale) sia l'organizzazione (il versante strutturale) amministrative, e perciò, essendo capaci di modificare l'assetto regolativo – non solo funzionale (l'esercizio procedimentale della funzione), ma anche strutturale (le relazioni interorganiche ed intersoggettive, sulle quali sono capaci d'incidere) – delle PP.AA. che li sottoscrivono, vanno qualificati come 'normativi'.

6. Riepilogo delle tipologie di esercizio negoziale del potere amministrativo

Alla luce di quanto si è chiarito, dunque, bisogna ritenere che i due tipi di accordo, col privato e fra PP.AA., presentano una diversa natura. Potrebbe, sì, sostenersi che si è in presenza di un unico *genus*, nel seno del quale è possibile distinguere due grandi *species*; ma, con ogni evidenza, l'elemento determinativo del *genus*, quello che accomunerebbe le due *species*, sarebbe dato semplicemente dal fatto che in entrambi i casi si tratta di un atto negoziato.

Tuttavia, per le ragioni esposte (e pur riconoscendo la piena opinabilità dell'assunto), sembra preferibile propendere per la esistenza – più che di due *species* di un unico *genus*, il cui solo elemento qualificativo sarebbe la parola 'accordo' (a significare il fatto che indiscutibilmente si perviene ad una determinazione comune) – di due distinti *genus* di accordi: quelli tra la P.A. ed i privati, e quelli tra diverse PP.AA.

I loro rispettivi oggetto e funzione (oltre ai soggetti che lo sottoscrivono, naturalmente) consentono di affermare, con una buona dose di sicurezza, che al di là del nome hanno assai poco in comune: in effetti, quello con i privati è un accordo sottoscritto in vista, esclusivamente, della realizzazione della *funzione* amministrativa; quello tra diverse PP.AA., invece, è un accordo che influisce (seppur non esclusivamente) prevalentemente sulla *struttura* della P.A.

Con specifico riguardo alla seconda tipologia, volendo delineare schematicamente il quadro complessivo delle possibilità riconosciute alle PP.AA. quando queste si trovino ad interagire fra loro, esso potrebbe rappresentarsi con un insieme più generale, costituito dal *genus* 'accordi fra pubbliche amministrazioni', nel cui ambito è dato riconoscere due sottoinsiemi, due *species* segnate da una diversa natura giuridica dell'accordo: di soluzione procedimentale, o di fonte normativa. Il primo di questi sottoinsiemi appare, a sua volta, scomponibile in altri sottosottoinsiemi, a seconda che si versi in una delle ipotesi di *conferenza di servizi* previste dall'art. 14, l. n. 241/1990⁵²; oppure

nire la competenza, che resta indiscussa e indiscutibile (e, anzi, è proprio perché non v'è disponibilità dell'oggetto – l'interesse pubblico restando di dominio esclusivo dell'autorità amministrativa, seppure nelle forme di esercizio partecipato del potere – che, con riferimento all'accordo con il privato, non si può parlare di autonomia negoziale). Nell'accordo tra due o più PP.AA., invece, l'oggetto, pur essendo certamente pubblico, è in qualche modo nella disponibilità delle autorità negozianti: si tratta infatti di 'combinare' le loro rispettive competenze laddove si trovino coinvolte, per previsioni normative diverse, nell'esercitare potere su una medesima fattispecie.

⁵² Ed invero, la conferenza può essere indetta quando lo si «ritenga opportuno per effettuare un esame

si versi nella ipotesi dell'*accordo di programma*, contemplata dall'art. 34, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante «*Testo Unico degli Enti Locali*» (ma, originariamente, dall'art. 27, l. 8 giugno 1990, n. 142, recante «*Ordinamento delle autonomie locali*») ⁵³. Il secondo, invece, corrisponde agli accordi 'regolativi' di cui all'art. 15, l. n. 241/1990 ⁵⁴.

Riepilogando in sintesi, ad una qualsiasi P.A. (in quanto tale, perciò, titolare di un interesse pubblico legislativamente fissato) la legge offre due *chances*.

Essa può scegliere di andare all'incontro con altre PP.AA. per la ridefinizione dell'interesse pubblico – laddove si trovi in presenza di fattispecie contrassegnate dalla intersecazione fra interessi facenti capo a diversi soggetti amministrativi (col limite che essi debbano essere dotati di capacità esponenziale nei confronti di detti interessi) comunque in qualche misura competenti nelle fattispecie contrassegnate da «attività di interesse comune» –, utilizzando lo strumento dell'accordo di cui all'art. 15, l. n. 241/1990. In tal caso l'accordo deve assimilarsi ad una vera e propria fonte giuridica, perché caratterizzato dalla capacità di regolazione del potere, e perciò di *determinazione* (e non di *esplicazione*) della funzione.

Più limitatamente la P.A. può, invece, indire una conferenza di servizi (che sfoci, o no, in un accordo): *a*) quando la scansione formale del procedimento sia priva di un'articolazione formalizzata di altri interessi pubblici, ma l'autorità procedente abbia comunque rilevato la opportunità di confrontarsi all'unisono con i soggetti titolari di quelli compresenti nella fattispecie concreta sulla quale essa ha competenza a provvedere, allo scopo di «effettuare un esame contestuale» di detti interessi; *b*) quando, viceversa, la scansione procedimentale preveda, già nella legge di settore, «pareri, intese, concerti, nulla osta», ecc. (art. 14, co. 2); *c*) quando, infine, l'autorità amministrativa (ma in questo caso solo se essa sia esponenziale di un ente territoriale) voglia «verifica-

contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati», anche se ciò era, per così dire, 'sfuggito' alla regolazione legislativa di settore (art. 14, co. 1); oppure per superare rallentamenti procedurali dovuti alla necessità di rispettare i 'passaggi' successivi formalmente previsti da questa («quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla-osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni», art. 14, co. 2).

⁵³ In questa ipotesi la conferenza viene indetta al fine di «verificare la possibilità di concordare l'accordo di programma» da parte di Regioni, Province o Comuni, i quali, per «la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento», trovandosi a dover agire in maniera «integrata e coordinata», decidano di promuovere «la conclusione di un accordo di programma» (art. 34, co. 1 e 3, TUEL).

⁵⁴ Il fondamento storico-istituzionale, e perciò anche la prevalente rilevanza funzionale, degli istituti dell'accordo di programma e della conferenza di servizi segnano la netta differenza fra questi e gli accordi di cui all'art. 15, l. n. 241/1990. Sembra diversamente opinare V. Cerulli Irelli, *Lineamenti*, cit., p. 413, il quale ritiene doversi collocare gli accordi di programma fra gli accordi di cui all'art. 15: «La principale figura legislativamente prevista di questi accordi tra Amministrazioni [...] è il c.d. accordo di programma». Analogamente pare esprimersi E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 584, «Gli accordi tra amministrazioni sono impiegati come strumenti per concordare lo svolgimento di attività in comune in un contesto in cui la frammentazione dei poteri richiede costantemente misure di raccordo e di semplificazione. Non a caso, la norma che stabilisce il potere di concludere accordi tra le amministrazioni è inserita nel capo relativo alla semplificazione procedimentale, a differenza di quella di cui all'art. 11, l. 241/1990, facente parte del capo sulla partecipazione al procedimento amministrativo. Si tratta dell'art. 15, l. 241/1990, il quale [...] prevede in generale che le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

re la possibilità di concordare l'accordo di programma»⁵⁵. In tutti tali casi la conferenza (e l'eventuale accordo che ne potrebbe scaturire) esprime una nuova – più efficace e rapida – modalità procedimentale, comunque finalizzata, però, alla 'mera' *esplicazione* di una funzione, e dunque di un potere, la cui *determinazione* è oggetto della previsione di una fonte giuridica che non è in discussione.

In definitiva, mentre nel caso di cui all'art. 15 ci si trova in presenza di una disposizione legislativa che considera la necessità, in alcune situazioni coinvolgenti interessi la cui titolarità spetta insieme a differenti soggetti amministrativi (situazioni nella società complessa contemporanea assai frequenti), di procedere in modo collaborativo ad una nuova *identificazione* dell'interesse pubblico (e cioè a ridefinirne la *identità*), e dunque delle modalità stesse di esplicazione del potere e della funzione. Negli altri casi si tratta, invece, entro più ristretti confini (ma non meno significativamente nella società complessa), di ridurre i tempi di un procedimento volto alla sola *entificazione* dell'interesse pubblico (e cioè a definire, nell'esercizio di discrezionalità amministrativa, la materiale, appunto, *entità*, di questo), l'impianto genetico del quale, peraltro, è stato già identificato da una fonte giuridica: in altre parole, si tratta di costringere alla 'contemporaneità' l'esercizio di una parte della funzione amministrativa che, nella legge di settore, si trova di regola scandita in più momenti formali disposti in successione temporale.

7. La vera e propria attività di diritto civile della P.A. e l'evidenza pubblica

Ben diverso da quello della negoziabilità dell'esercizio del potere, e cioè della capacità di stipulare accordi di diritto pubblico, è il tema della capacità di diritto civile che l'ordinamento riconosce alla P.A. Questa, pressoché da sempre, può agire adoperando, oltre allo strumentario che le è proprio (quello tipicamente amministrativistico), quello tipicamente privatistico, ciò rientrando nel capitolo che per consolidata tradizione va sotto il nome di 'attività di diritto civile della P.A.', oggi in gran parte disciplinata dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (più di recente modificato e integrato dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, di conversione del d.l. 31 maggio 2021, n. 77), recante il «*Codice dei contratti pubblici*»⁵⁶. Ma anche qui v'è una parte dell'azione che si manifesta quale espressione di potere.

Si tratta allora di richiamare nuovamente la differenza fra *discrezionalità* ed *autonomia negoziale*, dovendosi velocemente ragionare: sul rapporto che le lega in relazione all'attività contrattuale della P.A.; sulle circostanze in presenza delle quali essa può ricorrere all'uso dei contratti; sui limiti entro i quali può farlo; e sulle garanzie di diritto pubblico stabilite dall'ordinamento per l'uso di tali strumenti da parte della P.A., la stipula dovendo essere in ogni caso preceduta dall'esercizio di un potere amministrativo.

⁵⁵ Sebbene l'art. 34 del TUEL non adoperi la stessa locuzione, e parli, bensì, più genericamente, di «una conferenza».

⁵⁶ Sul Codice, fra le tante, si v., da ultimo, le riflessioni critiche di A. Massera, F. Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2021, 2, p. 587 ss.

Nemmeno si può, peraltro, tralasciare del tutto il profilo delle regole che presiedono alla stipula ed alla esecuzione del contratto, e quello, infine, delle conseguenze giuridiche sul contratto determinate dal riesercizio del potere (ovvero dalla decisione del giudice amministrativo) che esiti nella caducazione del provvedimento di aggiudicazione.

Discrezionalità ed autonomia negoziale. Come è pacifico, la cura dei compiti assegnati alla P.A. dall'ordinamento si può svolgere sia mediante attività materiali (la erogazione di prestazioni), sia mediante atti giuridici. Questi ultimi possono essere tanto di diritto pubblico quanto di diritto privato, giacché il bene comune è conseguibile anche attraverso il secondo⁵⁷.

A meno di non voler seguire acriticamente un credo ideologico (che legittimamente ciascuno è libero di professare), il conseguimento del bene comune non necessariamente passa per (ovvero implica) la nozione giuridica di interesse pubblico: il bene comune si può realizzare anche mediante l'attività di diritto civile della P.A., che in se stessa (non è funzionalizzata, e cioè) non esprime l'esercizio di un potere⁵⁸. Viceversa, l'interesse pubblico in senso tecnico non può essere perseguito altrimenti che nelle forme giuridiche proprie del diritto amministrativo⁵⁹.

In ciò sta la differenza fra autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa: mentre la prima si fonda sulla libertà dei contraenti in ordine all'oggetto, al contenuto e al fine del negozio che intendono stipulare, la seconda si caratterizza per la predeterminazione, ad opera della legge, di tali elementi costitutivi dell'atto amministrativo, e segnatamente della finalità, l'interesse pubblico specifico. Ad ogni modo, stante il principio di legalità, è la fonte che ne disciplina l'attività a stabilire quali siano le modalità che la P.A. deve assumere nella sua azione. E, almeno di regola, il diritto positivo dispone che, anche nelle ipotesi in cui prevede che la P.A. possa ricorrere allo strumento civilistico, l'azione giuridica di questa debba sempre contemplare una fase preliminare da svolgersi secondo i dettami pubblicistici⁶⁰.

Del resto, pur versandosi in quelle circostanze in cui il ruolo dell'interesse pubblico è dalla fonte limitato alla fase preliminare, l'azione della P.A. è comunque chiamata a svolgere un compito pubblico, sebbene ciò si realizzi, per una parte consistente, secondo le modalità giuridiche tipiche del diritto comune. Ed è di tutta evidenza che, essendo ciascuna P.A. dotata di personalità giuridica, ad ognuna di esse non può non essere dall'ordinamento riconosciuta in via generale la capacità (giuridica e di agire) che è

⁵⁷ Cfr. A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 734 ss., secondo il quale «è da ritenere che siano negozi di diritto civile anche quelli che la dottrina tradizionale suole configurare come contratti “di diritto pubblico”, se ed in quanto ad essi sia da riconoscere effettivamente natura contrattuale» (p. 735).

⁵⁸ Secondo M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 377, «non c'è dubbio che la sfera del diritto comune ha assunto proporzioni inimmaginabili un secolo fa. Le regole privatistiche sono divenute pienamente compatibili con il perseguimento dei fini pubblici».

⁵⁹ Non sembra pienamente coincidente l'opinione di G. Corso, *Manuale*, cit., p. 431, secondo il quale «Interessi pubblici possono essere curati anche con strumenti di diritto privato [...]». Che l'interesse pubblico possa essere perseguito attraverso strumenti di diritto privato costituisce oggi un principio costituzionale. La Costituzione [...] indica come doverosi certi compiti pubblici (e li qualifica quindi come interessi pubblici) – sanità, istruzione, previdenza, assistenza, etc. – ma riconosce nello stesso tempo ai privati la libertà o il diritto di perseguirli. In questo modo ammette che interessi pubblici possano essere soddisfatti da soggetti privati, e quindi con strumenti di diritto privato».

⁶⁰ In proposito si v. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti*, cit., p. 249 ss.

propria di una qualunque persona giuridica (fatte salve, naturalmente, le eventuali disposizioni specifiche di segno contrario)⁶¹.

In buona sostanza, ciò sta a significare che, come su qualunque altra persona giuridica, anche su una P.A. possono gravare obbligazioni, le quali vengono talora definite – ma, a ben vedere, impropriamente – ‘obbligazioni pubbliche’⁶².

La cd. ‘evidenza pubblica’. Ogni P.A., dunque, può stipulare contratti. Nel farlo essa segue, per gran parte ma non totalmente, le regole del diritto civile, giacché se, per un verso, dispone della capacità giuridica e di agire propria di una qualunque persona giuridica; per altro verso, non può non garantire il conseguimento del bene comune, il che impone di circoscrivere ad un ambito limitato, essenzialmente quello della stipulazione e della esecuzione del contratto, l’applicabilità del principio di parità fra le parti contraenti, restandone esclusa, perciò, la fase precedente⁶³.

In altre parole, la P.A. ben può (e addirittura, forse, deve) stipulare contratti laddove necessiti di conseguire un introito (ad esempio, vendendo o dando in locazione un bene che è nella sua appartenenza: i cc.dd. *contratti attivi*), ovvero di acquisire beni o servizi

⁶¹ Sul punto si v. le parole chiarissime di A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 735 ss. Analogamente si esprime G. Corso, *Manuale*, cit., p. 432 ss., secondo cui «La persona giuridica pubblica è, innanzitutto, persona giuridica: soggetto dell’ordinamento generale munito della capacità di agire che è propria di tutte le persone giuridiche, ossia della stessa capacità di agire della persona fisica, con l’esclusione di quei poteri, di quei diritti e di quelle situazioni giuridiche che postulano la fisicità della persona [...]. L’ente pubblico è titolare delle sole competenze amministrative che la legge ad esso conferisce (principio di legalità); mentre dispone di tutti i poteri privatistici che sono propri delle persone giuridiche, salvi quelli che la legge espressamente esclude». L’A. conclude che «il ricorso allo strumento privatistico o allo strumento pubblicistico, da parte delle pubbliche amministrazioni, dipende anche dalle circostanze, dal clima culturale, dalle tendenze prevalenti nell’ordinamento, dal pendolo sempre oscillante fra pubblico e privato. In misura maggiore o minore le pubbliche amministrazioni si avvalgono del diritto privato sia per svolgere le attività *finali* che per svolgere le attività *strumentali*».

⁶² In proposito, infatti, E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 591 ss., così afferma: «Con riferimento alle obbligazioni a carico dell’amministrazione [...], si parla talora in dottrina di *obbligazioni pubbliche*. Tale accezione appare però ambigua, atteso che le obbligazioni, comunque sorte, sono sottoposte alla disciplina privatistica». L’A., a seguire, precisa che «Il termine “obbligazioni pubbliche” può dunque essere impiegato soltanto a fini descrittivi, per indicare cioè la natura pubblica del soggetto alle quali si riferiscono: esse gravano infatti su enti pubblici». Sembra esprimersi analogamente M. D’Alberti, *Lezioni*, cit., p. 357, ad avviso del quale «In alcune ipotesi, i moduli contrattuali adoperati dalla P.A. «possono avere un oggetto pubblico, come avviene nel caso delle concessioni di beni pubblici o di servizi pubblici. Il fatto che siano contratti ad oggetto pubblico non significa però che siano contratti di diritto pubblico. L’oggetto è pubblico poiché è indisponibile per i privati (si pensi al bene demaniale), ma la disciplina del contratto è fatta delle regole privatistiche del codice civile, con alcune deroghe. In ogni caso, dunque, ci si trova in presenza di contratti di diritto privato speciale, con graduazioni diverse della specialità».

⁶³ Come spiega E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 593, «Gli enti pubblici godono della capacità giuridica di diritto privato e, dunque, [...] possono utilizzare gli strumenti di diritto comune – e, quindi, pure il contratto – per svolgere la propria azione e per conseguire i propri fini. In particolare, l’amministrazione ha la capacità giuridica di stipulare contratti di diritto privato, fatte salve le eccezioni stabilite dalla legge; essa, però, può agire utilizzando gli strumenti privatistici soltanto nei casi in cui vi sia attinenza con le finalità pubbliche (si pensi al caso dell’acquisto da parte di un ente che cura interessi ambientali di un macchinario che non ha alcuna utilità per i compiti dell’ente medesimo). L’attività contrattuale, che è uno degli strumenti più diffusi mediante i quali l’amministrazione persegue interessi pubblici, è disciplinata in primo luogo dal diritto privato, ma è altresì sottoposta a regole di diritto amministrativo». Analogamente si esprime M. Immordino, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., Parte 5, *Amministrazione consensuale*, p. 360 ss.

(ad esempio, comprando o prendendo in locazione un bene che è nell'altrui appartenenza: i cc.dd. *contratti passivi*)⁶⁴, seppur secondo una procedura complessa, perché articolata in almeno due grandi fasi, l'una fino alla stipula e l'altra dopo di essa, sotto il prevalente dominio, rispettivamente, del diritto amministrativo e del diritto civile.

Come è risaputo, la richiamata esigenza pubblicistica, che va sotto il nome di *evidenza pubblica*, segnala, appunto, quelle procedure che la P.A. è tenuta a seguire, al fine di garantire il rispetto dell'interesse pubblico specifico⁶⁵ (sovente consistente anche in quello alla tutela della concorrenza⁶⁶), nella fase che, per gran parte, precede (di regola) la stipula del contratto⁶⁷.

A dire il vero, l'ambito di applicazione della evidenza pubblica non è da intendersi rigidamente: come fa osservare autorevole dottrina, infatti, per un verso, può ben darsi che nella fase preliminare alla stipula (in prevalenza sotto l'egida del diritto amministrativo) si manifestino momenti ispirati all'autonomia negoziale; per altro verso, seppur in maniera marginale, nella fase successiva alla stipula (in prevalenza sotto l'egida del diritto civile) sussistono aspetti di chiara matrice pubblicistica (quali sono, ad esempio, i controlli concernenti l'esecuzione e la estinzione del contratto)⁶⁸.

La scelta del contraente. La fase che precede la stipula di ogni contratto della P.A. – oggi anche quella che nei provvedimenti di concessione caratterizza la scelta del concessionario, che anticipa il contratto-disciplinare regolante il rapporto concessorio⁶⁹ –, in quanto pubblicistica è disciplinata in maniera tale che venga garantito il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (*ex art. 97 Cost.*). La procedura ha inizio con un atto amministrativo mediante il quale la P.A. assume la cd. 'determinazione a contrattare'⁷⁰, evidentemente esplicitando le ragioni di interesse pubblico che motivano la decisione, conformemente ai precetti contenuti nei relativi

⁶⁴ Sulla distinzione si v. A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 740 ss.

⁶⁵ Cfr. al riguardo le considerazioni chiarificatrici di M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 357 ss.

⁶⁶ Come evidenzia M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 358 ss., «Con l'avvento del diritto comunitario si è assistito ad una trasformazione della *ratio* della disciplina dell'evidenza pubblica: soprattutto a partire dagli anni Ottanta del Novecento, infatti, ha iniziato a farsi strada l'idea che la normativa in materia di appalti pubblici concernente la procedura di scelta del contraente dovesse essere diretta a tutelare anche la *libera concorrenza tra imprese* aspiranti al contratto operanti all'interno dei paesi membri. Non più, quindi, una normativa nazionale volta a tutelare soltanto l'interesse finanziario dei singoli Stati, ma una normativa comune ai diversi Stati membri della Comunità finalizzata anche e soprattutto alla costruzione di un *mercato aperto e concorrenziale*» (i corsivi sono di chi scrive).

⁶⁷ In proposito si esprime analogamente M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione II: I contratti dello Stato e degli enti territoriali tra principi di contabilità pubblica ed esigenze di armonizzazione comunitaria*, in L. Mazzaroli e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., II, pp. 328 ss., 333. Pur se non perfettamente coincidente, sembra analoga la spiegazione del fenomeno 'evidenza pubblica' offerta da M. Immordino, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 361 ss.

⁶⁸ Le affermazioni trovano conferma nell'insegnamento di M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, cit., II, p. 363 ss.

⁶⁹ Al riguardo non è inutile ricordare la recente Cons. St., Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 18, secondo cui le norme nazionali che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative «sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione».

⁷⁰ Cfr. E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 615.

capitolati⁷¹, ed individuando le modalità di scelta degli operatori economici e delle offerte (artt. 32, co. 2, *Codice dei contratti pubblici*, e 192, TUEL).

A seguire la P.A. deve manifestare la volontà di servirsi del mercato emanando un bando di gara⁷² con il quale invita i soggetti interessati a partecipare alla procedura competitiva⁷³. Il *Codice dei contratti pubblici* in attuazione delle direttive U.E., prevede due criteri di aggiudicazione: quello del *prezzo più basso*, basato su una valutazione di mera convenienza economica, e quello della *offerta economicamente più vantaggiosa*, basato, invece, sulla valutazione anche di altri aspetti, di carattere qualitativo⁷⁴.

Quanto alle modalità di scelta del contraente, oltre alla circoscritta possibilità di procedere mediante affidamento diretto⁷⁵, il Codice individua le seguenti: la procedura aperta e la procedura ristretta⁷⁶; la procedura competitiva con negoziazione (art. 62, co. 1); la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (art. 63, co. 1) il dialogo competitivo⁷⁷ e il partenariato per l'innovazione (art. 65, co. 1).

Aggiudicazione della gara. Stipula, approvazione, controllo ed esecuzione del contratto. Quanto all'aggiudicazione, l'organo competente «secondo l'ordinamento della stazione appaltante» approva la relativa proposta «nel rispetto dei termini» previsti

⁷¹ Sui capitolati (o capitoli d'oneri), e sulla loro controversa natura giuridica (non si può comunque escludere che siano da considerarsi come una importante fonte integrativa della disciplina dei contratti della P.A.), si v., fra i tanti: M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, cit., II, p. 357; A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 741 ss.; M. Immordino, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., p. 365; M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione II: I contratti dello Stato e degli enti territoriali*, cit., p. 338.

⁷² Sul bando di gara si v. M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, cit., II, p. 384 ss.; nonché M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 365 ss. Il bando, che costituisce la *lex specialis* della gara, non è tuttavia generalmente riconosciuto quale atto normativo, sebbene l'opinione non sembri integralmente condivisibile (in proposito sia consentito rinviare a G. Clemente di San Luca, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, Jovene, 2003, *passim*).

⁷³ Come si è ricordato, oggi anche le concessioni, di regola, sono conferite all'esito di una gara. M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 371, spiega che «La disciplina delle concessioni, prima assai scarna, trova ora una sua maggiore consistenza. Assume rilievo, in particolare, la tutela della concorrenza. È un fatto positivo, perché le concessioni sono state sempre veri e propri nemici della libera concorrenza: spesso conferite senza gara; con riconoscimento di diritti esclusivi ai concessionari; di lunga o lunghissima durata; con attribuzione ai concessionari di poteri pubblici rilevanti; con la possibilità per i concessionari di appaltare lavori o servizi in larga misura senza procedure competitive».

⁷⁴ Sul punto si v. M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 369 ss.

⁷⁵ Ad esempio, giusta l'art. 32, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, «nella procedura di cui all'art. 36, co. 2, lettera a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti» (va ricordato, peraltro, che – giusta l'art. 51, d.l. n. 77/2021 – il disposto dell'art. 36, co. 2, è fino al 30 giugno 2023 derogabile).

⁷⁶ La procedura aperta e la procedura ristretta in linea di massima corrispondono, rispettivamente, all'asta pubblica e alla licitazione privata, entrambe previste dalle tradizionali norme di contabilità pubblica. In proposito si v. E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 616, e G. Corso, *Manuale*, cit., p. 439.

⁷⁷ Tale modalità, mutuata dall'ordinamento europeo, non trova corrispondenza nella storia della legislazione italiana di contabilità pubblica, e, forse anche per questo, sembra non incontrare grande successo nella pratica: l'art. 3, co. 1, lett. vvv, Codice dei contratti pubblici, prevede che nel dialogo competitivo «la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura».

dall'ordinamento in parola, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione» (art. 33, co. 1, *Codice dei contratti*). La «eventuale approvazione del contratto stipulato» – la quale «è sottoposta ai controlli previsti dai rispettivi ordinamenti delle stazioni appaltanti» – «avviene nel rispetto dei termini e secondo procedure analoghe a quelle di cui al comma 1» (co. 2). In base a quanto dispone, invece, l'art. 32, co. 6, «L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta» dell'aggiudicatario, essa diventando «efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti» (co. 7).

Una volta che l'aggiudicazione sia divenuta efficace, «e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve aver luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario» (art. 32, co. 8). D'altra parte, «Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione» (co. 9)⁷⁸.

Relativamente alla efficacia del contratto stipulato, essa com'è ovvio viene subordinata all'«esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti» (art. 32, co. 12). Va ricordato, infine, che la esecuzione del contratto – la quale, giusta l'art. 32, co. 13, «può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8»⁷⁹ – segue in via prevalente la disciplina civilistica. Anche nella fase di esecuzione, peraltro, possono ricorrere momenti in cui si manifestano esigenze di tipo pubblicistico⁸⁰.

Le conseguenze del riesercizio del potere nella evidenza pubblica e gli effetti dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione sul contratto stipulato con il privato. Resta da spiegare se, ed eventualmente in che misura, il riesercizio del potere amministrativo – anch'esso, nell'attività di diritto civile, intersecandosi con l'autonomia negoziale – interferisca sui contratti stipulati dalla P.A. (fermo restando, evidentemente, che i contratti in parola si possono 'estinguere' secondo la disciplina del Codice civile, o, comunque, secondo quel che stabilisce lo stesso contratto: così come, forse un po' pleonasticamente, dispone l'art. 21-sexies, l. n. 241/1990, ai sensi del quale «Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto»).

Non v'è dubbio, infatti, che, trattandosi di provvedimenti amministrativi, gli atti che precedono la stipula sono annullabili, in sede di autotutela, per la inesauribilità della cura dell'interesse pubblico che sottende e giustifica ogni potere amministrativo⁸¹.

⁷⁸ Sul punto cfr. M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., p. 363.

⁷⁹ Sull'approvazione si v. M. Immordino, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 382.

⁸⁰ Una volta divenuto efficace, il contratto – come chiarisce M. Immordino, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 382 – «può essere eseguito nel rispetto delle regole di diritto comune, data la sua natura privatistica».

⁸¹ Diversamente opina A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 429, secondo cui «una volta conclusasi la procedura negoziale – durante la quale, peraltro, non sono stati esercitati poteri discrezionali in senso stretto – non dovrebbe esservi più spazio per porre in essere interventi in autotutela incidenti sul regime amministrativo presupposto, posto che quest'ultimo ha esaurito la propria funzione nel momento in cui ha garantito la trasparenza e ha assicurato la giustiziabilità della scelta da parte dei concor-

Naturalmente, una siffatta indiscutibile esigenza – data la particolarità del caso, che vede implicata l'autonomia negoziale del contraente privato, il quale perciò non può essere considerato alla stregua di semplice destinatario di un provvedimento amministrativo – deve essere necessariamente combinata con il principio di tutela dell'affidamento che garantisce il contraente privato risultato aggiudicatario della gara. Ciò impone alla P.A. uno speciale rigore nell'esplicitare le ragioni che giustificano il provvedimento di secondo grado, formalmente nel corpo della motivazione dell'atto⁸².

Bisogna ora interrogarsi sugli effetti dell'annullamento di uno dei provvedimenti che precedono, e in buona sostanza fondano, il contratto, e segnatamente, in particolare, quello di aggiudicazione, e ciò a prescindere dal fatto che l'annullamento sia stato decretato in sede di riesercizio del potere, amministrativa giustiziale, o giurisdizionale amministrativa. In altre parole, bisogna domandarsi quale sorte tocchi al contratto una volta che sia stato annullato il provvedimento di aggiudicazione. E la risposta non può essere altra che, in linea di massima, l'annullamento del provvedimento 'travolge' il contratto, pregiudicandone la validità e mettendone a rischio il perdurare della efficacia.

A questo proposito, invero, si deve ricordare che l'art. 121, co. 1, C.P.A., stabilisce che, nei quattro casi esplicitamente individuati, «Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto», e che, nel farlo, deve precisare, «in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva».

Ciò nondimeno il co. 2 della stessa disposizione precisa che «Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti»⁸³.

renti: e la decisione sulla validità del contratto e sulla eventuale incidenza dei vizi intervenuti nella fase propedeutica è affidata al giudice del contratto e, solo eccezionalmente, al giudice amministrativo, nei limiti dei presupposti stabiliti dalla legge». Nella opinione dell'A., «la fase propedeutica alla stipula del contratto – nonostante sia sottoposta ad un regime amministrativo – è comunque funzionale a garantire il miglior esercizio dell'autonomia negoziale da parte dei pubblici poteri all'interno delle dinamiche di mercato, nel rispetto dei limiti legislativi e degli altri obblighi imposti dall'ordinamento. Anche per questo, l'applicazione del regime amministrativo deve essere limitata ad assicurare le specifiche esigenze di trasparenza e di tutela dei terzi e, comunque, non deve costituire il presupposto (o l'occasione) né per assicurare uno spazio di controllo funzionale sull'intera operazione negoziale, né per assicurare un perpetuo "condizionamento" della fase pubblicistica su quella privatistica: una volta stipulato il negozio, infatti, si esaurisce la stessa *ratio* sottesa all'adozione dello statuto pubblicistico, dovendo le vicende del rapporto seguire necessariamente i principi, le regole e soprattutto la logica del diritto privato».

⁸² M. Immordino, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 384, rammenta che «Gli atti del procedimento di formazione del consenso, in quanto provvedimenti, possono altresì essere sospesi o annullati dal giudice amministrativo». L'A., subito a seguire, tiene a precisare che «La giurisprudenza riconosce l'esistenza di posizioni di interesse legittimo anche in capo ai soggetti partecipanti alla gara informale che precede solitamente la trattativa privata».

⁸³ Nella giurisprudenza amministrativa sembra configurarsi come maggioritario l'orientamento per il quale, «Dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva comunitaria 2007/66/CE, ora trasfuse negli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezio-

Si pone poi una ulteriore questione: da chi possa essere esperita una eventuale azione di annullamento del contratto dinanzi al giudice ordinario. Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza civile, la titolarità di siffatta azione spetta soltanto alla P.A., solo questa potendo vantare in proposito un interesse giuridicamente rilevante. A ben riflettere, però, le cose non sembrano stare esattamente così, giacché – come appare di tutta evidenza – anche i concorrenti esclusi illegittimamente, ovvero risultati illegittimamente perdenti nella aggiudicazione della gara, presentano un interesse meritevole di tutela, laddove, ottenuto l'annullamento del provvedimento che li ha pregiudicati, non possano vedersi compiutamente soddisfatti nel caso che l'illegittimo aggiudicatario concluda indenne la esecuzione del contratto, senza cioè che questo venga in alcun modo intaccato dall'annullamento del provvedimento che lo giustifica⁸⁴.

Resta da dire, in conclusione, della questione concernente la giurisdizione competente a conoscere delle controversie insorgenti nel campo dell'attività di diritto civile della P.A., relativamente sia agli atti di ritiro dei provvedimenti che precedono il contratto, sia a quest'ultimo. Nell'avvertire che in materia gli orientamenti della dottrina e – quel che più conta – della giurisprudenza, sono in continua e costante evoluzione, e perciò tutto fuorché pacificamente univoci, è necessario ricordare, in estrema sintesi, che, in via di principio, il discrimine fra giurisdizione del giudice ordinario e giurisdizione del giudice amministrativo si basa sulla differenza della natura della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa, che riflette la differenza della natura degli atti oggetto della controversia, e quindi la diversa fase in cui questi si collocano: quella – per gran parte, preliminare – della evidenza pubblica, e quella – per gran parte, successiva – della stipula ed esecuzione del contratto.

Secondo l'art. 133, co. 1, lett. e), C.P.A., peraltro, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie: «1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; 2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo

nalmente (anche nei casi di violazioni più gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti». In altre parole, in difetto della dichiarazione di inefficacia del contratto da parte del G.A. «il contratto deve ritenersi valido ed efficace pur in presenza di annullamento dell'aggiudicazione» (così Cons. St., III, 14 ottobre 2011, n. 5544).

⁸⁴ Sulla scorta di tale dubbio si è affacciata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato la tesi secondo cui, una volta annullato il provvedimento di aggiudicazione, la sorte del contratto sarebbe sempre segnata, esso dovendosi considerare automaticamente caducato. Sulla questione, però, si è avuta una ulteriore evoluzione per effetto della previsione di cui agli artt. 121 e 122, c.p.a.

133, commi 3 e 4, dello stesso decreto»⁸⁵. Restano, dunque, alla competenza del giudice ordinario soltanto le controversie in cui si faccia questione puramente di responsabilità contrattuale.

8. Osservazioni conclusive: la compatibilità della 'attitudine' negoziale della P.A. con l'esercizio del potere fra superamento dei pregiudizi ideologici e rischio di (o inclinazione a) soggiacervi

All'esito dell'analisi compiuta sembra potersi conclusivamente osservare che l'*attitudine* negoziale della P.A. costituisce indiscutibilmente la prevalente *tendenza* della legislazione, nazionale ed europea, indicando al tempo stesso la sempre più spiccata *propensione* all'utilizzo di modalità consensuali nelle varie azioni amministrative, al principale scopo di soddisfare obiettive esigenze di 'efficientizzazione'⁸⁶.

Tali tendenza e propensione, tuttavia, devono inevitabilmente coniugarsi con la necessaria compatibilità dell'attitudine negoziale – sia pur in modo diverso a seconda che si manifesti nel perimetro degli accordi di diritto pubblico, o in quello dell'attività contrattuale della P.A. – con il conseguimento dell'interesse pubblico, cui è ontologicamente funzionalizzato l'esercizio del potere⁸⁷.

⁸⁵ Ovviamente, il rinvio normativo è oggi da intendersi riferito al d.lgs. n. 50/2016, che ha sostituito il d.lgs. n. 163/2006.

⁸⁶ Le riassume efficacemente A. Moliterni, *Amministrazione consensuale*, cit., p. 478, secondo il quale «tali esigenze sono state rinvenute nella necessità di evitare lo sperpero di pubblico denaro, nella tutela della concorrenza, nonché nella necessità di garantire alcuni margini di flessibilità nell'esecuzione del rapporto negoziale, anche per assicurare un rafforzamento dei controlli sulle controparti private».

⁸⁷ Certo, è possibile – come riferisce G. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., p. 534 ss. – che «un organismo straordinario nato per fronteggiare un'emergenza in deroga a tutti gli assetti esistenti, e immerso in un amplissimo (anche se non completo) vuoto istituzionale e normativo, in modo da agire il più liberamente possibile senza essere condizionato da schemi e partiture preesistenti, [abbia] potuto trovare la sua strada e definire un modello di azione incentrato sulla ricerca del costante attrito con i fatti e del dialogo con tutti gli attori competenti a interloquire, in modo da assicurare, anche attraverso la sperimentazione di tecniche d'avanguardia, la ponderata considerazione e trattazione di tutti i profili e valori fondamentali in gioco». Tuttavia, appare francamente improponibile che si possa istituire un organismo del genere fuori dalla assoluta eccezionalità della vicenda (la ricostruzione del crollato ponte di Genova) che ne ha favorito la genesi. Può anche sembrare «ozioso spendere energie per sezionare il modello in esame tra ciò che è pubblico e ciò che è privato, o mettere a punto una ipotetica scala di misurazione dell'ordine di importanza dei due comparti, apparendo probabilmente più interessante capire come la necessità, svincolata da tutte le sovrastrutture ideologiche e concettuali, induca alla scoperta di evolutive combinazioni delle figure esistenti rivelando opportunità nuove e non immaginabili di impiego delle stesse». Ciò nondimeno, è sì auspicabile che, «a fronte dell'inesistenza nel mondo reale di zone non contaminate dalla pressione e dall'intreccio di interessi rivali», non ci si nasconda «dietro immaginari confini o ragionando di improbabili primati», disponendosi invece «nella condizione più ragionevole per intervenire», allo scopo di porsi nella quale occorre «piuttosto affinare il coraggio di immergersi senza esitazione nelle pozzanghere esistenziali che costellano il nostro cammino e sporcarsi le mani con la nuda realtà dei fatti che costituiscono i problemi» in modo tale da «forgiare gli strumenti adatti a migliorare la nostra condizione». Purché tutto ciò si faccia in maniera tale che gli effetti ridondino beneficamente nella vita reale della stragrande maggioranza dei cittadini-utenti, e non garantiscano soltanto la *fair competition* fra i produttori, la leale competizione a difesa degli esclusivi interessi di questi ultimi.

Del resto, non sembra da sottovalutare che il processo storico nel quale s'inscrive la crescente 'apertura', per così dire, verso la consensualità dell'agire pubblico è connotata in via principale dallo scopo, non di negare o superare l'autorità, bensì di democratizzarla in maniera progressivamente compiuta. In altre parole, quella che qui si è inteso denominare 'attitudine' negoziale si presenta come una delle strade (non la sola) da percorrere per rendere la P.A. sempre più permeabile rispetto ai bisogni reali della società, senza però che ciò comporti uno snaturamento tale da alterarne il tratto genetico: il suo DNA – la indubitabile funzionalizzazione all'interesse pubblico –, insomma, resta, non può che restare, intangibile⁸⁸.

Occorre perciò non smettere di rammentare che il progressivo ampliamento del ricorso alla concorrenza quale principio ispiratore e paradigmatico dell'attività negoziale mai può 'tradire' la teleologia ultima dell'azione pubblica (che ci si riferisca agli atti autoritativi epifania indiscussa di esercizio del potere, ovvero alla stipula di contratti in senso tecnico cui però è inevitabilmente sempre preordinata una fase pubblicistica, è irrilevante)⁸⁹. La leale competizione fra i produttori privati di beni e servizi di interesse pubblico, invero, deve essere comunque praticata (non nel solo ed esclusivo interesse di questi, bensì) in maniera strumentale al conseguimento del bene comune⁹⁰. La tutela della concorrenza, cioè, che pur costituisce un obiettivo virtuoso e meritevole d'esser perseguito in sé, ed ormai da tempo formalmente codificato⁹¹, con riguardo all'azione amministrativa non può

⁸⁸ È vero – come osserva G. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., p. 550 ss. – che «In un ambiente regolatorio sempre più caratterizzato dalla compresenza di frammenti disciplinari diversi, parlare di funzionalizzazione o finalizzazione dell'attività, per quanto possa servire talvolta “per giustificare alcune forme di specificità” [...], non può anche divenire un espediente argomentativo per assicurare una larvata forma di pubblicizzazione delle tecniche di cura degli interessi a soddisfazione necessaria [come l'A., adoperando il lessico di G. Rossi, denomina gli interessi pubblici], potendo significare solo mettere l'accento sulla tensione che caratterizza il modo (professionale e responsabile) di porsi dell'amministrazione verso la scoperta e selezione delle scelte ritenute necessarie per risolvere i problemi sul tappeto. Senza che ciò ridondi anche nell'evocazione di una dotazione di strumenti decisori univocamente connotati dal punto di vista dogmatico e capaci di condizionare *ex ante* e guidare in termini contenutistici l'azione amministrativa fino al suo esaurimento». Epperò, nemmeno sembra accettabile l'esatto contrario, e cioè consegnarsi integralmente – con una buona dose di ideologica, se non proprio fideistica, fiducia – all'assunzione di strumenti rigorosamente negoziali.

⁸⁹ Al riguardo M. D'Alberty, *Lezioni*, cit., p. 26, osserva che «Il nesso fra diritto amministrativo e mercati non diminuisce neppure nell'ultimo decennio del XX secolo, pur caratterizzato da un accentuato neoliberalismo economico. Le liberalizzazioni di vari settori economici – che riducono o eliminano alcune misure pubbliche incidenti sulle imprese, come le concessioni o le autorizzazioni amministrative, ed erodono posizioni di monopolio – non comportano affatto la fine della regolazione pubblica: ad esempio, le misure pubbliche cosiddette asimmetriche assumono un ruolo fondamentale per stabilire obblighi a carico delle imprese ex monopoliste a favore delle nuove entranti, a garanzia effettiva della concorrenza» (il corsivo è di chi scrive).

⁹⁰ M. D'Alberty, *Lezioni*, cit., p. 358 ss., nell'avvertire che «il settore degli appalti pubblici riveste un'importanza economica notevole, rappresentando una quota consistente del prodotto interno lordo medio degli Stati dell'Unione europea», sostiene che, «trattandosi di una fetta così rilevante della spesa pubblica dei vari paesi, è indispensabile garantire una concorrenza effettiva a livello europeo per promuovere l'efficienza, il contenimento dei costi e l'innovazione. In questa prospettiva, quindi, la normativa comunitaria in materia di appalti intende garantire a tutti gli operatori economici interessati la possibilità di partecipare alle gare in condizioni di parità con le imprese dello Stato in cui l'appalto è bandito» (i corsivi sono di chi scrive).

⁹¹ Lo stesso Codice dei contratti pubblici, infatti, prevede che le disposizioni in esso contenute «sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto» (art. 2, co. 1, corsivo di chi scrive).

mancare di ottenere la fornitura di beni e servizi in qualità migliore ed a costi inferiori per i cittadini-utenti: l'interesse pubblico da perseguire sta nel garantire a tutti i cittadini – segnatamente alla stragrande maggioranza di essi, e non ai più forti e capaci – alcune utilità che strutturano la loro condizione di appartenenza alla comunità di riferimento.

Insomma, nel caso della produzione di beni e servizi di pubblica utilità, la morfologia giuridica dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza assume chiaramente una connotazione *strumentale* e non *finale*, a questo proposito risultando di importanza non secondaria la questione della verifica della effettiva capacità di soddisfare in maniera efficace i bisogni dei cittadini-utenti in relazione a tre indefettibili parametri: la qualità, i costi e la relativa 'semplicità' di lettura del quadro regolativo di riferimento.

Resta quindi fondamentale la finalità, il mezzo adoperato per conseguirla non potendo ritenersi del tutto indifferente. Non è affatto scontato, invero, che uno strumento nato per realizzare interessi privati risulti sempre perfettamente fungibile nel perseguimento dell'interesse pubblico⁹²: se l'utilizzo degli strumenti privatistici consente di compromettere il perseguimento dell'interesse pubblico, è necessario trovare 'accorgimenti' che siano in grado di adattarli, così da evitare che la natura dello strumento prenda il sopravvento, lasciando di fatto declinare la finalità da pubblica a privata⁹³.

Il nitido sbilanciamento in atto per l'attitudine negoziale – anche nella trattazione manualistica –, a dire il vero, appare non di rado derivante da un pregiudizio ideologico inverso rispetto a quello della tradizione⁹⁴: in favore non più del privilegio (ingiustifi-

⁹² Se infatti è innegabile quanto rileva G. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., p. 548, e cioè che l'«interesse pubblico non può essere più rappresentato quale astratta e quasi mitologica forma di ipostatizzazione di determinati assetti organizzativi del potere pubblico, come tale capace di tradursi in tecniche necessariamente speciali e autoritative di trattazione dei rapporti soggettivi», e che esso debba essere «oggettivamente colto come risultante concreta del confronto tra fatti e bisogni/esigenze vitali che si svolge nel corso del procedimento amministrativo, e che si attinge attraverso il combinato e dosato utilizzo di istituti e tecniche differenti». Tuttavia, appare altresì difficilmente controvertibile che mai bisogna sottovalutare il rischio – segnalato in premessa – che l'utilizzo degli strumenti nati per soddisfare finalità private, per un miglior conseguimento dell'interesse pubblico, finisca poi per fuorviarne l'effettivo perseguimento.

⁹³ Non sembra dello stesso avviso A. Moliterni, *Amministrazione consensuale*, cit., p. 483 ss., secondo il quale la prospettiva del diritto privato «concepito come *diritto comune* di tutti i rapporti giuridici fondati sul consenso – anche qualora coinvolgano la pubblica amministrazione» non è tale da «negare la specificità della funzione, anche costituzionale, ricoperta dall'amministrazione nell'ordinamento, ma consente di dare adeguato rilievo e valore alla “neutralità” tecnica degli strumenti a cui la stessa può ricorrere per il miglior perseguimento degli interessi pubblici che le sono affidati» (p. 485). Secondo G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 297, invece, «bisogna ribadire con fermezza che non è affatto vero che una disciplina integralmente privatistica sia per ciò solo più “democratica” e tuteli maggiormente la posizione del contraente privato. Affermazioni generali (e generiche) di tal fatta sono, infatti, non solo atecniche, ma anche necessariamente erronee, perché trascurano di considerare che tutto dipende da come sia costruita – a livello normativo e nella applicazione pratica – la singola fattispecie. E così, per fare solo un esempio, val la pena di ricordare che l'esercizio di un diritto potestativo (il recesso ex art. 1373 c.c., lo *ius variandi*, come previsto negli appalti di lavori pubblici, ecc.) è uno strumento ben più autoritario e autoritativo di un corrispondente provvedimento unilaterale: perché di fronte al primo – se effettivamente esistente – non vi sono strumenti di tutela, né posizioni soggettive da far valere, diverse dalla pura e semplice soggezione».

⁹⁴ Lo stesso A. Moliterni, *Amministrazione consensuale*, cit., p. 480, auspica e in un certo senso preconizza – ovviamente in termini di politica del diritto, e non di scienza giuridica – «*de iure condendo*, l'utilità di specifici interventi legislativi finalizzati a rimuovere o a modificare alcune previsioni che, oltre a non essere giustificate dal punto di vista delle concrete esigenze della funzione amministrativa, continuano a costituire un ostacolo alla piena applicazione del diritto privato e, soprattutto, sono foriere di notevoli incer-

cato) per il soggetto pubblico, bensì del privilegio (altrettanto ingiustificato) per il mercato e le sue regole, implacabili nel garantire i più abili e potenti, piuttosto che i meno periti e deboli⁹⁵.

Si tratta di leggere, di volta in volta, il dettato normativo senza mai perdere di vista i valori predicati dalla Costituzione: dalla uguaglianza sostanziale alla finalizzazione all'utilità sociale della proprietà e dell'impresa. In altre parole, o la concorrenza applicata all'azione della P.A. si dimostra in concreto effettivamente foriera di un miglioramento nella produzione di beni e nella resa di servizi di interesse pubblico (in termini sia di qualità, sia di contenimento dei costi per i cittadini-utenti), oppure il relativo principio si rivela utile per soddisfare soltanto gli interessi dei produttori, ciò risultando incoerente con i valori ed i principi fondamentali consacrati dalla Carta.

tezze giurisprudenziali». Così argomentando, peraltro, l'A. finisce per mostrare che il ragionamento proposto sembra in qualche modo anch'esso risentire di un pregiudizio ideologico, proprio quello che intende scongiurare (o almeno superare), dichiarando in premessa di voler «verificare l'eventuale persistenza, nella scienza giuridica contemporanea, di quelle ragioni ideologiche – o “metagiuridiche” – che, soprattutto agli albori della formazione del sistema, hanno contribuito ad ostacolare una piena applicazione del diritto privato all'attività consensuale delle amministrazioni pubbliche» (p. XVIII).

⁹⁵ Insomma, si tratta di capire chi sia più capace (ovvero abbia effettivamente l'intenzione) di difendere questi ultimi: se gli imprenditori (più o meno grandi) o gli «agrimensori di Palazzo Spada», usando la sprezzante locuzione adoperata da G. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., p. 583. Secondo l'A. non vi sono «nel mondo reale zone franche, immuni dalla pressione (e considerazione) degli interessi rivali che si agglomerano intorno alle vicende esistenziali, e governate soltanto dal primitivo ingaggio del più forte. Non esistono, del pari, confini rigidi che separano, ma solo mobili frontiere vivacemente frequentate da una molteplicità di figure che, in un andirivieni continuo da (e tra) ambienti e situazioni diverse, imparano a dialogare e a scambiarsi reciprocamente punti di vista, mentalità, regole e prassi operative. Esistono, piuttosto, tecniche distinte di gestione degli interessi e dei conflitti, i cui nuclei essenziali sono anche irriducibili e non confondibili tra loro, ma che possono ben combinarsi in vario modo sul terreno neutrale, multipolare e dinamico dei rapporti giuridici che si instaurano tra soggetti coinvolti nella ricerca di soluzioni a determinate problematiche. Aperto all'innovazione e maggiormente incline allo sviluppo di una evolutiva ed effettiva grammatica dei diritti e delle libertà è quel sistema che, consapevole della ricchezza offerta dalla disponibilità e combinazione di strumenti diversi per la comprensione e trattazione della complessità dell'esistente e per la scoperta dell'ignoto, riesce a mettere i suoi attori in condizione di sperimentare e dosare le tecniche in relazione alle decenrate ed evolutive esigenze del caso, secondo copioni adattivi rispondenti alla razionalità intrinseca dei contesti e dei fatti, piuttosto che a esogene e astratte logiche di equilibrio tra poteri» (p. 583 ss.). Sembra, in poche parole, la descrizione di un panorama idilliaco (un mondo, forse un po' troppo ingenuamente, accreditato di una vocazione altruistica): certo, in sé la tecnica – anche quella giuridica – è neutrale. Ma può dirsi altrettanto del suo uso? E poi, si tratta soltanto di tecnica? Quando si discute di diritti e libertà, invero, occorrerebbe chiarire a quali soggetti essi vengano riferiti. I diritti e le libertà degli imprenditori non possono essere equiparati a quelli dei cittadini-utenti: è per realizzare l'interesse di questi ultimi che esiste la P.A. Si dirà: ma è maldotata e 'scalagnata', strutturalmente incapace di realizzare le opere pubbliche. È vero. Ma – a parte il fatto che bisognerebbe spiegare perché si sia provveduto alla sistematica demolizione del consolidato *know how* della sua tradizione – quelle opere restano pubbliche: non è dunque discutibile che spetti comunque alla P.A. 'governare' (attraverso regolazione e controlli) i 'processi' per la loro realizzazione nell'interesse dei cittadini-utenti. Bisogna pertanto «attuare la tanto attesa politica di *investimento nelle amministrazioni*. Gli obiettivi sono ormai noti e apparentemente condivisi: il *reclutamento rapido di quadri tecnici* di elevata qualificazione e la *digitalizzazione* degli atti e delle procedure relative a tutta la vita dei contratti pubblici» (così A. Massera e F. Merloni, *L'eterno cantiere*, cit., p. 629 ss.).

La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia

Leonardo Ferrara

Sommario: 1. Premessa. – 2. I “motivi ostativi già emergenti dall’istruttoria” e quelli *esistenti*. – 3. Preclusione *ex lege* e preclusione *ex iudicato*; preclusione e rispetto delle prescrizioni procedurali; preclusione e non annullabilità del provvedimento. – 4. I titolari di interessi legittimi oppositivi all’accoglimento dell’istanza. – 5. La preclusione procedimentale e i principi della collaborazione e della buona fede. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

L’esistenza di un onere gravante sulla pubblica amministrazione di far valere nel procedimento i fatti costitutivi del potere a pena di preclusione, avanzato dalla dottrina sulla base di argomenti di carattere teorico¹ e di principi costituzionali o generali², ha ora trovato un esplicito fondamento normativo nell’art. 10 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241/1990, così come riformato dall’art. 12, comma 1, lett. e), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120)³.

L’intervento del legislatore risulta di per sé⁴ in grado di superare tutte le criti-

¹ M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, p. 181 ss.

² Ancora M. Clarich, *Giudicato*, cit., p. 209 ss., nonché, in seguito, tra altri, S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 246 ss.

³ L’originaria versione dell’art. 10 *bis* della legge sul procedimento amministrativo aveva, tuttavia, irrobustito la tesi in questione: v., in particolare, M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, 3, p. 557 ss.; D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, 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, Cedam, 2008, p. 47 ss.

⁴ Il che non esclude che di tale intervento si possano dare valutazioni negative, con riguardo in particolare alla contrazione dell’interesse pubblico, derivante dall’impedimento posto alla pubblica amministrazione di tornare sui propri passi; o anche in relazione alla alterazione *in pejus* dell’identità (pur non pacificamente riconosciuta) tra la pubblica amministrazione e il titolare di una obbligazione civilistica (al quale è comunque data una possibilità di adempiere tardivamente, anche a seguito della sentenza di condanna – salve naturalmente le conseguenze risarcitorie per lo stesso ritardo –, diversamente dalla prima, che risulta privata della possibilità di esercitare successivamente in modo legittimo il proprio potere).

cità che (sempre) in dottrina si erano prospettate⁵.

Se si considera la motivazione che accompagna la soluzione normativa in questione⁶, potrebbe dirsi che si è scelto di (raccolgere l'invito a) puntare sul retroterra concettuale del modello specie statunitense di *Administrative Justice*⁷, di fronte all'accladata inadeguatezza del processo amministrativo a garantire l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive. E questo malgrado le possibilità offerte dal codice del processo amministrativo di portare finalmente quelle stesse situazioni soggettive a oggetto della domanda (del giudizio e del giudicato), pure in presenza di potere discrezionale (in particolare di un potere ancora esercitabile al termine del processo di cognizione)⁸. Si tratta, come noto, della grave lacuna⁹ massimamente manifestata (stando all'interpretazione della giurisprudenza) dalla necessità di esperire un secondo processo di cognizione¹⁰ o più processi di cognizione¹¹, senza poter andare direttamente in esecuzione (in giudizio di ottemperanza), così come avviene nel giudizio civile¹².

⁵ Una esposizione, chiara e ragionata, delle osservazioni critiche avanzate da svariati studiosi, prima e dopo l'introduzione nel 2005 dell'istituto del c.d. preavviso di rigetto, in M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 224 ss. Ulteriori elementi di palesata criticità sono riassunti da G. Urbano, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 137 ss. Per una recente critica, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo, I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 346 ss.

⁶ Secondo la relazione di accompagnamento, la disposizione «è finalizzata a evitare che l'annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato a seguito della predetta comunicazione dia luogo a plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative, parcellizzando anche il processo amministrativo», aggiungendo che «in sostanza si vuole cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale evitando che la parte sia costretta a proporre tanti ricorsi quante sono le ragioni del diniego, perché non comunicate tutte nel medesimo atto».

⁷ In cui «il cittadino può avvalersi di garanzie di giustizia ancor prima che l'amministrazione abbia adottato un provvedimento che possa pregiudicarlo»: così M. D'Alberti, *La giustizia amministrativa*, in G. Alpa, A. Schiesaro (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia*, Napoli, Jovene, 2013, p. 155 ss., il quale aggiunge che «negli Stati Uniti d'America i problemi più rilevanti della *Administrative Justice* si pongono nel corso dell'azione amministrativa, mentre il sindacato giurisdizionale è concepito soltanto come uno dei possibili mezzi per controllare la legittimità di quell'azione», concludendo che «le concezioni angloamericane della giustizia amministrativa [...] andrebbero adottate anche negli ordinamenti di *civil law*, e, in particolare, nei sistemi giuridici dell'Europa continentale».

⁸ Cosicché, di là delle proposizioni di principio, quantomeno della giurisprudenza pratica, l'unico giudizio *sul rapporto* che in concreto si dà è quello che si incardina nell'azione di esatto adempimento di cui agli artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

⁹ Volendo usare un'espressione di F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 2, p. 534 ss.

¹⁰ Stando alla soluzione di "compromesso" (così A. Travi, *L'esecuzione della sentenza*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3542), rappresentata dall'orientamento giurisprudenziale del c.d. *one shot* temperato (o anche *second shot*), su cui v. di recente la critica di A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive*, cit., p. 373 ss.

¹¹ Secondo il prevalente orientamento del c.d. giudicato a formazione successiva o progressiva, su cui v., in particolare, le considerazioni critiche di S. Valaguzza, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, p. 296 ss.

¹² Dovrebbe essere evidente che, se un processo di cognizione non soddisfa le situazioni giuridiche soggettive in lite, o non ha per oggetto le situazioni giuridiche soggettive medesime oppure non dispensa una tutela effettiva delle stesse. V., di recente, L. Ferrara, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministra-*

Sarebbe, tuttavia, troppo ottimistico (diciamo pure ingenuo) ritenere che l'accoglimento positivo della preclusione procedimentale abbia risolto ogni problema; altrettanto pensare che la preclusione procedimentale normata corrisponda interamente alla costruzione teorica avanzata.

Si vuole allora iniziare a individuare e a commentare, anche alla luce della prima giurisprudenza pertinente, la serie di questioni che sono state lasciate aperte dal legislatore o che, comunque, si dischiudono di fronte all'interprete¹³, al fine di farsi un'idea sulle "potenzialità" della riforma¹⁴.

2. I "motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria" e quelli esistenti

La prima e, forse, più importante operazione da compiere è saggiare la distanza tra modello teorico e modello positivo, proprio dal punto di vista dell'intento di superamento della "parcelizza[zione]" del processo amministrativo, quale effetto della consumazione del potere amministrativo in sede procedimentale (è l'intento che si è detto essere manifestato in sede di relazione di accompagnamento¹⁵).

Ebbene, salta (ed è saltato¹⁶) subito agli occhi che, stando alla lettera della disposizione in esame¹⁷, a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento, all'am-

tivo dieci anni dopo l'approvazione del codice, in *Munus*, 2020, p. 29 ss. La lacuna di diritto vivente di cui al testo sembra, in particolare, riconducibile alla mancata valorizzazione dell'azione di condanna non autonoma di cui all'art. 30, co. 1, c.p.a., esperibile in presenza di potere amministrativo discrezionale, nella contestuale considerazione della funzione strumentale dello stesso potere rispetto all'adempimento dell'obbligazione oggetto della condanna (il che non consente di dire che il potere semplicemente "sopravvive": M. Trimarchi, *L'inesauribilità*, cit., p. 209).

¹³ Lasciando fuori dal raggio di attenzione le modifiche apportate all'art. 10 bis, che non toccano il cuore della riforma: per un panorama su di esse si veda F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *federalismi.it*, 2020, p. 36, p. 39 ss. in particolare.

¹⁴ Di una novella legislativa "dalle indubbie potenzialità" ragiona F. Saitta, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e "preferenza di amministrazione"*, in *Il processo*, 2020, 3, p. 749 ss.

¹⁵ *Supra* n. 6. Di una "valenza eso-procedimentale" della disposizione ha ragionato G. Serra, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10 bis della L. n. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in *lexitalia.it*. Vede "riappar[ire]", piuttosto che "ridimensiona[rsi]", il concetto della inesauribilità del potere amministrativo E. Picozza, *La Corte di cassazione a sezioni unite garante dell'ordinamento giuridico multilivello?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, 4, p. 810 ss. Intende il c.d. principio dell'*one shot*, quale «congegno atto ad assicurare il necessario bilanciamento tra la tradizionale inesauribilità del pubblico potere e l'effettività della tutela del privato», Tar Lazio (Roma), III bis, 9 luglio 2021, n. 8186.

¹⁶ V., in special modo, M. Brocca, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in *giustiziainsieme.it*.

¹⁷ Di cui per comodità si riporta per intero la parte che è stata modificata: «La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nel-

ministrazione che riesercita il potere è inibita la possibilità di addurre «motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato», ma non anche di argomentare sulla base di motivi che all'epoca non erano emersi. La consumazione del potere non si verifica, dunque, sempre alla luce di una interpretazione letterale, rispetto agli elementi di fatto e di diritto «esistenti»¹⁸ al momento dell'originaria istruttoria, che da questa, tuttavia, non erano «ricavabili»¹⁹.

Se la preclusione procedimentale non opera integralmente sui «fatti costitutivi del potere», se essa non *copre* «tutti» questi fatti²⁰, sopravvive l'evenienza che alla reiterazione del potere faccia seguito un nuovo processo di cognizione.

Il problema che si voleva affrontare è ridimensionato, ma non risolto²¹.

Va, tuttavia, osservato che la prima giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali ha compiuto un'interpretazione estensiva della formula legislativa, ritenendo che la pubblica amministrazione in sede di riedizione del potere non possa addurre «circostanze di fatto o di diritto già esistenti o comunque percepibili al momento della originaria istruttoria»²², o affermando che dopo l'annullamento possano spendersi esclusivamente i motivi ostativi «già rappresentati» nell'adozione del provvedimento di diniego²³.

Non mancano, comunque, pronunce che si attestano sulla formulazione legislativa, ri-

l'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

¹⁸ M. Clarich, *Giudicato*, cit., p. 186.

¹⁹ Così V. Neri, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 2, p. 170 ss.

²⁰ M. Clarich, *Giudicato*, cit., p. 189, che, in verità, aggiunge che l'amministrazione può «superare la preclusione connessa con l'onere procedimentale di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere, [dimostrandolo], in sede di riamazione dell'atto, non soltanto che essa non ha avuto fino a quel momento conoscenza dei fatti costitutivi posti a fondamento del nuovo atto, ma anche che essa non era in grado di venire a conoscenza mettendo in opera gli ordinari mezzi istruttori» (p. 231).

Salvi, ovviamente, sono i fatti sopravvenuti, che modifichino la stessa situazione giuridica soggettiva dell'istante. Rileva di recente che il giudicato lascia «impregiudicat[o]» l'esercizio del potere fondato «su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi» rispetto allo stesso giudicato Cons. St., III, 2 febbraio 2021, n. 946.

²¹ Sempre che nei «motivi che ostano all'accoglimento della domanda» ai sensi dell'art. 10 *bis* rientrino, ovviamente, non solo le ragioni riconducibili agli aspetti vincolati dell'esercizio (in ipotesi) discrezionale del potere amministrativo, ma anche le motivazioni che devono accompagnare la scelta per l'appunto discrezionale della pubblica amministrazione. È evidente che, se quest'ultima potesse ricorrere a nuovi motivi *lato sensu* politici dopo l'annullamento del diniego per sviamento di potere o per la violazione di qualche principio sull'azione amministrativa, sarebbe per ciò stesso contraddetta la finalità di raggiungere per via legislativa una soluzione di consumazione del potere amministrativo.

²² Così Tar Lazio, II *bis*, 12 marzo 2021, n. 3055, Tar Lazio, II *bis*, 9 marzo 2021, n. 2840 e Tar Lazio (Roma), II *bis*, 4 agosto 2021, n. 9220, cui *adde*, in esclusivo riferimento alla materia degli appalti pubblici, Tar Lazio (Roma), II *bis*, 15 luglio 2021, n. 8467.

Deve, pertanto, cogliersi la non equivalenza se non la distanza concettuale, tra quanto è emergente o ricavabile dall'istruttoria e quanto poteva essere percepito al tempo della stessa (v. anche nota precedente).

²³ Su questa (seconda) formula torneremo nel paragrafo successivo. V. Tar Campania, II, 19 febbraio 2021, n. 1091; Tar Campania, II, 27 gennaio 2021, n. 581; nello stesso ordine di idee, Tar Campania, Napoli, III, 7 gennaio 2021, n. 130.

Poco comprensibili Tar Sicilia (Catania), 8 marzo 2021, n. 713 e Tar Lombardia (Milano), II, 28 maggio 2021, n. 1323, secondo cui «il principio del c.d. *one shot temperato*» sarebbe stato «positivizzato nella norma dell'art. 10 *bis* l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 12 d.l. n. 76/2020».

levando che «la regola dell'*one shot* è posta a tutela del diritto di difesa e persegue lo scopo di obbligare l'Amministrazione ad esplicitare sin dall'adozione del primo provvedimento sfavorevole tutti gli elementi ostativi emergenti dall'istruttoria compiuta, potendo il secondo diniego, adottato in sede di riesercizio del potere, essere motivato soltanto sulla scorta di elementi fino ad allora non emersi e non di elementi noti e non esplicitati»²⁴.

Il Consiglio di Stato, espressosi in un *obiter dictum*, sembra su questa lunghezza d'onda²⁵.

È, in definitiva, ancora presto per comprendere quale sarà l'ampiezza della preclusione procedimentale secondo la giurisprudenza.

3. Preclusione *ex lege* e preclusione *ex iudicato*; preclusione e rispetto delle prescrizioni procedimentali; preclusione e non annullabilità del provvedimento

Vi sono, comunque, molti altri aspetti del meccanismo introdotto che sono lontani dall'essere chiaramente e/o definitivamente inquadrati.

Uno di questi è rappresentato dalla fonte stessa della preclusione, essendo emersa tanto la tesi che fa discendere la consumazione del potere dall'effetto conformativo o preclusivo della sentenza di annullamento²⁶ quanto quella che la fa derivare direttamente dalla legge²⁷. Ora, non pare dubitabile che la preclusione costituisca immediata conseguenza (del mancato assolvimento) dell'onere procedimentale prescritto dalla legge. Tuttavia, la prima tesi centra un punto che non può essere sottovalutato. La preclusione, secondo la legge stessa, si manifesta «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento»; in particolare del provvedimento «così adottato». Questo sembra significare almeno due cose.

Innanzitutto, se ha da esservi l'annullamento del provvedimento adottato, non può ricorrere nessuna preclusione in caso di inerzia dell'amministrazione, determini poi questa un caso di silenzio-inadempimento oppure di silenzio c.d. significativo (nella forma dell'assenso e del diniego).

In secondo luogo, si direbbe che l'esercizio del potere successivo all'annullamento apra di necessità le porte del giudizio di ottemperanza²⁸, non diversamente da quanto avverrebbe in una ipotesi di elusione o violazione del giudicato: la consumazione del potere, infatti, rende (o dovrebbe coerentemente rendere) nullo il nuovo diniego, che sia basato su un motivo ricavabile dall'istruttoria²⁹, così come nullo è

²⁴ Così Tar Bolzano, 30 marzo 2021, n. 95.

²⁵ V. Cons. St., VI, 4 gennaio 2021, n. 40.

²⁶ N. Durante, *I vizi formali del procedimento, alla luce del decreto-legge "Semplificazioni" e delle recenti pronunce dell'Adunanza plenaria*, in *giustamm.it*, 2020, 11. In questa direzione parrebbero muoversi anche Tar Lazio, II bis, 9 marzo 2021, n. 2840, cit. e Tar Lazio (Roma), II bis, 14 giugno 2020, n. 7116.

²⁷ M. Brocca, *Il preavviso di diniego*, cit.

²⁸ Così, infatti, N. Durante, *I vizi formali*, cit., il quale, tuttavia, ipotizza il ricorso all'azione di esatto adempimento, anziché per l'appunto di ottemperanza, in caso di inerzia della p.a.

²⁹ Se non anche precepibile (non dalla stessa ma) al tempo della stessa (v. § precedente).

l'atto in contrasto con il giudicato ai sensi dell'art. 21 *septies* l. n. 241/1990³⁰.

La formula legislativa («così adottato») appare, tuttavia, richiedere anche lo svolgimento del procedimento secondo le prescrizioni del medesimo art. 10 *bis*: il che potrebbe ingenerare un ulteriore profilo problematico. È da capire, infatti, se la preclusione scatti, allorquando la p.a. non abbia comunicato i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (in termini assoluti³¹) oppure non abbia dato ragione del mancato accoglimento delle osservazioni presentate (allorquando, cioè, quelle fasi procedurali siano pretermesse)³². Può anche venire il dubbio che non vi sia alcuna preclusione, se non sono state presentate osservazioni.

Rinviando su quest'ultima ipotesi, per quanto sia ragionevole andare oltre un'interpretazione strettamente letterale, fuor discussione è solo la non applicabilità del secondo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies* (sempre della l. n. 241/1990), espressamente esclusa dalla riforma³³. Deve, però, osservarsi che, se la dimostrazione in giudizio da parte della p.a. che «il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» è espressamente impedita dal legislatore in caso di (qualsivoglia) «violazione dell'art. 10 *bis*», la ragione (dell'impedimento) sembra risiedere nella contraddizione logica di tale dimostrazione proprio con l'applicazione della preclusione procedimentale (e la relativa consumazione del potere).

Si noti, tuttavia, che la dimostrazione (la quale genera la non annullabilità del provvedimento) si direbbe invero non più possibile nemmeno in caso di violazione dell'art. 7 (della l. n. 241/1990), cioè in caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento. Se, infatti, è stato violato anche l'art. 10 *bis*³⁴, è quest'ultima viola-

³⁰ Solo se la preclusione procedimentale si fosse manifestata rispetto a tutti i fatti esistenti al momento dell'istruttoria (v. sempre il § precedente) si sarebbe però potuto affermare che l'atto successivo all'annullamento è un atto interamente vincolato, meglio, un atto di necessario accoglimento della originaria richiesta del soggetto privato.

³¹ Non averne comunicato uno (o più di uno, non fa differenza) in particolare, non avere cioè comunicato tutti i motivi ostativi (emergenti dall'istruttoria), integra in modo evidente l'ipotesi cui pianamente segue la preclusione.

³² M. Brocca, *Il preavviso di diniego*, cit., si domanda se «la preclusione scatti in presenza di annullamento giurisdizionale per accertata violazione della disciplina dell'art. 10 *bis* oppure si estenda ad ogni provvedimento preceduto da preavviso di diniego e annullato per qualsivoglia vizio di legittimità»: si direbbe, tuttavia, che l'ipotesi problematica sia (semmai) la prima, non anche l'ipotesi di annullamento del diniego per vizi di legittimità sostanziale nel rispetto del procedimento prescritto.

³³ Con periodo aggiunto allo stesso secondo comma dell'articolo.

Circa la precedente giurisprudenza favorevole a tale applicazione si veda M.R. Spasiano, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 2, p. 25 ss. Questa dottrina, tuttavia, distingue (in modo non condivisibile) il dettato del primo periodo da quello del secondo periodo (sempre del secondo comma) sulla base della differenza tra attività (astrattamente) vincolata e attività discrezionale, anziché su quella tra vizi procedurali e vizi della partecipazione. La novella, viceversa, sembra proprio estrarre dai vizi procedurali questi ultimi, nella consapevolezza che l'irrelevanza causale del vizio, di qualunque vizio, sul contenuto del provvedimento si lega indistintamente alla vincolatezza in astratto come a quella in concreto.

³⁴ «La partecipazione originariamente non consentita nell'ambito di un procedimento amministrativo a causa della omissione della comunicazione di avvio del procedimento può [peraltro] essere recuperata nel caso di esercizio di attività a natura discrezionale, mediante l'assolvimento dei successivi obblighi di comunicazione, ossia di invio di tutti gli ulteriori avvisi e atti procedurali propri della fase istruttoria, ivi compreso il preavviso di rigetto»: così M.R. Spasiano, *Nuovi approdi*, cit., p. 43.

zione che per legge impedisce la difesa dell'amministrazione³⁵. Se, viceversa, è stato violato solo l'art. 7, significa che l'art. 10 *bis* è stato integralmente applicato, cosicché non vi sono nemmeno motivi ostativi non comunicati che possano integrare la dimostrazione in giudizio.

Epperò, seguendo questo ragionamento, il secondo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies* sembrerebbe finire per non trovare più applicazione. Si sarebbe di fronte sì a un risultato coerente con l'introduzione della preclusione procedimentale, ma che non spiegherebbe l'introduzione del ricordato terzo periodo, invece della diretta soppressione dello stesso secondo periodo.

Il punto allora è che la dimostrazione deve ritenersi sempre ammessa, allorquando si raccordi a motivi ostativi sui quali non opera la preclusione procedimentale (v. *supra* § 2), e dunque venga meno anche lo spazio di relativa violazione dell'art. 10 *bis*.

4. I titolari di interessi legittimi oppositivi all'accoglimento dell'istanza

Un altro punto spinoso della riforma concerne il ruolo della difesa processuale del titolare di un interesse legittimo oppositivo all'accoglimento dell'istanza rispetto alla preclusione procedimentale.

Non è, intanto, dato capire se la p.a., di fronte a una nuova istanza, facente seguito all'annullamento dell'originario atto ampliatorio positivo, possa addurre per la prima volta motivi ostativi noti ma non esplicitati nella istruttoria del provvedimento annullato, se tali motivi siano stati avanzati (e poi dal giudice accolti) in sede di ricorso contro l'accoglimento dell'istanza. La mancata previsione di questa evenienza insieme alla forza del giudicato spingerebbero decisamente a pensare che la preclusione venga meno.

La questione però si complica, se si passa a considerare l'ipotesi in cui il titolare dell'interesse legittimo oppositivo adduca gli anzidetti motivi nella veste (non di ricorrente ma) di controinteressato processuale nel giudizio contro l'atto negativo. Può questi difendersi in giudizio come sembra non potere fare la p.a. resistente³⁶? Può, in altre parole, il giudice accogliere i motivi e rigettare il ricorso dell'istante (o deve comunque annullare il rifiuto, in ragione sempre della violazione dell'art. 10 *bis* e della consumazione del potere)? La risposta positiva invero sembra preferibile, risultando irrazionale distinguere le ipotesi in punto di sussistenza o meno della preclusione, nella considerazione della veste assunta (di attore o invece di resistente) dal soggetto di cui si discute l'assenza di previsione normativa.

Quale che sia la conclusione, è in ogni caso forte l'impressione che non si sia di fronte a una semplice dimenticanza, ma a una mancanza dovuta all'influenza, più o meno consapevole, di una concezione del controinteressato e della sua situazione giuridica soggettiva³⁷ non equiparata o non equiparabile (stando al diritto vivente) a quella

³⁵ Non interessa in questa sede chiarire se la dimostrazione corrisponda a una eccezione o a una mera difesa.

³⁶ V. quanto osservato nel paragrafo precedente.

³⁷ Che ha un interesse contrastante con quello dell'istante, più esattamente un interesse legittimo oppositivo.

del richiedente. Del resto, questa mancanza non ha nulla di nuovo, nella misura in cui non è stato previsto sin dall'origine³⁸ il preavviso di accoglimento³⁹.

Troppo indefinita risulta l'individuazione dell'interesse legittimo del controinteressato sostanziale (veicolata da un istituto, la legittimazione ad agire, che dovrebbe avere una funzione esclusivamente processuale ma che nella giurisprudenza si è tradotta in meccanismo di produzione della situazione giuridica soggettiva⁴⁰), e dunque potenzialmente troppi nel numero i soggetti titolati, perché siano costruibili dinamiche relazionali inscrivibili in un vero e proprio "rapporto giuridico", quale quello che vede ormai contrapposti p.a. e titolare dell'interesse legittimo. Difficile smentire la sensazione che l'interesse protetto nella specie continui (ingiustificatamente⁴¹) a non essere altro che una frazione dell'interesse pubblico⁴².

5. La preclusione procedimentale e i principi della collaborazione e della buona fede

Un fronte problematico si apre, inoltre, sul versante del rapporto tra la preclusione procedimentale e i principi della collaborazione e della buona fede sanciti dal già ricordato comma 2 *bis* dell'art. 1 l. n. 241/1990, considerato che di tali principi la preclusione medesima è stata ritenuta subito una "espressione"⁴³. Gli aspetti controversi sono plurimi.

In giuoco, intanto, è la questione dell'"attuazione non esaustiva" o viceversa esaustiva⁴⁴ dei medesimi principi da parte della disciplina specificatamente introdotta dall'art. 10 *bis*.

Può essere vista questa come una questione di carattere generale, se si considera che dell'esaurimento o meno del contenuto prescrittivo dei principi nelle regole si discute e si può discutere a proposito di tutti i principi di cui all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo in relazione alle disposizioni della medesima legge⁴⁵. È inoltre

³⁸ Insieme, cioè, al preavviso di rigetto.

³⁹ V. L. Ferrara, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10 bis, legge n. 241/1990) nel riformato quadro delle garanzie procedimentali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, Cedam, 2007, II, p. 83 ss.

⁴⁰ Sia consentito rinviare sul punto a L. Ferrara, F. Orso, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Diritto pubblico*, 2020, 3, p. 717 ss., anche per gli indispensabili riferimenti dottrinali.

⁴¹ Si consideri anche che oggi il comma 2 *bis* dell'art. 1 della legge sul procedimento (comma introdotto sempre dal c.d. decreto semplificazioni) si riferisce genericamente ai «rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione».

⁴² Così G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, Maggioli, 2016; *contra* P. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, ESI, 2021.

⁴³ V., a titolo di esempio, Tar Campania, Napoli, III, 7 gennaio 2021, n. 130, cit.

⁴⁴ Usando una terminologia tratta da C. cost., 23 luglio 1997, n. 262.

⁴⁵ Secondo il primo comma dell'art. 1 l'attività amministrativa è retta, infatti, da una serie di criteri «secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti».

una questione aggravata dalle diverse, financo opposte, reazioni dottrinali, che il comma 2 *bis* ha suscitato⁴⁶. È tuttavia una questione tutt'altro che teorica e astratta⁴⁷, dal momento che se ne avvertono le ricadute su svariati piani.

Uno di questi, probabilmente il più importante, riguarda l'applicazione dei principi in discorso nei confronti del soggetto privato istante, desumendone «un onere di collaborazione in senso tecnico» e «ricollegando alla [...] eventuale inosservanza conseguenze negative per la sfera giuridica»⁴⁸, più esattamente, «imponendo un onere a suo carico di esporre tutti i fatti che possono essere rilevanti ed essenziali a indirizzare l'amministrazione a cui si è rivolto»⁴⁹, pena il profilarsi di una sorta di preclusione inversa (o parallela) in ordine ai medesimi fatti.

La ricerca di una applicazione equilibrata, in quanto bidirezionale⁵⁰, dei principi di buona fede e di collaborazione spinge in questo senso. Del resto, si è visto in precedenza⁵¹ che la lettera della disposizione in esame potrebbe in ipotesi legittimare anche il venir meno della preclusione procedimentale nei confronti della pubblica amministrazione nell'assenza delle osservazioni dell'istante sui motivi ostativi comunicati.

Un altro aspetto controverso, subito notato dalla dottrina, ma che, peraltro, potrebbe farsi risalire all'originaria previsione del preavviso di rigetto, concerne la possibilità di «addossare all'amministrazione l'onere di individuare e proporre le soluzioni modificative dell'istanza ovvero quelle alternative»⁵². La deduzione di siffatto onere da una compiuta applicazione dei principi di buona fede e collaborazione non sembra affatto peregrina⁵³, almeno nei limiti in cui valga a generalizzare nei procedimenti a istanza di parte quel soccorso procedimentale e istruttorio, che trova già esplicito riconoscimento, oltre che nella legislazione settoriale, negli istituti della d.i.a. (e ora s.c.i.a.) e del silenzio-assenso (in termini di invito a conformare la denuncia o la domanda⁵⁴)⁵⁵.

⁴⁶ Si consideri, da una parte, M. Macchia, *Il decreto "Semplificazioni". Le misure generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 6, che vi ha visto una norma «manifesto», una norma «buona per la propaganda, ma inefficace nella sostanza», dall'altra, F. Giglioni, *Le novità del decreto Semplificazioni*, in *Lab-sus*, 2020, 11, che ritiene che il principio introdotto «produc[a] un potente effetto perché allude a una relazione in cui i cittadini sono visti come portatori di risorse per le amministrazioni e non più solamente come soggetti destinatari della sua attività o come portatori di bisogni da soddisfare».

⁴⁷ Ammesso (e non concesso) che in linea generale un problema teorico possa mai dirsi soltanto astratto.

⁴⁸ S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 323.

⁴⁹ G. Urbano, *Contributo*, cit., p. 138.

⁵⁰ Sul tema si veda S. Caporali, *I doveri del privato e il rapporto amministrativo*, tesi di dottorato, Firenze, 2016.

⁵¹ *Supra* § 3.

⁵² V., anche per ulteriori riferimenti dottrinali, M. Brocca, *Il preavviso di diniego*, cit.

⁵³ Per quanto vi osti la previsione dell'art. 6, lett. b), della l. n. 241/1990, che attribuisce al responsabile del procedimento una facoltà (il responsabile del procedimento «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erratee o incomplete»).

⁵⁴ V. l'art. 19 l. n. 241/1990, nonché l'art. 3 del d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300.

⁵⁵ Sul tema si veda F. Barletta, *La conformazione delle istanze dei privati*, tesi di dottorato, Firenze, 2020.

6. Osservazioni conclusive

Le questioni interpretative che la riforma lascia aperte sono così numerose che sembra essersi ancora lontani dal compiuto assestamento di un nuovo modello di rapporto amministrativo.

Se si guarda a quest'ultimo in termini esclusivamente sostanziali, pesano soprattutto le incertezze riscontrate in relazione alle ricadute che i principi di buona fede e di collaborazione possono manifestare in ordine agli obblighi e agli oneri del soggetto privato. Se si guarda, invece, al rapporto amministrativo come architrave della giustizia amministrativa, non è dato capire se sono culturalmente mature le condizioni per l'accettazione di alcuni mutamenti sistematici.

Questi mutamenti concernono in particolare l'interesse legittimo⁵⁶ e il processo amministrativo.

Il primo, sviluppando interamente le potenzialità della riforma, si vedrebbe trasformato, almeno in relazione al potere amministrativo, da situazione soggettiva pretensiva a situazione oppositiva, quale diritto soggettivo al bene finale, salvo l'esistenza di un motivo ostativo; a volerne conservare la natura creditizia, l'interesse legittimo acquisirebbe comunque i tratti del diritto di ottenere un provvedimento o favorevole o legittimamente sfavorevole, all'esito del (primo e unico) esercizio del potere⁵⁷.

Il processo amministrativo, invece, assumerebbe fondamentalmente i tratti di una lite tra privati, trasferendosi la tutela della legalità amministrativa nella tutela soggettiva del controinteressato.

⁵⁶ A fronte di provvedimenti di contenuto ampliativo.

⁵⁷ Nota esattamente P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 304 e 306, che «la novella è espressione di un chiaro *favor* verso la tutela degli interessi pretensivi correlati all'adozione di provvedimenti favorevoli» e che essa rischia «di appiattire il rapporto amministrativo su una dimensione bipolare, relegando a un ruolo secondario l'emersione di altri interessi, pubblici e privati, che pure sono affidati alle cure dell'amministrazione nei procedimenti a istanza di parte».

Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo

Aristide Police

Sommario: 1. Una scontata premessa su tecnica e politica nell'amministrazione pubblica contemporanea. – 2. L'incidenza delle discipline tecnico-specialistiche nelle decisioni amministrative e la loro subordinazione alla scelta "politica" o discrezionale in senso proprio. – 3. Le valutazioni tecniche come "incidenti" nel procedimento amministrativo. Ovvero dell'impossibilità di decidere dei Corpi tecnici per difetto delle necessarie attribuzioni. – 4. (*Segue*): del connesso tema del tempo del decidere e delle semplicistiche soluzioni di semplificazione. – 5. (*Segue*): per difetto delle necessarie dotazioni organiche. – 6. Il coraggio di decidere: rimedi e strumenti per smentire Alessandro Manzoni a mo' di conclusione.

1. Una scontata premessa su tecnica e politica nell'amministrazione pubblica contemporanea

Dalle ponderate ed attente riflessioni di alcuni giovani studiosi sull'attività consultiva e sui Corpi tecnici in occasione del trentennale della legge n. 241 del 1990¹ emerge in sostanza una vera e propria "crisi di ruolo" dei Corpi tecnici², un loro "progressivo indebolimento" e una loro "dequotazione"³, se non di un loro vero e proprio "ridimensionamento"⁴.

¹ Questa riflessione è stata occasionata da un dibattito in occasione del Convegno sul tema «*La legge 241/1990, trent'anni dopo*», promosso dal Dipartimento di Diritto pubblico italiano ed internazionale dell'Università degli Studi di Milano nell'ambito del Progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale *Administrative Reforms: Policies, Legal Issues and Results*. L'esperienza e l'insegnamento di Marco D'Alberti, come studioso e come uomo delle Istituzioni, offre evidenza della centralità di questo tema. Si veda fra i molti contributi che ne ricordano l'impegno anche civile: M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 171 ss.

² Il riferimento è a G. Torelli, *La capacità decisoria dei corpi tecnici: il caso dei procedimenti di autorizzazione in materia ambientale*, ora nel volume degli atti del Convegno «*La legge 241/1990, trent'anni dopo*».

³ Le due felici espressioni sono di T. Bonetti, *Corpi tecnici e legge 241/1990 tra innovazioni e continuità: un inquadramento*, ora nel volume degli atti del Convegno, cit.

⁴ Così E. Guarnieri, *L'attività consultiva nel bilanciamento tra tecnica e semplificazione*, ora nel volume degli atti del Convegno, cit.

Questa crisi ha molte cause e diverse ragioni. Alcune di esse hanno una origine risalente, ben più risalente della legge sul procedimento amministrativo, altre invece originano proprio da quelle previsioni o, meglio, dall'applicazione che a quelle previsioni si è data e dalle modifiche (non sempre avvertite) che il legislatore successivo ha introdotto rispetto al testo originario.

La ragione che giustifica una rinnovata attenzione sul tema risiede nel fatto che tale crisi incide in modo diretto ed evidente sulla stessa capacità decisionale delle pubbliche Amministrazioni: sulla qualità delle decisioni amministrative, sulla loro celerità, sulla loro stabilità a fronte di successive verifiche e controlli. La crisi dei Corpi tecnici è forse fra le cause più significative (e meno riconosciute) della inefficienza delle nostre pubbliche Amministrazioni e ciò come è evidente per la sempre maggiore rilevanza (ed anzi si dovrebbe dire per la centralità) della tecnica e delle scienze nella soluzione dei "problemi amministrativi"⁵ dell'era presente, nella "amministrazione della complessità"⁶.

La relazione che intercorre tra le c.d. "discipline tecniche e specialistiche" e la "discrezionalità" della pubblica amministrazione costituisce oggetto da decenni della riflessione teorica degli studiosi di diritto amministrativo e tale significativo sforzo ricostruttivo non ha del tutto superato le difficoltà nel definire con precisione in che modo vada a collocarsi la conoscenza tecnica e scientifica nell'ambito dell'esercizio delle potestà decisionali della pubblica Amministrazione. Su questo l'insegnamento di Marco D'Alberti ci ha consegnato pagine importanti sul senso di questa trasformazione e sulla significativa e progressiva riduzione della sfera della discrezionalità in favore delle valutazioni tecniche⁷.

Come si accennava, del resto, la questione si ripropone oggi con una carica di significati molto più ampia rispetto al passato, proprio per la presenza diffusa del potere pubblico in contesti dominati dalle regole tecniche, o se si vuole all'inverso per la dominanza delle regole tecniche e scientifiche nella gran parte delle attività umane e quindi anche nei poteri pubblici chiamati a regolarne lo svolgimento⁸.

È proprio in questa relazione, nella complessità e talvolta nella conflittualità del rapporto tra valutazione tecnica e scelta "politica" (o discrezionale) che si deve individuare una delle ragioni più risalenti del problema, di quel problema che sul versante del procedimento la Commissione Nigro (e poi il legislatore) intesero affrontare con le previsioni degli artt. 16 e 17 della legge n. 241 del 1990 senza trovare soddisfacenti soluzioni⁹ e che, sul diverso piano organizzativo, ha prodotto ancor prima la lamentata

⁵ Nel senso che alla locuzione dava F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993, p. 133 ss., ora in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, p. 333 ss.

⁶ Per rubare le parole a D. D'Orsogna, *Conferenza di servizi ed amministrazione della complessità*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁷ Sul punto, fra gli altri scritti si ricorda M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 99 ss.

⁸ Sul punto, di recente, C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica*, Napoli, Jovene, 2008; in una prospettiva di teoria delle fonti si veda A. Moscarini, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, Luiss University Press, 2015.

⁹ Fra i commenti più puntuali dell'art. 16, si vedano M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 523 ss. e V. Parisio, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione*

crisi ed il complessivo indebolimento dei Corpi tecnici. Si è forse in questo modo anticipata la conclusione cui giungerà questa breve riflessione, ma pare giusto enunciare compiutamente la tesi prima di avviarne lo svolgimento e tentare di motivarne adeguatamente il fondamento.

2. L'incidenza delle discipline tecnico-specialistiche nelle decisioni amministrative e la loro subordinazione alla scelta "politica" o discrezionale in senso proprio

Nella scienza del diritto amministrativo, come è ben noto, si è da tempo messo in luce come nelle decisioni amministrative che presuppongono anche l'applicazione di regole o *standards* tecnici, il profilo della valutazione tecnica venga accompagnato da un diverso (e logicamente successivo) profilo volitivo discrezionale, tanto che non è mancato chi ha ritenuto più corretto parlare di discrezionalità mista (o complessa), poiché in tal caso discrezionalità e tecnica vivono in simbiosi sull'unico "tronco del potere amministrativo", pur logicamente separabili¹⁰.

In sostanza, l'accertamento tecnico verrebbe "doppiato" da un successivo momento discrezionale, poiché il legislatore nella generalità dei casi non attribuisce la competenza ad assumere il provvedimento finale all'ufficio dotato di competenza tecnica (al Corpo tecnico, appunto), ma ad altro ufficio organo chiamato a ponderare l'assetto degli interessi in gioco tenendo in conto anche (ma non solo) dei profili derivanti dalla valutazione tecnica. In altre parole, la legge fa seguire alla conoscenza tecnica dei fatti rilevanti una decisione discrezionale (amministrativa) dell'autorità pubblica¹¹.

E la clausola (o principio) di ragionevolezza riferita all'azione di pubblici poteri rappresenta una sorta di canone di giudizio sia delle valutazioni propriamente discrezionali fondate su di una concreta ponderazione comparativa di interessi, sia di quelle

amministrativa, ed. 2, Milano, Giuffrè, 2017, p. 802 ss., Sull'art. 17, si veda sempre M.G. Della Scala, *Valutazioni tecniche*, in *L'azione amministrativa*, cit., p. 552 ss. e N. Aicardi, *Le valutazioni tecniche*, in *Codice*, cit., p. 838 ss. e già *Il sub-procedimento di valutazione tecnica ed il superamento dell'inerzia*, in *Studi in onore di A. Romano*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 1725 ss.

¹⁰ Il convincimento diffuso è che anche nella discrezionalità amministrativa si esprimano dei giudizi di valore, ma nelle valutazioni tecniche non dovrebbe in alcun modo influire il peso dell'interesse pubblico (o meglio degli interessi pubblici). Dunque si tratterebbe di istituti profondamente diversi, non suscettibili di esser confusi l'uno con l'altro, anche se non si esclude talora che possano coesistere nella stessa decisione amministrativa o nello stesso provvedimento: ad esempio, valutazione della pericolosità statica di un edificio (espressione di cosiddetta discrezionalità tecnica) ed ordine di demolizione o altra misura ritenuta appropriata per la tutela dell'incolumità pubblica (espressione di discrezionalità amministrativa). L'esempio è di Greco, il quale, non fa ricorso, in tali evenienze, all'inappropriata locuzione di discrezionalità mista (G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo, parte generale*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 61). Come da anni posto in luce dal Giannini, ciò che attiene al contenuto volitivo viene dopo il momento della discrezionalità tecnica e può così coinvolgere una separata valutazione discrezionale (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 56).

¹¹ Sul punto si rinvia, nella sconfinata letteratura a tre capisaldi monografici: D. De Pretis, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967.

valutazioni che richiedono l'applicazione della tecnica e delle scienze, sia di quelle volte alla ricerca delle soluzioni più conformi al valore di giustizia¹².

Se questo è lo stato dei rapporti tra valutazione tecnica e decisione amministrativa ultima, si deve riconoscere che siamo in presenza di un rapporto diseguale nel quale la valutazione tecnica non è la regola ultima ma solo un elemento che concorre (pur significativamente) alla definizione della concreta fattispecie precettiva contenuta nel provvedimento. E ciò pare già uno straordinario passo in avanti rispetto allo stato della riflessione giuridica del primo Novecento¹³. È poi merito di Bachelet l'idea ed anzi quasi l'intendimento programmatico di ricondurre la tecnica (e le sue valutazioni) nella sfera del diritto, sottraendola a quella *riserva* che, di fatto, il potere si era assicurato a suo favore¹⁴.

E tuttavia la separazione tra valutazione tecnica e decisione amministrativa ha alimentato la necessità di "segregazione" della valutazione tecnica in capo ad esperti riconducibili ai cosiddetti Corpi tecnici. Se infatti la emersione di una dimensione giuridica della valutazione tecnica ha assicurato a quest'ultima uno statuto di garanzia (e con esso una sempre più incisiva giustiziabilità delle valutazioni tecniche), dall'altro lato si è alimentata l'esigenza da parte della dottrina, in verità ancor prima che dal legislatore, di assicurare quasi una "riserva di amministrazione"¹⁵ degli Organi burocratici (sottoposti all'indirizzo politico) nell'assunzione della decisione finale¹⁶. La valutazione tecnica, quindi, restava per così dire "incapsulata" nella fase meramente istruttoria

¹² Così F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 318, ora in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1992, p. 231.

¹³ Epoca nella quale addirittura si riteneva che l'attività tecnica non sarebbe stata propria dello Stato o di qualunque pubblica Amministrazione ma solo delle persone fisiche che esse prepongono agli uffici e ai servizi di carattere tecnico. Le manifestazioni artistiche scientifiche didattiche rimarrebbero sempre azioni di tali persone (G. Jellinek, *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, ed. 2, Tübingen, 1905, trad. it., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, Giuffrè, 1912, p. 246, criticato già da G. Zanobini, *Amministrazione pubblica*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, Giuffrè, p. 238).

¹⁴ Così V. Bachelet, *L'attività tecnica*, cit., p. 44 ss.

¹⁵ Sul tema, da ultimo, D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996.

¹⁶ Partendo dalla nozione di "attività consultiva" propria della dottrina pubblicistica di fine Ottocento che distingueva tra "funzioni sostanziali" e "funzioni ordinali" (si veda la ricostruzione di M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 26 ss., una distinzione che a detta di Giannini «in sé non vale molto», Id., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 246), si giungeva a confinare l'attività consultiva fuori (e prima) del momento della scelta finale propria dell'amministrazione attiva cui venivano ricondotte «tutte le attività mediante le quali l'Amministrazione agisce operativamente in vista della realizzazione degli obiettivi concreti assegnati all'azione amministrativa».

Si affermava quindi che gli organi consultivi fossero neutrali (Sul punto, G. Ghetti, *La consulenza amministrativa. Problemi generali*, I, Padova, Cedam, 1974, p. 41), in quanto non erano portatori di interessi propri, limitandosi a fornire all'autorità procedente, in modo disinteressato, elementi utili a far sì che questa potesse provvedere curando nel miglior modo possibile gli interessi rilevanti nel procedimento di cui la decisione costituiva epilogo. In questo senso, l'attività consultiva veniva ridotta al (solo) «procurare elementi conoscitivi e/o valutativi ai quali resta estranea ogni manifestazione di volontà» (C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 29. Sulla neutralità quale fondamento dell'attività consultiva, si v. G. Ferrari, *Gli organi ausiliari dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 197 ss.). In pratica la funzione consultiva veniva considerata per gli apporti che essa forniva al potere funzionale di decidere (sul punto si veda F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, Giuffrè, 1974 e già P. Corso, *La funzione consultiva*, Padova, Cedam, 1942, p. 69 ss.).

dei procedimenti ed in questo modo i Corpi tecnici restavano quasi (ed anzi del tutto) estranei rispetto al decisore finale all'organo titolare del potere di adottare la decisione amministrativa ed il provvedimento finale.

Una separazione che si è prodotta sia sul piano procedimentale, con l'articolazione in fasi del procedimento amministrativo e la riconduzione della valutazione tecnica nella mera fase istruttoria e non in quella decisoria; sia sul piano organizzativo, con l'attribuzione della competenza allo svolgimento di valutazioni tecniche ad Uffici diversi da quelli che per legge avevano la responsabilità del procedimento amministrativo e la competenza di adottare il provvedimento finale.

È proprio in questa separazione tra chi opera valutazioni tecniche e chi decide che nasce il tema, anzi il problema, che ci occupa e che giustifica poi progressivamente la stessa crisi (o come si è detto il ridimensionamento o la dequotazione) dei Corpi tecnici. E per avere evidenza di ciò si svolgerà pur brevemente una verifica della tesi sia sul piano del procedimento, in relazione alle previsioni degli artt. 16 e 17 della l. 7 agosto, n. 241, sia sul piano dell'organizzazione amministrativa dei Corpi tecnici.

3. Le valutazioni tecniche come "incidenti" nel procedimento amministrativo. Ovvero dell'impossibilità di decidere dei Corpi tecnici per difetto delle necessarie attribuzioni

Come si accennava, la legge sul procedimento amministrativo, che pur festeggiamo, ha alimentato ed anzi ha definitivamente consolidato questo processo. Come è stato correttamente ricordato, infatti, il rilievo autonomo (e separato dalla fase decisionale del provvedere) alla "attività consultiva" delle pubbliche Amministrazioni ha avuto riconoscimento e copertura formale solo ad opera del legislatore recente, che, con l'art. 21, comma 1, lett. u), art. 12, comma 1, lett. e), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120, ha inserito la rubrica all'art. 16 della l. 7 agosto 1990, n. 241, intitolandolo appunto «Attività consultiva»¹⁷. Un'attività volta «non già a decidere per la cura di un interesse pubblico, ma a fornire valutazioni e giudizi su varie questioni in vista delle scelte finali adottate da altri»¹⁸.

L'attività consultiva si caratterizzava proprio per l'essere ausiliaria rispetto ad altre attività amministrative volte all'assunzione di decisioni¹⁹. In sostanza la si ricostruiva come una funzione meramente strumentale volta ad arricchire (ma non a determinare in

¹⁷ Così M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, 2019, 3, p. 28. Molto giustamente, fino ad allora, si era rilevato come «quella dell'attività consultiva (fosse) una categoria per così dire aperta. Tranne che per alcune figure, provviste di rilievo costituzionale, la cui previsione e configurazione possiedono quel maggiore grado di stabilità, assicurato dalla rigidità delle norme che le contemplan, le sue espressioni sono rimesse alle determinazioni che vengano assunte in sede normativa, talvolta anche solo in via amministrativa, potendo essere oggetto di ricorrenti modifiche che assegnano alle corrispondenti discipline carattere di mobilità, anche elevata» (C. Barbatì, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., p. 16).

¹⁸ Così E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 464.

¹⁹ Così M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 30.

via finale) decisioni amministrative²⁰. L'attività consultiva – e quindi l'opera dei Corpi tecnici (o degli Organi consultivi tecnici) era quindi limitata ad una funzione di *auxilium* a vantaggio dell'Organo investito del potere di assumere una decisione amministrativa. Dal fatto di essere ausiliaria conseguiva il carattere servente di tale attività rispetto a quella preordinata all'adozione della decisione amministrativa²¹, nel senso che «non si p(otesse) configurare un atto consultivo di per sé stante, avulso dalla relazione giuridica che lo lega all'atto di volontà dell'Organo attivo»²²: in altri termini, essa non poteva godere di una sua autonomia funzionale. Al carattere ausiliario era strettamente legata l'ulteriore peculiarità dell'attività consultiva, concernente la sua collocazione endoprocedimentale rispetto al procedimento principale volto all'adozione del provvedimento cui la consulenza era resa²³.

Tutto ciò pare oggi ineluttabile ma è in realtà solo il frutto di una scelta di campo ben precisa del legislatore, la scelta di non attribuire il potere di decidere ai Corpi tecnici per «riservare» la decisione agli Organi politici o agli Organi direttamente sottoposti all'indirizzo politico. E questo rilievo è condiviso da tempo nella più avveduta dottrina, che ben mette in luce come non vi sia «alcuna inconciliabilità di principio fra funzione consultiva e spettanza del potere di decidere, anzi negli odierni ordinamenti e data la complessità dei problemi la soluzione dei quali è demandata alla P.A., le esigenze di informazione e di conoscenza, sono quelle stesse alle quali deve per necessità ispirarsi lo stesso potere dell'Amministrazione»²⁴.

E del resto, come si è giustamente rilevato la pretesa neutralità degli Organi tecnici «se intesa come estraneità alla trama degli interessi, anche quando resti come attributo implicito di taluni interventi consuntivi, deducibile dalla natura dei contributi che, per il loro tramite, vengono resi e dalla composizione e/o collocazione del soggetto chiamato renderli, perde gran parte della propria capacità ad identificare ciò che debba intendersi come espressione di un'attività consultiva»²⁵.

²⁰ Così V. Parisio, *La funzione consultiva*, cit., p. 804. Sul carattere strumentale della funzione consultiva, si v. A. Amorth, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in *Cento anni di amministrazione italiana*, Roma, Vito Bianco Editore, 1962 ed ora in *Scritti giuridici*, IV, 1958-1986, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1777.

²¹ Così ancora molto correttamente M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit.

²² Così F. Franchini, *Parere*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, Utet, 1965, p. 396.

²³ Così M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 30.

²⁴ Per usare le puntuali parole di F. Trimarchi, *Parere*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, Ist. Enc. It. G. Treccani, 1990, p. 3. E del resto in questa linea anche D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 193, che ricomprende nell'oggetto dell'attività consultiva anche «gli interessi che debbono avere particolare considerazione» nella decisione finale; anche nella citata monografia F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, cit., p. 9, 37 e 51, nonché R. Lucifredi, *Sull'inammissibilità ex post della funzione consultiva*, in *Scritti in onore di G. Vacchelli*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 290.

²⁵ Così C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., p. 31 ss. e p. 84 s., Sul punto, si v. ancora D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 195 ss., nonché E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 464, secondo il quale il «giudizio» in cui si manifesta la funzione consultiva «può investire anche l'apprezzamento di interessi pubblici». E del resto G. Morbidelli, *Procedimento amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Perigu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005 p. 630, che ricomprende tra i pareri consultivi quelli che esprimono valutazioni comparative sui vari interessi coinvolti, definendoli «pareri politico-amministrativi» e V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 336, qualifica alla stregua di atti consultivi anche i pareri di contenuto politico-amministrativo.

Ebbene, si ha ragione di ritenere che la “crisi” o il “ridimensionamento” dei Corpi tecnici abbia radici anche – se non prevalentemente – in queste scelte di diritto positivo, quelle di non attribuire ad essi il potere di assumere le decisioni finali e di ridurre l’apporto di tali Corpi ad una fase procedimentale di tipo istruttorio, per assolvere ad una strumentale esigenza conoscitiva senza che da tale conoscenza possano conseguire scelte sulla conformazione puntuale della fattispecie precettiva del caso singolo²⁶. E molto utilmente Gabriele Torelli si è recentemente interrogato sulla “capacità decisoria dei Corpi tecnici”²⁷ e ha correttamente posto in evidenza come l’attribuzione ad essi del potere di assumere decisioni finali costituisca strumento essenziale consentire una rivitalizzazione di tali Corpi.

Ciò già accade in alcuni casi, si cita quello emblematico dei procedimenti di autorizzazione in materia ambientale²⁸, ma evidentemente nulla esclude che numerose altre ipotesi possano immaginarsi con valenza questa sì di vera semplificazione grazie alla eliminazione della inutile duplicazione della valutazione tecnica e di quella “politico-discrezionale”²⁹. Certo non avremmo più una funzione consultiva in senso proprio³⁰, perché il potere sarebbe stato direttamente attribuito a Corpi tecnici dotati delle conoscenze necessarie e sufficienti ai fini del decidere, ma questo sarebbe ad avviso di chi scrive un gran bene in quanto, la scienza e la tecnica (ferma la loro opinabilità) non sarebbero più strumentali od ausiliarie rispetto alla decisione amministrativa ma diventerebbero regola stessa di giudizio.

4. (Segue): del connesso tema del tempo del decidere e delle semplistiche soluzioni di semplificazione

La scelta del legislatore nella l. n. 241/1990 non si è posta questo obiettivo, forse difficilmente perseguibile in una disciplina “generale” dei procedimenti amministrativi, e nell’art. 16 si è optato per una soluzione tutta improntata a “ridurre” il tema (o se si vuole il problema) del potere consultivo ad un tema di tempestività del suo esercizio, una soluzione «improntata alla logica del massimo contenimento dei tempi, laddove la scelta operata nel testo originario della norma in oggetto era solo quella di evitare le *impasse* procedurali in caso di ritardi nel rilascio degli apporti consulenziali da parte

²⁶ Su cui F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, Libreria Editrice Universitaria, 1979, sin dalle prime pagine sulla giuridicità del fatto.

²⁷ Il riferimento è alla citata relazione di G. Torelli, *La capacità decisoria dei corpi tecnici*, cit.

²⁸ Il riferimento è all’ambito di riflessione di G. Torelli, *La capacità decisoria dei corpi tecnici*, cit.

²⁹ Tema già oggetto di riflessione in dottrina, si veda fra gli altri, G. Falcon, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 1, pp. 134 e 140.

³⁰ Non si può non condividere l’opinione autorevolmente espressa dal Consiglio di Stato proprio con riguardo ai pareri di natura vincolante espressi in materia di autorizzazioni ambientali (Cons. St., parere del 13 luglio 2016, n. 1640), su cui G. Scialoja, *Gli ‘interessi sensibili’ nel parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 2016, 9, p. 5416.

degli organi preposti»³¹. Ed anzi, rispetto al “testo storico della norma”³², le misure successive di pretesa semplificazione (prima la l. 15 maggio 1997, n. 127 e poi la l. 18 giugno 2009, n. 69) hanno generalizzato il c.d. “accantonamento” del parere tardivo, imponendo un sistema in cui l’attività consultiva, le valutazioni tecniche ed il ruolo dei Corpi chiamati ad esprimerle ne è risultata inevitabilmente compressa e sensibilmente compromessa³³.

Non si possono allora non condividere le perplessità sollevate dalla dottrina che ha messo da tempo in luce come nella legislazione degli ultimi anni emerga vivida la «prevalenza dell’ansia di provvedere rispetto ai valori di garanzia, pubblicità e completezza dell’istruttoria»³⁴. In questo modo le valutazioni tecniche ed il ruolo altrimenti centrale dei Corpi amministrativi è spinto ai margini dell’azione amministrativa³⁵, laddove la decisione è invece posta in posizione sempre più centrale, posto che l’«importante non è decidere bene, ma decidere in fretta»³⁶.

Se nessun dubbio v’è sul fatto che sia ormai davvero improrogabile garantire la soddisfazione dell’esigenza del cittadino (specie se operatore economico) di potere contare su una definizione, favorevole o sfavorevole che sia, dei processi decisionali

³¹ Così M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 59.

³² «Dove non si faceva distinzione tra parere obbligatorio e facoltativo e il termine residuale (in mancanza cioè di diverso termine posto da altra disposizione di legge o regolamentare) ivi fissato era di novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il cui inutile spirare abilitava l’organo decidente a esercitare la facoltà di procedere indipendentemente dall’acquisizione del parere», così M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit.

³³ «Il testo vigente della disposizione in commento riduce sensibilmente i termini, sia quello generale che quello speciale in caso di ampliamento dell’istruttoria; regola partitamente i pareri obbligatori e quelli facoltativi, limitando la facoltà di proseguire senza la consulenza solo ai primi e rendendo invece obbligatorio il progredire dell’azione in caso di mancato rilascio dei secondi; con fini palesemente monitori, introduce – seppure in negativo (“non può essere chiamato a rispondere”) – il concetto di responsabilità per illecito da ritardo», così ancora e molto acutamente M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit.

³⁴ Così E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 514, tesi già esposta in Id., *La difficoltà di “semplificare”*, in *Diritto amministrativo*, 1998, p. 335 ss. Su queste tematiche, si v. anche F. Salvia, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove Autonomie*, 2008, p. 447 ss.; R. Ferrara, *Le “complicazioni” della semplificazione amministrativa: verso un’amministrazione senza qualità*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1999, p. 327 ss.; da ultimo, M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 59.

³⁵ Così M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 60. Ma sul punto si vedano le interessanti riflessioni che nella occasione congressuale che ha sollecitato questo lavoro sono state svolte, con riguardo al settore delle opere pubbliche e delle infrastrutture, da E. Guarnieri, *L’attività consultiva nel bilanciamento tra tecnica e semplificazione*, cit.

³⁶ Così M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 60. Sul fenomeno per cui gli istituti di semplificazione comportano la trasformazione radicale del procedimento e, in specie, della fase istruttoria nonché, più in generale, sull’effetto della semplificazione dell’attività amministrativa di spingere ai margini il procedimento e di attirare al centro la decisione, sempre M. Occhiena, *L’incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativi: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Diritto e società*, 1998, 2/3, p. 508 ss. Parla di una «esigenza di accelerare il procedimento amministrativo», G. Piperata, *Semplificazione e digitalizzazione nelle recenti politiche di riforma della pubblica amministrazione*, in F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini (a cura di), *L’amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, BUP, 2016, p. 255.

pubblici in un lasso di tempo congruo rispetto agli interessi in gioco e secondo modalità prevedibili³⁷, è del pari evidente come le soluzioni di pretesa “semplificazione” approntate non hanno certo assicurato un risultato accettabile: da un lato invece di concentrare le decisioni ad elevato grado di componente tecnica in capo ai Corpi tecnici si è optato per un depotenziamento della loro funzione (consultiva) e dall’altro, come si dirà più avanti non sono stati posti in essere i necessari rimedi sul piano organizzativo³⁸.

Il problema del tempo del decidere in sostanza è stato semplicisticamente affrontato non tanto con norme finalizzate a rendere sollecito l’esercizio delle valutazioni tecniche contingentandone i tempi, quanto con norme che le obliterano del tutto. In sostanza, non si può concordare con i rilievi critici sollevati in dottrina con riguardo alla vigente disciplina dell’art. 16, l. n. 241/1990, nella quale traspare evidente l’intenzione di dequotare e disconoscere l’insostituibile rilevanza della valutazione tecnica, fondata sull’acquisizione di dati e conoscenze (sempre utili, ma talvolta del tutto necessari) per adottare una decisione di qualità³⁹.

L’impossibilità di decidere e di decidere in modo efficiente e tempestivo dei Corpi tecnici, quindi, trova una sua causa già nelle scelte che sul piano dell’esercizio del potere sono state compiute dal legislatore⁴⁰, ma in realtà è difficile dire se si tratti di una vera e propria causa o se invece piuttosto essa non sia l’effetto di un più risalente processo di indebolimento dei Corpi tecnici sul piano organizzativo.

³⁷ Sul punto, F. Merusi, *La certezza dell’azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 4, p. 527 ss. e di P. Lazzara, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 533 ss. In giurisprudenza, Cons. St., VI, 28 ottobre 2015, n. 4927.

³⁸ Così M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 60; ma già C. Barbati, *L’attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., p. 137 ss. Esempi recenti di riforma razionalizzatrice degli apparati consultivi dell’amministrazione pubblica sono i decreti approvati dal Governo francese nel 2006 e nel 2009, su cui J. Morand-Deville, *Vers une démocratie administrative délibérative. Consultation, concertation, participation*, in *Foro amministrativo-TAR*, 2011, 12, p. 4179 ss.

³⁹ Ben si possono condividere le riflessioni degli studiosi secondo cui «potrebbe dirsi, con una battuta, che nella disciplina vigente il parere è, al più, tollerato. Ne consegue il sacrificio di quella qualità delle decisioni che ne costituisce la ragione fondante siccome *supra* delineata, essendo il parere istituito finalizzato a fornire valutazioni tecniche e scientifiche utili per emanare una decisione qualitativamente migliore, dunque in grado di meglio realizzare gli interessi pubblici e di meglio compendiare gli interessi (pubblici ma soprattutto) privati coinvolti dall’azione amministrativa. Ciò specialmente qualora venga fatto cadere pure il limite dei c.d. ‘interessi sensibili’ (è il caso del sopra menzionato art. 17-bis, cit., nella criticata interpretazione offerta dal Consiglio di Stato). Si ritiene, allora e in ottica conclusiva, che per realizzare la semplificazione non ci si possa esclusivamente limitare a eliminare momenti istruttori, accorciando la catena decisionale e riducendo lo spazio tra l’inizio del procedimento e l’adozione del provvedimento che lo conclude. Il timore è che, se si concede una riflessione che ha il sapore della provocazione, dopo la formalizzazione dell’irrelevanza dei vizi procedurali (il riferimento è, ovviamente, all’art. 21 octies, legge 241/1990), si debba un domani fare i conti con una norma che preveda la non annullabilità di una decisione errata, in quanto adottata senza il prescritto parere, ma tempestiva». Così ancora M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 61.

⁴⁰ Così E. Guarnieri, *L’attività consultiva nel bilanciamento tra tecnica e semplificazione*, cit., secondo cui «la rilevata crisi strutturale organizzativa altro non è che un riflesso (fisiologico) della derubricazione del parere quand’anche obbligatorio, ad un accidente, neppure troppo rilevante».

5. (Segue): per difetto delle necessarie dotazioni organiche

Da tempo oramai si lamenta come nelle scelte del legislatore e del governo della Repubblica si sia assistito ad un progressivo processo di erosione delle dotazioni organiche dei Corpi tecnici e di depotenziamento del loro ruolo nel contesto dell'organizzazione delle pubbliche Amministrazioni, a partire dall'Amministrazione statale.

Il problema è antico oramai, sono passati quasi trentacinque anni da quando la Svimez pubblicò una preziosa ricerca sulle dimensioni ed il reclutamento della burocrazia dall'unità d'Italia ad oggi⁴¹, e già da allora si segnalava la rilevanza del problema, in termini di vera e propria emergenza. Già allora l'incidenza quantitativa dei dipendenti pubblici di formazione tecnica e destinati alle "amministrazioni tecniche", a quelli che chiamiamo Corpi tecnici, era inferiore al cinque per cento del totale, «la burocrazia (già allora, era) una struttura governata prevalentemente da giuristi»⁴². Il «peso determinante dei laureati in giurisprudenza nell'amministrazione» già sul finire degli anni Settanta dello scorso secolo era percepito come un reale problema delle nostre pubbliche Amministrazioni tanto da indurre la dottrina a parlare di una vera e propria "detecnicizzazione" del Sistema amministrativo italiano⁴³.

Ebbene, a trent'anni di distanza, sempre la Svimez è ritornata sul tema con un seminario su "I Corpi Tecnici della pubblica amministrazione centrale"⁴⁴ e ne è emerso un quadro ancor più preoccupante e all'apparenza quasi irrecuperabile. Da un lato, infatti, si è segnalato come si siano eliminati anche dal punto di vista della loro autonomia organizzativa dei veri e propri Corpi tecnici, tanto da far rilevare come in realtà dal punto di vista formale (quello dei ruoli dell'Amministrazione) «i Corpi tecnici non esistono più»⁴⁵ e dall'altro, sul ben più rilevante piano sostanziale quel processo di depauperamento delle unità organizzative semplici o complesse dotate di personale tecnico qualificato si siano sempre più indebolite⁴⁶, sino a giungere ad una assoluta irrilevanza in termini quantitativi nelle dinamiche "produttive" dei Corpi burocratici.

Il personale tecnico nell'Amministrazione dello Stato, fatte salve le Amministrazioni indipendenti, alcune Agenzie ed alcuni Enti pubblici, si è difatti enormemente ridotto a causa di tre fattori di accelerazione: l'indirizzo neoliberista sulla privatizzazione delle amministrazioni, il venir meno delle politiche pubbliche rispetto all'attività legislativa, la politica del personale perseguita negli ultimi venticinque (trenta) anni⁴⁷.

⁴¹ Il riferimento è al volume pubblicato nella Collana F. Giordano della Svimez curato da S. Cassese, *Questione amministrativa e questione meridionale. Dimensioni e reclutamento della burocrazia dall'Unità ad oggi*, Milano, Giuffrè, 1977.

⁴² Così S. Cassese, *Questione amministrativa e questione meridionale*, cit., p. 20.

⁴³ Così sempre S. Cassese, *Questione amministrativa e questione meridionale*, cit., p. 18 ss.

⁴⁴ Sulla riflessione nel suo complesso si veda M. Carabba, *I corpi tecnici della pubblica Amministrazione centrale. Indirizzi di salute*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2019, 2, p. 287 ss.

⁴⁵ A. Zuccaro, *La crisi dei corpi tecnici della p. A. nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, p. 303 ss.

⁴⁶ G. Melis, *Culture dei "tecnici" e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, cit., p. 291 ss. Sul punto anche le riflessioni di T. Bonetti, *Corpi tecnici e legge 241/1990 tra innovazioni e continuità: un inquadramento*, cit.

⁴⁷ A. Zuccaro, *La crisi dei corpi tecnici della p. A. nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, cit., p. 303 ss.

Gli studi di settore rilevano come «le politiche pubbliche di settore si sono gradualmente affievolite, per le restrizioni finanziarie e soprattutto per l'affermarsi della tendenza ad un intervento legislativo alluvionale, frazionato e derogatorio. Nella totale assenza di politiche di settore, piani e programmi, la funzione legislativa/normativa si è affermata come unico strumento della politica per controllare le situazioni e le tendenze in atto». È quindi «venuta meno la necessità di professionalità tecniche adeguate per la predisposizione di piani e di programmi, per la loro attuazione e la verifica dei risultati raggiunti, e si sono affermati gli *amministrativi*. Dal funzionario che applica norme si è passati all'alto funzionario che produce le norme, suggerendole – tramite il Ministro – al Governo che le impone al Parlamento. In tal modo, il predominio dei giuristi nell'amministrazione, rispetto ai tecnici, è diventato pressoché assoluto»⁴⁸.

Come si era anticipato, trova conferma l'idea che la crisi dei Corpi tecnici abbia una origine ben più risalente della legge sul procedimento amministrativo che risiede nelle scelte organizzative e di politica pubblica che nella stagione Repubblicana si sono assunte (con maggiore o minor grado di consapevolezza negli ultimi trent'anni). I limiti che originano dalle previsioni in materia di procedimento amministrativo, se si vuole, consolidano la crisi e senza incidere in nessun modo sulle cause del problema (ed anzi addirittura colpevolmente ignorandole) giungendo paradossalmente a consolidarne gli effetti gravemente pregiudizievoli sulla qualità delle decisioni pubbliche⁴⁹.

6. Il coraggio di decidere: rimedi e strumenti per smentire Alessandro Manzoni a mo' di conclusione

Giunti a questo punto rimane da esaminare il tema del coraggio di decidere, tema (o meglio problema) che in realtà accomuna i Corpi tecnici ai Corpi amministrativi "ordinari". Si tratta di un tema di grande attualità e ampiamente denunciato nella dottrina amministrativistica: il timore di assumere decisioni – anche sul piano tecnico – che comportano l'assunzione di rilevanti responsabilità giuridiche e patrimoniali per le Amministrazioni e, conseguentemente, in termini di responsabilità amministrativa (contabile) per i dipendenti pubblici dei Corpi amministrativi⁵⁰. Tanto da indurre anche il

⁴⁸ Così ancora A. Zuccaro, *La crisi dei corpi tecnici della p. A. nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, cit., il quale rileva come «i dati si ricavano dai siti delle amministrazioni. Si vede, così, che l'ISPRA (Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale), nel quale si sono accorpati diversi Enti, agenzie ed Uffici con funzioni di studio e ricerca in materia, vede una forte presenza di dirigenti amministrativi. Invece, le strutture del Consiglio superiore dei lavori pubblici (che produce certificazioni, pareri, norme tecniche, ma non progetti) sono tutte coperte da ingegneri. Il "Genio civile", com'è noto, è stato decentrato alle Regioni e si è articolato su Uffici provinciali; a capo del Genio civile di Roma troviamo come Segretario generale un amministrativo, e gli uffici sono ripartiti tra amministrativi e tecnici (ad es., il direttore infrastrutture e mobilità è un esperto di contabilità pubblica). Per il personale non dirigente v'è stata una evoluzione analoga ma più marcata, per l'assenza di formalizzazione dei posti-funzione».

⁴⁹ T. Bonetti, *Corpi tecnici e legge 241/1990 tra innovazioni e continuità: un inquadramento*, cit.

⁵⁰ Sul punto si ricorda la riflessione di cui si è fatta carico l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017 ed *ivi*, le conclusioni di S. Cassese, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*.

recente legislatore ad adottare timide e temporanee misure, peraltro non unanimemente, condivise per affrontare il problema⁵¹.

Si potrebbe ipotizzare che in realtà il problema sia largamente sovrastimato, ovvero che le cause di tale problema non siano riconducibili ai timori (o al peso) della responsabilità quanto all'assenza di coraggio dei pubblici dipendenti. E riprendendo la notazione manzoniana si potrebbe amaramente concludere che «il coraggio, uno, se non ce l'ha, mica se lo può dare»⁵².

In realtà la conclusione oltre ad essere eccessivamente pessimista nella rilevazione di una totale assenza di coraggio nelle fila del personale pubblico, che invece largamente aderisce al precetto costituzionale dell'adempiere ai propri doveri «con disciplina ed onore»⁵³, parrebbe anche fuor di fuoco. Si ritiene infatti che il problema cui si deve porre rimedio non è il difetto di coraggio, quanto invece proprio i limiti che sia sul piano procedimentale, sia sul piano organizzativo sono stati pur in sintesi segnalati nelle pagine che precedono.

Ma come si può ritrovare il coraggio, o meglio ritornare all'efficienza di una buona amministrazione? Come ricorda la migliore dottrina, «nelle ricorrenti crisi che hanno caratterizzato l'avvio di millennio, la ricetta che costantemente viene rinvenuta è la medesima: semplificare l'amministrazione italiana», in ogni programma di governo in ogni riflessione giornalistica (e si perdoni l'ossimoro) «la *vulgata* è che tutti i mali del Paese vadano ascritti alla burocrazia dei vari livelli di governo (oltre che alla giurisdizione amministrativa)»⁵⁴. È da almeno due decenni che si lavora su misure di semplificazione amministrativa sotto il profilo giuridico, con un accanimento terapeutico sul corpo della legge generale sul procedimento amministrativo che per alcuni istituti è diventato davvero poco comprensibile)⁵⁵.

me, cit., p. 351 ss., e sul “peso” dei controlli e della giurisdizione della Corte dei conti e di altre Autorità di vigilanza, p. 355. Oramai denunciato anche sul versante della giurisdizione dove appunto i Giudici amministrativi lamentano una inattività delle pubbliche Amministrazioni che preferiscono demandare ai giudici l'adozione di decisioni che pure istituzionalmente le competono. Da ultimo si veda A. Savo Amodio, *Relazione del Presidente in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio*, Roma, 2021, p. 10 ss.

⁵¹ Per un approfondimento sia consentito il rinvio ad A. Police, *Una nuova stagione per la Corte dei conti e per la sua funzione di garanzia “nelle fasi avverse del ciclo economico”*, Editoriale, in *Rivista della Corte dei conti*, Roma, 2020, 4, p. 1 ss. Tema che è però ancora all'attenzione del Legislatore e del Governo, come segnala M. Draghi, *Discorso del Presidente del Consiglio dei Ministri* in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei conti, Roma, febbraio 2021.

⁵² Così, come arcinoto, A. Manzoni, *I promessi sposi*, capitolo XXV, è questa la riflessione che egli pone sulle labbra di Don Abbondio al termine del colloquio con il Cardinale Borromeo.

⁵³ Per riprendere le parole dell'art. 54 Cost., su cui i commenti di L. Ventura, *Art. 54: Rapporti politici*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, II, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1994, p. 47 ss.; G.M. Salerno, *Art. 54*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, p. 47 ss. Sul punto resta fondamentale la riflessione di G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 172 ss., e più di recente, R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministratori alla correttezza dei funzionari*, in R. Cavallo Perin, F. Merloni (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 153 ss.

⁵⁴ Così A. Sandulli, *Le riforme necessarie per migliorare la pubblica Amministrazione*, in *Luiss Open*, Roma, 2020.

⁵⁵ Come ben mette in evidenza A. Sandulli, *Le riforme necessarie*, cit., «tra l'altro, bisogna fare atten-

Ciò che invece occorre davvero sarebbe concentrare al massivo (e quindi con le inevitabili eccezioni dovute alla complessità di alcuni “problemi amministrativi”) la decisione ultima in capo ad un unico decisore pubblico. Ed ove la decisione sia di tipo (anche solo prevalentemente) tecnico lasciarla direttamente in capo a tale Organo (inteso come ufficio-organo dell’Amministrazione) che dotato delle necessarie competenze tecniche per decidere. È infatti la frammentazione delle decisioni o meglio della responsabilità per l’assunzione delle decisioni amministrative che determina l’inerzia o comunque la tardività del provvedere. Che questa possa essere una soluzione efficiente è provato del resto proprio in quegli ambiti in cui tale concentrazione è stata realizzata in capo a qualificati (ed indipendenti) Organi tecnici. Il riferimento è come evidente ad alcune importanti Amministrazioni indipendenti, alle quali come è ben noto il coraggio di decidere (avendone il potere) non manca affatto⁵⁶.

Ed il lascito di Marco D’Alberti nei suoi anni presso l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ne è testimonianza più che significativa⁵⁷.

Ovviamente, è altresì vero il detto della nostra saggezza popolare per cui «non si fanno certo le nozze con i fichi secchi». Sempre il modello delle Autorità indipendenti dimostra che la loro efficienza nel decidere e gli elevati *standard* qualitativi dei loro provvedimenti, è strettamente collegata all’adeguatezza di organico e di mezzi finanziari. Come da tempo in dottrina si rileva, «si dovrebbero ricostruire i corpi tecnici delle pubbliche amministrazioni»⁵⁸, si dovrebbero incrementare in maniera significativa le loro dotazioni organiche, la preparazione tecnico-professionale di tali corpi, il loro prestigio professionale e sociale (anche grazie a livelli retributivi adeguati)⁵⁹.

zione a come si semplifica. L’estensione eccessiva delle misure di semplificazione amministrativa, sotto il profilo dell’ampiezza e dell’intensità, produce talvolta più guasti che benefici: se gli strumenti di semplificazione privano il cittadino di garanzie e certezze, occorre poi intervenire per correggere il tiro. In questi casi, c’è da chiedersi se non sia meglio conservare la condizione originaria e lavorare invece su altri fronti». Sul punto sia consentito il rinvio ad A. Police, *Unresponsive Administration e rimedi: una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P. A.*, in *Annuario AIPDA*, 2016, p. 331 ss.

⁵⁶ Sul punto si veda P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, p. 219 ss. E non pare certo questa la sede per richiamare la sconfinata bibliografia sul tema delle Autorità amministrative indipendenti, si rinvia per tutti al nostro onorato, M. D’Alberti, *Autorità amministrative indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Ist. Enc. It., G. Treccani, IV, Roma, 1995, p. 1 ss. e a M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005.

⁵⁷ Sul punto si vedano le mature riflessioni successive a quegli anni, M. D’Alberti, *Il valore dell’indipendenza*, in M. D’Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 11 ss.

⁵⁸ Così A. Sandulli, *Le riforme necessarie*, cit., che ricorda peraltro come «tra fine Ottocento e primi del Novecento si era investito fortemente sui corpi tecnici: genio civile, sovrintendenze, ispettorati. I migliori ingegneri, architetti, storici dell’arte, lavoravano per le amministrazioni. Nel corso del Novecento e, in particolare, nell’ultimo quarto del secolo, questo patrimonio è stato smantellato. Il personale è assunto con competenze meramente economiche e giuridiche (pur importanti ma, alle volte, dovrebbero essere complementari ad altri tipi di competenze). Ne è derivato che l’amministrazione deve costantemente mettersi nelle mani dei privati, senza essere in grado, spesso, neppure di capire se il prodotto che il privato propone sia all’altezza o di riuscire a dare indicazioni allo stesso in ordine alla direzione verso cui andare».

⁵⁹ Come ricorda sempre A. Sandulli, *Le riforme necessarie*, cit., «più di tutto, c’è da lavorare sulla valorizzazione del prestigio sociale del pubblico dipendente e, in particolare, di talune categorie di dipendenti. Tra fine Ottocento e primi del Novecento e fino al secondo dopoguerra, lo *status* sociale dell’insegnante di scuola o del medico condotto era altissimo nella comunità locale. Tradizionalmente, il trattamento econo-

Le soluzioni ci sono, come si vede, sono note da tempo ed in realtà non sono neppure di impossibile realizzazione. Quello che occorre è forse il “coraggio”, non il coraggio dei Corpi amministrativi come si è detto, ma quello dei Corpi politici di imboccare un percorso che ha il costo evidente di una separazione sostanziale, vera, tra politica e amministrazione.

mico del dipendente pubblico non è mai stato elevato, ma vi erano altre ragioni – di riconoscimento sociale, per l'appunto – che facevano sì che lavorare per finalità pubbliche, per il perseguimento di interessi generali della comunità, per il benessere delle future generazioni fosse considerato gratificante. Oggi non è più così: bisognerebbe operare, sotto questo profilo, per un ritorno alle origini».

Sul punto chiarissimo è il richiamo anche del Consiglio di Stato laddove reclama a ragione «nuovi investimenti, un adeguato ricambio generazionale, il rilancio di un approccio tecnico ed economico e non più solo legalistico, una intensa opera di formazione», così F. Patroni Griffi, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del presidente del Consiglio di Stato*, Consiglio di Stato, Roma, 2021, p. 16.

Semplificazioni e discrezionalità. Qualità della normazione e qualità dell'amministrazione

Francesco Merloni

Sommario: 1. Premessa. – 2. La semplificazione normativa. – 3. La riduzione della discrezionalità amministrativa. – 4. Potere discrezionale e qualità dell'amministrazione. – 5. Potere discrezionale e trasparenza.

1. Premessa

Marco D'Alberti è tornato negli ultimi anni ad occuparsi di un tema da lui da tempo coltivato, quello della corruzione nelle pubbliche amministrazioni¹. Si è creata così l'occasione per rinnovare e consolidare un confronto e una condivisione di opinioni che rimonta al tempo in cui entrambi eravamo giovani allievi di Massimo Severo Giannini.

C'è piena concordanza di opinioni fra noi, sia sulla descrizione del fenomeno che sull'analisi dei fattori che lo determinano e sui rimedi da adottare. Mi piace ricordare che Marco D'Alberti, diversamente da altri, non ha esitato a porsi in linea con il nuovo impulso dato alla prevenzione amministrativa della corruzione dalla legge n. 190 del 2012 e dal rafforzamento dell'Autorità nazionale anticorruzione, non facendo mai mancare le sue analisi critiche e i suoi preziosi suggerimenti.

Centrale in questa opinione comune è la constatazione della necessità di affrontare insieme i temi dell'*imparzialità soggettiva* del funzionario e dell'*imparzialità oggettiva* dell'amministrazione, che oggi possiamo anche definire come "integrità dell'amministrazione", con ciò intendendo la sua capacità di curare in modo pieno, effettivo, efficace e imparziale l'interesse pubblico. Consapevoli che è interesse pubblico l'uguaglianza sostanziale dei cittadini di cui all'art. 3, co. 2, Cost., e la cura dei diritti fondamentali di tutti, a partire dai più deboli.

¹ Basta ricordare il volume curato da lui con Renato Finocchi Gheri, *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, e, più di recente: M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016; M. D'Alberti (a cura di) *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2018; il breve, ma bellissimo, *Corruzione*, scritto nel 2020 per La Treccani.

Di qui l'indicazione di una vasta serie di rimedi volti a garantire l'imparzialità dell'amministrazione. Due tra questi sono segnalati da Marco D'Alberti con particolare attenzione: da un lato la semplificazione normativa, ad evitare le sacche di incertezza interpretativa e applicativa nelle quali si può annidare anche la corruzione e, dall'altro, di una riduzione della discrezionalità amministrativa².

Su questi due punti mi voglio soffermare per provare a far un poco progredire la riflessione culturale e scientifica.

2. La semplificazione normativa

La normativa vigente va "semplificata" non per un astratto "*esprit de géométrie*", ma proprio per assicurarne un'attuazione rapida, effettiva, costituzionale. La semplificazione delle norme, ci dice Marco, va fatta avendo in mente sempre l'amministrazione (le amministrazioni) che saranno poi chiamate a darne la necessaria applicazione.

Sotto questo profilo non si può che concordare sulla gravissima condizione in cui oggi è ridotta la nostra normazione, a partire dalla quella primaria.

La normazione è sovrabbondante e piena di antinomie e contraddizioni; per chiunque la debba applicare, soprattutto per le pubbliche amministrazioni, appare difficile non solo interpretare correttamente le disposizioni, ma spesso addirittura individuare la norma che regola la specifica fattispecie. Le amministrazioni vivono in una perenne incertezza del dato normativo e stentano ad operare correttamente.

Inutile richiamare le cause di una tale condizione di cattiva qualità normativa: un eccesso di normazione, che riflette anche un eccesso di fonti e di livelli di produzione normativa. Solo per la normazione primaria si sovrappongono, spesso con labili criteri di competenza, fonti internazionali, europee, nazionali e regionali; la normazione secondaria vede una moltiplicazione quasi parossistica di fonti regolamentari, in gran parte nella forma dei decreti governativi: DPCM, interministeriali, ministeriali e di fonti affidate ad altri soggetti, in particolare le Autorità amministrative indipendenti (cui sono affidati non sempre definiti poteri di *soft law*).

L'eccesso di normazione deriva anche dalla ossessiva ricerca, da parte di governi transitori e di corta durata, di interventi miracolosi ("salva Italia", "spazza-corrotti", "sblocca-cantieri" e così via), ovvero dettati da situazioni che appaiono ormai strutturalmente emergenziali. Al di là del caso degli interventi legati alla pandemia Covid-19, purtroppo destinati a consolidare la condizione descritta, il legislatore (si dovrebbe dire il governo legiferante) è sempre in condizioni di emergenza: perché non aveva previsto fenomeni presentati come improvvisi o perché costretto a riscontrare una continua situazione di difficoltà delle amministrazioni ad attuare tempestivamente le leggi, anche se entrate in vigore da pochissimo tempo.

² Questi rimedi assumono rilievo anche nel Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, istituito dal Presidente della Camera dei deputati nel 1996 e coordinato da Sabino Cassese, rinvenibile negli Atti Parlamentari. Il rapporto è stato pubblicato, con il titolo *La lotta alla corruzione*, anche da Laterza nel 1998.

Di qui l'uso di disposizioni modificative di norme appena approvate, ovvero di deroghe, o di "sospensioni" dell'efficacia di singole, minute, disposizioni di legge.

La semplificazione normativa, che si confronta con queste rilevanti tendenze alla complicazione, si persegue con l'adozione di testi unici o di codici destinati a raccogliere, armonizzandole, tutte le disposizioni di legge vigenti in un determinato settore, con la contestuale abrogazione di tutta la precedente, sparsa, legislazione. Il modello per Marco è quello della britannica *Law Commission*³, ma si potrebbe ricordare anche la francese *Commission supérieure de codification*⁴.

Anche l'Italia ha realizzato opere di semplificazione e consolidamento di disposizioni di legge, in legge generali o in "codici" in settori rilevanti (ambiente, beni culturali e paesaggio, edilizia, privacy, contratti pubblici, amministrazione digitale), che hanno dovuto fare i conti con i successivi interventi normativi, spesso emergenziali, che non sempre hanno rispettato il dovere tipico conseguente alla codificazione, quello di intervenire solo modificando, in modo armonico, il codice vigente. Al contrario, si contano sempre più spesso abrogazioni di singole disposizioni, norme destinate ad operare in parallelo e al di fuori dei codici, norme di deroga temporanea o di sospensione di loro singole disposizioni.

La materia dei contratti pubblici è assolutamente paradigmatica per cogliere le difficoltà di ogni intrapresa di semplificazione normativa. Sulla base di una normativa europea sempre più volta alla riduzione dell'impatto di norme di dettaglio, si sono succedute: una legge generale (la legge "Merloni" del 1994) e due Codici (quello del 2006 e quello del 2016). Non è questa la sede per una compiuta ricostruzione del "massacro" operato sul Codice dei contratti del 2016⁵ da un legislatore che, nel succedersi dei governi, si è dimostrato schizofrenico e alla ricerca di facile consenso.

Basta qui trarre da queste esperienze qualche insegnamento, a partire dall'assicurare le condizioni per il successo effettivo di operazioni di semplificazione normativa, quali un tempo sufficiente ad impostare i relativi progetti, l'autorevolezza e l'indipendenza del soggetto chiamato alla semplificazione, un coinvolgimento stretto del Parlamento (a sua volta dotato di Commissioni per la legislazione con poteri effettivi di intervento sulla qualità dei testi approvati), l'accettazione bipartisan della necessità di procedere all'armonizzazione delle norme e di rispettare successivamente la disciplina così formata. C'è da riflettere anche sullo strumento della delega al governo, in un contesto di breve durata dei governi e di forte turbolenza politica. Un codice predisposto dal transitorio governo di turno può essere visto dal successivo come obiettivo da colpire, anche al fine di rimarcare la discontinuità del nuovo indirizzo politico rispetto al precedente.

Ma, soprattutto, occorre concordare sugli scopi e sul contenuto dell'operazione di semplificazione. Se lo scopo è giungere ad una normazione primaria che consenta

³ La *Law Commission* opera, in stretto rapporto con i ministeri interessati e con il Parlamento e in modo bipartisan, presentando progetti di "*consolidation*" della legislazione vigente, cui non viene mai attribuito il nome di Codice o di testo unico.

⁴ La Commissione opera presso il Primo ministro e ha finora adottato oltre 75 codici, testi spesso molto lunghi, dettagliati; comprensivi, insieme, di norme di rango legislativo e di rango regolamentare.

⁵ Per questo sia consentito rinviare a A. Massera, F. Merloni, *L'eterno cantiere del codice dei contratti*, in *Diritto pubblico*, 2021, 2.

un'applicazione, tanto dei giudici quanto delle amministrazioni, piena, effettiva e costituzionale, va sciolto il nodo del carattere della normazione, nell'alternativa tra una normazione primaria snella, chiara, volta più a porre limiti all'azione che non a guidarla passo passo, ovvero una normativa di estremo dettaglio nella quale le amministrazioni e i loro funzionari trovino indicazioni precise, vincolanti e di facile interpretazione e applicazione.

Di nuovo il Codice dei contratti può essere impiegato come esempio tipico di questo dilemma. Da un lato la tendenza del legislatore italiano, anche in virtù della derivazione contabilistica della disciplina dei contratti pubblici, a dettare norme di dettaglio/vincolo come baluardo contro la cattiva amministrazione e contro la corruzione, nonostante la prassi ci dica, ad esempio, che i criteri automatici come quello del massimo ribasso nell'aggiudicazione della gara sono ben lungi dal porre l'amministrazione al riparo da corruzione e spreco di risorse pubbliche (basti pensare al sistematico ricorso successivo alla prassi delle varianti, che producono aumenti dei costi e sono inevitabilmente al centro di pressioni indebite sul decisore pubblico). Dall'altro lato la strada europea del divieto del *gold plating*, l'espressa preferenza per un rilevante spazio di discrezionalità per le amministrazioni, già nella progettazione, nella configurazione del bando e nella valutazione delle offerte in sede di aggiudicazione (il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), anche in rapporto all'affidabilità delle imprese partecipanti.

Nella tensione tra questi due poli il Codice dei contratti del 2016, se si poneva in linea con la piena attuazione del modello comunitario, è stato fin dal suo concepimento "impiombato" dal solito eccesso di normazione. Già il codice, pur più contenuto del precedente del 2006, conteneva norme di notevole dettaglio. La sua attuazione, poi, è stata affidata ad un groviglio di fonti normative secondarie, alcune sicuramente normative (i regolamenti governativi, in un numero spropositato), altre sicuramente non normative (le linee guida ANAC previste in via generale dall'art. 213, co. 2, del Codice), altre di incerta natura (alcune linee guida ANAC cui espressamente rinviavano singole disposizioni del Codice). Fino al paradossale intervento del decreto "sblocca-cantieri" (governo Conte 1), che ha sospeso alcune norme del Codice e ha mantenuto in vita le Linee guida, ma in vista di una loro integrale sostituzione con un maxi regolamento governativo, che ci riportasse al modello del regolamento attuativo del codice del 2006. I governi successivi (Conte 2 e Draghi) hanno continuato sulla strada delle abrogazioni parziali e delle deroghe sistematiche al codice, senza peraltro decidere in via definitiva sull'adozione o meno dell'ipotizzato regolamento governativo⁶. Si noti che questa volta il ritorno alla normazione di estremo dettaglio non nasceva da intenti di lotta alla corruzione (l'ANAC non lo ha mai proposto, poiché ha sempre ritenuto la scelta della normazione primaria leggera come pienamente compatibile con il contrasto alla corruzione), ma da richieste provenienti dalle stesse amministrazioni (con l'ANCI in testa), motivate dall'esigenza di dare "certezze" ai funzionari, in fuga dalle responsabilità connesse all'esercizio di ampi poteri discrezionali. Il che impone qualche ulteriore riflessione proprio sul tema della discrezionalità e della sua possibile riduzione.

⁶ Nel frattempo predisposto da una Commissione che ha operato presso il MIT e composto da oltre 300 articoli.

3. La riduzione della discrezionalità amministrativa

Che la corruzione e la cattiva amministrazione si possano contrastare riducendo la discrezionalità amministrativa è opinione diffusa, anche nel mondo del diritto⁷. Essa merita, però, qualche maggiore riflessione.

Se, come tutti conveniamo, la legge, proprio perché generale e astratta, non può curare l'interesse generale nel caso concreto, occorre un'opera di suo completamento, che è necessariamente affidata all'azione dell'amministrazione: azione di valutazione degli interessi in gioco e di adozione di atti di cura dell'interesse pubblico, che non può essere totalmente predeterminata dalla legge.

L'esercizio di poteri discrezionali può (deve) essere positivamente attribuito, in via generale configurato, delimitato e indirizzato, dalla legge, cioè dal complesso delle fonti di produzione normativa generale e astratta. Nell'affrontare il tema della discrezionalità ci si deve sempre domandare: fino a che punto si può spingere la legge (e gli atti di normazione secondaria necessari al suo primo completamento) nella predeterminazione delle scelte di cura dell'interesse pubblico; quanto è utile (non più si "deve": parlare di riserva di amministrazione è del tutto improprio, direi incostituzionale) lasciare all'intervento attuativo dell'amministrazione?

La domanda non è affatto solo astratta, ma è pienamente legittima proprio nelle attuali condizioni di grave difficoltà operativa delle pubbliche amministrazioni. Se l'amministrazione non funziona, non attua tempestivamente la legge e il suo indirizzo politico, se l'amministrazione spreca tempo e risorse, se il funzionario è inefficiente o, peggio, corrotto, ecco che arriva puntualmente il legislatore (ormai sempre il governo legislatore di emergenza) a "mettere le cose a posto", cioè a moltiplicare normative, primarie e secondarie, sempre più piene di disposizioni che fissano compiti, obiettivi, procedimenti, singole scelte da compiere.

La legge si gonfia come un essere gigantesco che tutto decide e impone. Una prospettiva impraticabile e illusoria. Anche qui la vicenda del Codice dei contratti ci ha dimostrato che laddove le amministrazioni continuino a restare nelle condizioni di pessima operatività in cui lo stesso legislatore le ha poste, dapprima si interviene con eccessi di produzione normativa; poi, siccome questa soluzione semplicemente non può funzionare, si fa saltare il banco per intero: dall'ipertrofia normativa si passa, semplicemente, alla deroga della legge (di quella stessa legge pochi mesi prima resa ipertrofica), con ciò restituendo ai decisori amministrativi (organi politici e organi amministrativi) uno spazio decisionale ben maggiore della discrezionalità conferita e controllata. Fino a toccare, se non oltrepassare, il confine che separa il potere discrezionale dall'area della libertà incondizionata di agire.

La discrezionalità come opera di progressivo completamento della legge (con atti di programmazione e di indirizzo affidati agli organi di indirizzo politico; con atti di ge-

⁷ Già il Comitato di studio sulla corruzione del 1996, prima richiamato, affermava: «Quanto più estesa è la discrezionalità dell'azione amministrativa [...], tanto più agevole e al riparo da rischi risulta la conclusione del patto illecito». Marco D'Alberti ritorna sul tema nei suoi interventi recenti e, nel saggio *Corruzione*, cit., nel ricordare che «un margine di discrezionalità è fisiologico», propone di dedicare particolare attenzione all'«eccesso di discrezionalità».

stione affidati, nel quadro della legge e degli atti di indirizzo, agli organi amministrativi) è non solo ineludibile, ma necessaria. L'ipertrofia normativa, quando non produce situazioni di vera paralisi amministrativa, è inevitabilmente causa di un "ingessamento" dell'azione intorno a moduli figli del tempo della legislazione, mentre l'amministrazione è *cura innovativa* dell'interesse pubblico, quanto a soluzioni organizzative, a moduli procedurali, quanto a contenuto specifico delle scelte da compiere.

Di nuovo, un esempio tratto dalla materia dei contratti pubblici. Tra le scelte chiave delle direttive comunitarie del 2014 vi è l'apertura alla discrezionalità degli Stati membri, che non consiste solo nella scelta della procedura di gara, ma comprende anche, a monte, la possibilità di trovare le soluzioni organizzative più adatte per la realizzazione di lavori o per l'erogazione di servizi pubblici. La legislazione di uno Stato membro può, pertanto, dare alle proprie amministrazioni una quota significativa di potere discrezionale, nella salvaguardia dei principi comunitari.

Se passiamo dal caso dei contratti pubblici a considerazioni più generali, la discrezionalità dell'amministrazione si rivela insostituibile per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo la breve durata nel tempo dell'efficacia della semplificazione normativa. La legge, anche semplificata, è, necessariamente, figlia delle conoscenze del legislatore, mentre l'amministrazione agisce (dovrebbe agire) in virtù di una costante opera di acquisizione di conoscenze sulla realtà, dell'applicazione di metodi scientifici e tecnologici in continua evoluzione. L'adeguamento al mutare delle condizioni reali si realizza soprattutto con l'innovazione amministrativa (la quale, semmai, potrà produrre poi, a sua volta, anche aggiornamenti e modifiche della legge). La legge deve contenere disposizioni che, mentre attribuiscono, delimitano, il potere e lo indirizzano intorno ad obiettivi di carattere generale, lasciano margini di intervento necessariamente discrezionali all'amministrazione e ai suoi organi. Una normazione "semplificata", ma che abbia la pretesa di vincolare strumenti e modalità per la sua attuazione, sarebbe oggetto di continui aggiornamenti e mancherebbe al proprio compito.

In secondo luogo la crescente contraddizione tra le esigenze di semplificazione e la complessità e la grande diversificazione della realtà, dei bisogni individuali e collettivi da soddisfare. La pluralità di fonti di conoscenza, accresciuta dalla disponibilità di dati conoscitivi in misura molto maggiore del passato e la possibilità di valorizzare queste plurali fonti di conoscenza, grazie al supporto della tecnologia informatica (banche dati e uso degli algoritmi) ci rivela una realtà sempre più complessa e articolata di quella che si coglieva con i tradizionali metodi di raccolta e analisi dei dati, che amplifica la gamma delle possibili decisioni pubbliche di risposta. Il ruolo dell'amministrazione nel governare la complessità è insostituibile. L'idea che la legge possa procedere a catalogare e standardizzare bisogni e prefigurare soluzioni (organizzative e procedurali) soddisfacenti è ottimistica e illusoria. Si pensi, ancora, all'organizzazione e all'erogazione di servizi che consistano in prestazioni di cura o di assistenza (ma il discorso è valido anche nel campo dell'istruzione e della formazione) altamente personalizzabili. La discrezionalità è lo strumento per conformare progressivamente la risposta pubblica alla complessità del reale, nel quadro degli obiettivi e dei limiti posti dalla legge.

L'invito di Marco D'Alberti a ridurre la discrezionalità credo possa essere interpretato distinguendo tra la discrezionalità, utile, dell'amministrazione nel suo complesso, nella sua opera, *politica*, di applicazione e completamento della legge e una discrezio-

nalità di natura più *tecnica*, riconosciuta agli organi di gestione (la dirigenza professionale), necessariamente delimitata, prima dalla legge (la normativa di rango primario e secondario) e poi dagli atti che ne completano l'indirizzo, ma non eliminata. Il dirigente professionale fonda la gran parte delle sue decisioni di gestione su elementi di conoscenza e sull'applicazione di regole tecniche, ma la sua scelta è sempre discrezionale, di concreta configurazione dell'interesse pubblico nel caso concreto.

Qui sta la centralità della distinzione tra atti degli organi di indirizzo politico-amministrativo e atti di gestione: l'attivazione di una positiva *dialettica* tra atti di indirizzo, che determinano, ad esempio, quali caratteri debba avere un immobile destinato all'istruzione o alla tutela della salute o quali siano le priorità nella strategia di cura di determinate patologie cliniche, e atti di gestione, che curano, ad esempio, la progettazione, determinano il bando per l'affidamento dei lavori, gestiscono la gara e procedono all'aggiudicazione, configurano le specifiche forme di intervento per la tutela della salute.

Se si garantisce il buon funzionamento dell'opera di completamento delle norme, la legge può essere (tornare ad essere) norma generale che conferisce e delimita il potere dell'amministrazione, ma non pretende di sostituirlo per intero.

Perché l'esercizio della discrezionalità a valle della legge non scada nell'arbitrio è necessario che gli atti di contenuto discrezionale contengano a loro volta regole certe e predeterminate per il successivo esercizio della discrezionalità. Si pensi ad un atto di indirizzo di un organo politico amministrativo sulla programmazione dei lavori pubblici di un'amministrazione; quest'atto provvede a individuare gli obiettivi e le priorità di azione e nello stesso tempo a precisare, nel rispetto delle norme di legge, le regole di azione per gli organi di gestione.

Pur con questi avvertimenti residuerà sempre un margine di incertezza sul corretto uso del potere discrezionale, che deve essere assicurato, oltre che dall'indipendente sindacato del giudice, da almeno due condizioni di fondo: la buona qualità delle amministrazioni e la loro trasparenza.

4. Potere discrezionale e qualità dell'amministrazione

Il problema di un buon uso del potere discrezionale deve tornare al centro della riflessione dei cultori del diritto amministrativo. Per mia inclinazione di metodo da sempre sostengo che il buon uso della discrezionalità, cioè la *qualità dell'amministrazione*, non può essere assicurato solo da norme sull'azione amministrativa (obiettivi e procedimenti per la cura efficace dell'interesse pubblico), ma che occorre curare, con scelte normative e operative appropriate, l'organizzazione delle amministrazioni.

L'amministrazione è la sua organizzazione: le competenze dei suoi uffici, i modi di svolgimento delle attività, la qualità dei suoi funzionari, l'organizzazione del loro lavoro.

L'amministrazione è l'*ambiente organizzativo* nel quale il funzionario che partecipa all'azione (a vario titolo, dalla mera raccolta di dati fino all'istruttoria e alla decisione finale) si trova ad operare. Se l'amministrazione è sprovvista di funzionari tecnicamente competenti allo svolgimento dei compiti affidati, il singolo funzionario chiamato ad operare in condizioni di isolamento, laddove abbia bisogno di competenze tecniche di-

verse dalle sue (quando esse non ci sono o sono reperibili con grande difficoltà), rischia di fare scelte sbagliate, è più facilmente catturato dagli interessi coinvolti dal procedimento (con il rischio di patti corruttivi), o finisce per fuggire dalle responsabilità connesse al suo compito.

Si tratta, quindi, di affrontare il problema in modo diretto e frontale: occorre investire, in modo serio, mirato, ma con risorse significative, sulla qualità delle amministrazioni. Le soluzioni fin qui adottate, da quelle che semplicemente eludono il problema (le deroghe, le soluzioni emergenziali, il ricorso sistematico al commissariamento delle amministrazioni) fino a quelle volte a “rassicurare” il funzionario lasciato nel suo isolamento⁸, non solo si sono rivelate illusorie, ma hanno contribuito a peggiorare la qualità delle amministrazioni.

Marco D’Alberti, ragionando sulle cause della cattiva amministrazione, ha segnalato da tempo il processo di “de-tecnicizzazione” delle nostre amministrazioni. Si tratta di un fenomeno, di lunga durata, ormai da tutti rilevato, anche se non tutti convergono nell’individuazione delle cause di un tale declino⁹.

L’impoverimento tecnico delle nostre amministrazioni non è, però, un fenomeno secondario, la cui soluzione possa continuare ad essere rinviata, ma è al cuore di ogni politica volta a restituire loro il ruolo costituzionale di tutela del bene comune e dei diritti dei cittadini.

In altre parole non ha senso occuparsi oggi di semplificazioni della sola normazione (vedi il caso del recente disegno di legge per una delega volta alla riscrittura del Codice dei contratti) se non si affronta contestualmente, ma io direi prioritariamente, il tema della *ricostruzione* amministrativa, che la legge deve definire nelle sue direttrici di fondo, ma che spetta alle amministrazioni stesse realizzare. Non esistono riorganizzazioni profonde e durature del sistema amministrativo del tutto prefigurate per legge, visto il notevole ruolo che le riforme già attuate hanno attribuito tanto alla macro-organizzazione degli uffici interni (delle loro competenze) quanto alla micro-organizzazione, alle scelte di concreta configurazione del lavoro di cura dell’interesse pubblico. È indispensabile una notevole opera, discrezionale, di attuazione della legge.

⁸ Si vedano le modifiche al reato di abuso di ufficio o alla responsabilità amministrativo-contabile introdotte dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁹ Già il Comitato di studio coordinato da Sabino Cassese nel 1996 segnalava «la debolezza e l’assenza di corpi tecnici» (p. 23). Per quanto mi riguarda le cause principali stanno, da un lato nella dominanza di un pensiero iperliberista (Romano Prodi, nel suo recente libro *Strana vita, la mia*, Milano, Solferino, 2021, ha parlato di “teologia liberista”) che vede nelle amministrazioni solo un intralcio al libero dispiegarsi del mercato e della sua capacità di soddisfare i bisogni individuali e collettivi; pensiero profondamente antisociale e anticostituzionale, perché volto proprio a compromettere la tutela dei diritti fondamentali delle persone. Dall’altro lato vi è stato, in Italia, il miope atteggiamento del ceto politico che ha accompagnato le politiche di distruzione delle capacità operative delle amministrazioni, nell’illusione di poter fare a meno di una “burocrazia” presentata come naturalmente inefficiente. Di qui il fiorire delle infinite soluzioni di esternalizzazione di funzioni pubbliche (dalle privatizzazioni solo formali alla preferenza per servizi forniti da imprese private esterne per compiti attinenti alla cura dell’interesse pubblico: la conoscenza della realtà, le progettazioni, lo svolgimento di attività di pubblico interesse) o di introduzione di figure straordinarie all’interno delle amministrazioni (dai Commissari al caso del Collegio consultivo tecnico, previsto anch’esso dal d.l. n. 76/2020). Sul rischio delle privatizzazioni solo formali e delle commissioni che esse creano con interessi esterni si vedano, ancora, le considerazioni del Comitato di studio del 1996 (p. 18).

L'amministrazione funzionale e imparziale di cui all'articolo 97 della Costituzione è un'amministrazione di cui occorre tornare a garantire la qualità, che oggi comprendiamo meglio come *effettiva capacità* di svolgere in autonomia, senza impropri condizionamenti di interessi privati particolari, le attività di: conoscenza e valutazione della realtà nella complessità dei fenomeni da governare; progettazione degli interventi di cura dell'interesse pubblico; adozione di atti nel coinvolgimento dei soggetti portatori di interessi; cura dell'imparzialità soggettiva dei funzionari. Un'amministrazione che disponga di un adeguato tasso di competenze tecniche, manageriali, etiche.

In questa prospettiva non mi pare di vedere nel PNRR che l'Italia ha predisposto nel quadro dell'utilizzazione del Recovery Fund un'adeguata consapevolezza del problema. Il PNRR è certamente conscio della necessità di dare attuazione ai progetti di investimento, nei tempi previsti dal piano e dell'importanza di disporre di un sistema amministrativo attrezzato alla bisogna. Resta, vista l'esiguità dei fondi stanziati e la logica solo temporanea del reclutamento di nuovi quadri tecnici nelle amministrazioni (ancora affiancata, però, all'utilizzazione di competenze esterne, acquisite nella forma di servizi resi alle amministrazioni), l'impressione di una visione solo strettamente strumentale e parziale. Non sembra cogliersi appieno la gravità della condizione attuale delle amministrazioni; non si vede, cioè, la necessità di utilizzare il PNRR per una vera e sostanziale inversione di tendenza rispetto alle politiche pubbliche degli ultimi decenni, di aperta e consapevole riduzione delle capacità operative delle amministrazioni, che le politiche economiche europee hanno imposto (con la zelante adesione dell'Italia) da almeno trent'anni.

Le politiche di reclutamento di personale pubblico vanno ripensate (ribaltate?) avendo di mira la creazione di quell'ambiente organizzativo complessivo nel quale siano presenti competenze tecniche diverse, destinate ad operare in collaborazione, in linea con il ruolo costituzionale delle amministrazioni¹⁰. Vi è quindi un problema di numeri complessivi, ai diversi livelli di governo (per riportare l'Italia almeno ad un minimo rapporto, paragonabile con i principali paesi europei, tra funzionari attivi e a tempo indeterminato e popolazione servita); ma, soprattutto, vi è un problema di qualità delle competenze da reclutare. Sempre pensando al settore, strategico, dei contratti pubblici, è illusoria qualunque ipotesi di rilancio degli investimenti pubblici senza tecnici in grado di raccogliere le informazioni necessarie per individuare i bisogni e le politiche pubbliche di risposta (informatici, economisti, sociologi), di dare supporto all'amministrazione per programmare e progettare gli interventi, le opere da realizzare o i servizi pubblici da erogare (economisti, aziendali e territoriali, ingegneri, civili e gestionali, architetti, informatici), di gestire con competenza e autorevolezza tanto le fasi di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, quanto la fondamentale fase dell'esecuzione del contratto.

¹⁰ Accanto alle finalità da curare con il reclutamento non può non porsi il tema del rinnovamento del sistema dei concorsi pubblici, nel rispetto del principio costituzionale dell'art. 97, ultimo comma. Sul punto si vedano le utilissime considerazioni di L. Zoppoli, *Pandemia, lavoro, Costituzione: nuovi equilibri, nuovo bilanciamento?*, in L. Zoppoli (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in *Diritti Lavoro Mercati*, 2021, 11. Sono auspiccate procedure «più snelle, rapide, razionali, duttili e moderne», nel superamento di regole solo formali, «rigide» e «invalidanti».

In presenza di scarse risorse a disposizione si può partire da politiche di reclutamento *mirato*, rafforzando non l'intero universo dei soggetti che compongono il nostro sistema (distribuire poche migliaia di unità di personale altamente qualificato tra le oltre 10.000 amministrazioni attualmente censite non dà un contributo reale al rafforzamento necessario), ma in via prioritaria quei nodi, quelle parti della rete che connettono il sistema amministrativo e possono essere poste al servizio dell'intero sistema (grandi servizi tecnici nazionali, regioni, province e città metropolitane, forme associative tra comuni "forti", che dispongano, cioè, di una prima robusta amministrazione). Con priorità data al rafforzamento della rete dei soggetti pubblici, rispetto agli enti di diritto privato in controllo pubblico (o cui sono state affidate attività di pubblico interesse), perché questi ultimi hanno di fatto ulteriormente impoverito gli uffici pubblici¹¹, senza peraltro assicurare né la necessaria funzionalità, né l'imparzialità dell'azione pubblica.

5. Potere discrezionale e trasparenza

La qualità organizzativa delle amministrazioni pubbliche è pertanto la condizione essenziale per un corretto uso dei poteri discrezionali. Per assicurarla è fondamentale, oltre alle politiche di rinnovo e arricchimento delle competenze dei funzionari pubblici, il concorso di un rinnovato, non formale, efficace, sistema di controlli e di una pratica costante della trasparenza, forse lo strumento più avanzato e moderno per evitare usi impropri del potere.

La trasparenza, intesa come decisione assunta *in pubblico*, nella cura dell'interesse pubblico, diviene un connotato essenziale dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

Il controllo diffuso svolto dai cittadini sull'esercizio dei poteri pubblici, che si realizza in virtù della conoscenza effettiva dei dati, documenti e informazioni detenute dalle amministrazioni, contribuisce sicuramente all'attivazione delle diverse responsabilità delle amministrazioni e dei loro funzionari: responsabilità politica per le scelte discrezionali di indirizzo politico amministrativo; responsabilità penale e amministrativo-contabile per tutti i funzionari pubblici; responsabilità disciplinare per i funzionari professionali.

Di qui anche il diffuso timore che accompagna l'emersione pubblica di vicende amministrative. La trasparenza toglie quelle garanzie di riservatezza che hanno per secoli rassicurato il pubblico funzionario, soprattutto nell'assunzione di decisioni altamente discrezionali.

Di qui l'uso strumentale della protezione dei dati personali o della pur necessaria riservatezza pubblica per negare l'accesso (sia documentale che generalizzato); di qui l'uso, anch'esso strumentale, della motivazione organizzativa per negare la trasparenza (le amministrazioni, soprattutto quelle di minori dimensioni, non ce la fanno, né a pubblicare tutti i dati richiesti dalla legge, né a rispondere alle richieste di accesso, soprattutto se molto estese).

¹¹ A causa del duplice fenomeno della fuga dei quadri tecnici verso le imprese pubbliche (attirati da retribuzioni migliori) e del prioritario reclutamento nelle imprese a scapito di quello nelle amministrazioni, anche quando queste ultime esercitano poteri di vigilanza e controllo sulle attività delle imprese.

La resistenza al decidere in pubblico non può essere rimossa rapidamente, ma può essere progressivamente superata proprio con la creazione di quell'ambiente organizzativo di qualità di cui sopra: il funzionario non più isolato, ma "confortato" (tecnicamente sorretto) dalla collaborazione di uffici e funzionari ad elevata competenza tecnica, sarà posto nelle condizioni di non temere più né l'assunzione (o il concorso all'assunzione) di decisioni discrezionali, né la sollecita e diffusa conoscenza intorno a tali decisioni che la trasparenza garantisce ai cittadini.

Il decidere in pubblico è carattere imprescindibile dell'amministrazione, sottolinea il ruolo servente, funzionale, della sua azione ai fini della cura dell'interesse pubblico, ricorda anche al funzionario che il controllo diffuso del cittadino è legittima espressione della sovranità popolare. È necessaria una formazione specifica dei funzionari all'esercizio aperto e trasparente dei poteri discrezionali, formazione non solo teorica, di richiamo dei valori costituzionali dell'amministrazione e del ruolo del funzionario pubblico, ma pratica, di sperimentazione degli strumenti e delle modalità di un esercizio quotidiano della trasparenza.

La progressiva diffusione ed effettiva conoscenza dei dati, documenti e informazioni pubbliche è diretta attuazione dell'idea costituzionale di amministrazione; è il modo ordinario di agire dell'amministrazione e di ogni funzionario pubblico.

Poiché implica una trasformazione profonda delle attuali amministrazioni, nella loro organizzazione e nelle modalità di azione, la trasparenza è un elemento portante del *progetto costituzionale di amministrazione*, aperta e democratica, che la legislazione degli ultimi anni ha fatto proprio. Non si tratta solo di riconoscere e rendere esigibile il diritto del cittadino di disporre delle informazioni che richiede, ma di rendere trasparente l'amministrazione in quanto tale¹². Un progetto che richiede un'attuazione *programmata e determinata*, soprattutto nella formazione della cultura della trasparenza, un'attuazione che faccia avvertire il funzionario che si fa sul serio; che il legislatore vuole davvero aprire l'amministrazione e gli chiede una piena condivisione del principio della trasparenza.

Di qui la centralità della trasparenza fondata soprattutto sugli obblighi di pubblicazione. La legge fissa il contenuto minimo ed essenziale dell'obbligo, determinando il dato che, oggettivamente pubblico, deve essere diffuso (e conoscibile). La legge, nell'individuare ciò che è pubblico (e pubblicato) compie direttamente il bilanciamento tra pubblicità e riservatezza, pubblica e privata. L'amministrazione non deve fare una propria valutazione di bilanciamento, ma solo individuare i propri dati, documenti e informazioni e organizzare il flusso che assicura il trasferimento dei dati dagli uffici che li detengono al sito dell'amministrazione¹³.

La trasparenza fondata sugli obblighi è più semplice di quella fondata sull'accesso individuale del cittadino. Essa mira a garantire un livello di diffusione dei dati determinato in via oggettiva, in rapporto alla qualità informativa del dato pubblico ai fini del controllo

¹² La metafora dell'amministrazione come "casa di vetro" può in qualche caso promettere troppo (in questo senso si veda E. Carloni, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, il Mulino, 2022), perché vi sono zone dell'amministrazione (della sua organizzazione e della sua azione) destinate a rimanere riservate, ma è pur sempre efficace, riletta alla luce del progetto costituzionale, per rimarcare il dovere delle amministrazioni di rendersi trasparenti.

¹³ Questa la finalità del Piano triennale di prevenzione della corruzione e di trasparenza (la "T" finale dell'acronimo PTPCT).

diffuso del cittadino. La trasparenza per accesso (documentale e generalizzato¹⁴), poiché si fonda sulla curiosità (o sulla necessità di tutelare proprie situazioni giuridiche soggettive) del singolo cittadino che accede; è una trasparenza *occasionale e casuale*, che non garantisce quella larga disponibilità dei dati necessaria in quanto connaturata alla qualità pubblica dei dati; è una trasparenza che mantiene l'amministrazione in posizione "difensiva" e non la rende trasparente; non contribuisce, se non in via indiretta, al formarsi di una cultura democratica dell'amministrazione. La trasparenza per accesso mantiene, peraltro, una sua funzione: di completamento di ciò che è già pubblicato (la curiosità del cittadino può riguardare dati non pubblicati e imporre progressivamente un ampliamento dell'area della conoscenza diffusa) e di tutela puntuale dei diritti del cittadino (l'accesso documentale assicura la possibilità di ottenere dati maggiori e più approfonditi).

Se la trasparenza è principio di rango costituzionale¹⁵, essa deve essere assicurata a tutti i cittadini, in tutte le amministrazioni e istituzioni pubbliche. Non sono pertanto legittime "semplificazioni" degli obblighi di pubblicazione volte a ridurli solo perché percepiti come un peso per l'amministrazione.

Non si possono avere, cioè, amministrazioni non trasparenti (o poco trasparenti) solo perché di piccole dimensioni; questo significherebbe dire che i cittadini residenti in Comuni medio-piccoli possano godere di un diritto alla conoscenza della loro amministrazione annullato o ridotto. Se un'amministrazione non ce la fa è il sistema amministrativo che deve riorganizzarsi per garantire il diritto costituzionalmente protetto. Con politiche di creazione di amministrazioni di maggiori dimensioni, ovvero con politiche che prevedano punti, nella rete costituita dal sistema amministrativo italiano, destinati a svolgere compiti di assistenza tecnica e operativa nei confronti delle amministrazioni lasciate in condizioni di minore operatività.

Né può essere accolto il ragionamento che fonda le semplificazioni "per riduzione" degli obblighi sul notevole onere amministrativo che tali obblighi comporterebbero. Una tale posizione, che ha giustificato nel tempo norme di tipo difensivo (si veda l'art. 24, co. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata nel 2005) in considerazione dell'onere di una diffusione cartacea dei dati e dei documenti, è del tutto ingiustificata nell'era delle tecnologie informatiche, nella quale il documento nasce già in formato elettronico e può essere trasmesso automaticamente al sito dell'amministrazione già dal momento della sua compiuta formazione. La vera semplificazione è, ancora una volta, organizzativa: l'amministrazione, con le sue forze o con l'assistenza di altre amministrazioni, deve solo rendere ordinario e costante il flusso di trasmissione dei dati; la garanzia della riservatezza pubblica e privata può essere assicurata dalla copertura di alcuni dati, per un tempo limitato o in via definitiva.

La trasparenza si rivela, quindi, un potente contrappeso all'esercizio di ampi poteri discrezionali, che oggi è alla portata di tutte le amministrazioni, diventando il modo ordinario di organizzarsi e di svolgere l'azione di cura dell'interesse pubblico.

¹⁴ Esula dai limiti di questo discorso l'approfondimento del tema dei rapporti tra le due tipologie di accesso (l'accesso c.d. "civico semplice" è in realtà uno strumento di attuazione degli obblighi di pubblicazione) e della loro possibile fusione in unico strumento.

¹⁵ Si veda l'ormai celebre sentenza della C. cost., 27 febbraio 2019, n. 20.

Lo Stato digitale e il diritto amministrativo

Luisa Torchia

Sommario: 1. La diffusione delle ICT: un cambiamento epocale? – 2. La tecnologia come strumento e come potere. – 3. I diritti nello Stato digitale. – 3.1. La tutela della privacy e i suoi limiti. – 3.2. La tutela della concorrenza. – 4. L'amministrazione nello Stato digitale: le decisioni automatizzate. – 4.1. La legalità algoritmica. – 5. Il diritto amministrativo digitale fra autoregolazione ed eteroregolazione.

1. La diffusione delle ICT: un cambiamento epocale?

La diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione ha cambiato e continua a modificare in profondità sia le relazioni sociali, sia il ruolo e le regole di esercizio del potere pubblico. Il tema è ormai oggetto di una amplissima letteratura, in continua espansione, ed è stato esaminato sotto molti e diversi profili: tecnici, sociali, economici, politici e, naturalmente, anche giuridici.

In questa letteratura si scontrano due opposti punti di vista sia per quanto riguarda la natura del fenomeno, sia per quanto riguarda i suoi effetti.

Quanto alla natura del fenomeno, vi è chi sottolinea la radicalità del cambiamento in corso, che sarebbe tale da modificare in profondità non solo l'assetto della società, le relazioni all'interno di essa, le strutture di potere pubbliche e private, ma la stessa essenza dell'umanità, con una sorta di rottura, appunto, esistenziale. Spesso i sostenitori di questa opinione si spingono sino a prospettare un futuro distopico in cui le macchine prenderanno il sopravvento sugli esseri umani e l'umanità come noi la conosciamo verrebbe irrimediabilmente modificata e, anzi, perduta¹.

A questa opinione si contrappongono coloro che ricordano i tanti casi nella storia più e meno recente in cui si sono verificati cambiamenti significativi, anzi rivoluzionari rispetto al passato, che hanno costituito però soltanto una nuova fase nella storia del-

¹N.G. Carr, *The Shallows: What the Internet Is Doing to Our Brains*, New York-London, W.W. Norton & Company, 2010 (tr. it., *Internet ci rende stupidi?*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2011); Id., *The Glass Cage: automation and us*, New York-London, W.W. Norton & Company, 2014 (tr. it., *La gabbia di vetro*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2015). Con specifico riferimento al diritto costituzionale italiano, A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista filosofia del diritto*, 2019, 1, p. 87 ss.

l'umanità. Questi cambiamenti possono avere avuto effetti positivi o negativi, ma sono stati sempre poi ricondotti a regole ed assetti che, se pur nuovi, hanno dimostrato l'infinita capacità di adattamento e di governo delle trasformazioni da parte delle società, soprattutto di quelle più sviluppate e più democratiche².

Gli esempi non mancano. Dalla reazione luddista all'introduzione dei telai meccanici alla intrinseca contraddittorietà del villaggio globale di M. McLuhan, dalla nascita dell'energia nucleare come arma da guerra al suo controllo mediante il meccanismo della mutua distruzione assicurata, dall'uso di Internet come strumento di libertà di espressione al suo uso come strumento di manipolazione dell'opinione pubblica, l'evoluzione tecnologica ha sempre prodotto nuovi assetti e posto l'esigenza di nuove regole e di nuovi modelli sociali ed economici.

Il cambiamento in atto oggi viene però spesso percepito come un cambiamento diverso, per dimensioni, estensione, qualità, rispetto ai cambiamenti del passato e, soprattutto, per i tempi velocissimi di cambiamento, ai quali seguono tempi inevitabilmente più lenti di previsione, di reazione, aggiustamento. La comparazione più spesso evocata è quella con l'accelerazione del cambiamento climatico, che produce oggi effetti non più sull'arco temporale delle decine di migliaia di anni, ma di pochi decenni: e così come assistiamo al veloce innalzamento delle temperature e alla diffusione di eventi climatici estremi, la diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione produce molto rapidamente effetti rilevanti sul mercato del lavoro, sui sistemi produttivi, sui sistemi di apprendimento, sulle relazioni sociali, sulle istituzioni e sulla politica.

Al di là della distinzione fra i due approcci che, riprendendo il titolo di un famoso libro di U. Eco, si potrebbero definire rispettivamente come l'approccio "apocalittico" e l'approccio "integrato"³ – ed escludendo, se non altro per dovere intellettuale, che si sia di fronte ad una catastrofe che non ammette alcun rimedio – è evidente che occorre sia studiare ed analizzare i cambiamenti in corso, sia chiedersi se e come questi cambiamenti possano essere regolati e disciplinati in modo da mantenere, e se possibile migliorare, gli assi portanti delle nostre società: la loro natura democratica e aperta, il principio di uguaglianza, i diritti e le garanzie degli individui, lo sviluppo e la crescita su basi sostenibili e di equa distribuzione.

Il diritto amministrativo, come insieme di istituzioni, principi e regole e la scienza del diritto amministrativo, come riflessione critica degli studiosi, non solo non sono estranei al cambiamento, ma ne sono toccati in profondità e possono contribuire ad indirizzarlo e governarlo.

2. La tecnologia come strumento e come potere

Come spesso accade nel diritto pubblico, la trasformazione tecnologica è stata riferita innanzitutto allo Stato, aggiungendo un nuovo aggettivo ai tanti già utilizzati sinora

² L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2017.

³ U. Eco, *Apocalittici e integrati: comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, Bompiani, 1964.

per indicare una caratteristica saliente non di uno specifico Stato, geograficamente identificato, ma di quell'insieme di istituzioni e di comunità, di regole e di diritti, di relazioni e di interazioni che nel corso della storia si è contemporaneamente conservato ed evoluto: dallo Stato censitario allo Stato di polizia, dallo Stato di diritto allo Stato imprenditore, dal welfare State allo Stato regolatore, dallo Stato salvatore allo Stato promotore e, infine, allo Stato digitale⁴.

Si tratta, naturalmente, di formule evocative, che di per sé non hanno particolare valore scientifico o analitico, ma sono utili per indicare la caratteristica saliente che in un determinato periodo storico caratterizza il ruolo del potere pubblico nella società – con riferimento prevalente alle società del mondo occidentale – e per segnalare il tipo di trasformazione e di cambiamento in atto, in un processo di progressiva stratificazione, nel quale gli elementi di continuità e gli elementi di innovazione si intrecciano dando luogo a nuovi assetti di potere.

Lo Stato digitale può essere esplorato lungo almeno due diversi versanti.

In una prima direzione, occorre analizzare come la diffusione di quelle tecnologie e il loro uso da parte di individui e di gruppi incida sui diritti e sulle garanzie costitutivi di un sistema aperto, pluralista e democratico. Di qui, ad esempio, il dibattito sulla tutela e sull'uso dei dati personali, sulla formazione (e possibile manipolazione) dell'opinione pubblica, sulla concentrazione di potere in capo a pochi grandi soggetti e sulla conseguente necessità di regolazione e di applicazione della disciplina antitrust.

In una seconda direzione, l'analisi si deve concentrare invece sull'utilizzo, da parte del potere pubblico, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione come un nuovo strumento per interagire con la società civile, formulare politiche, determinare regole, prendere decisioni, erogare servizi, amministrare la giustizia. Di qui, ad esempio, il dibattito sull'amministrazione digitale e sulla giustizia digitale.

La riflessione è forse oggi più avanzata per quanto riguarda la prima direzione di riflessione, anche in ragione della dimensione globale dei problemi sottostanti, che ha ridotto le differenze fra diverse esperienze nazionali e ha imposto, invece, la ricerca di soluzioni se non globali, certo sovranazionali: l'adozione del GDPR⁵ è probabilmente l'esempio più chiaro di questa tendenza.

Sull'uso delle tecnologie come nuovo strumento di governo e di amministrazione è maggiore, invece, lo spazio per l'adozione, in ciascun ordinamento nazionale, di sperimentazioni e soluzioni diverse, anche se le diverse esperienze nazionali si trovano ad affrontare lo stesso tipo di questioni e di problemi.

Conviene dunque trattare di seguito i due aspetti separatamente.

3. I diritti nello Stato digitale

Il tema dei diritti nello Stato digitale ruota intorno alla questione dei cosiddetti big data: un chiaro esempio della (antica) legge hegeliana sulla quantità che diventa quali-

⁴ V. L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, Mondadori Università, 2020.

⁵ Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento Ue 2016/679).

tà. La nuova capacità di raccogliere, aggregare, analizzare e utilizzare dati in misura prima sconosciuta⁶ per un verso incide sui diritti degli individui ai quali quei dati si riferiscono e, per altro verso, pone il problema delle condizioni di legittimità di utilizzo di quei dati e del controllo dei possibili effetti non solo sul singolo individuo, ma sulla società nel suo insieme.

Quest'ultimo problema è reso ancora più complicato dal fatto che la disponibilità dei dati è concentrata nelle mani di pochi soggetti – le cosiddette piattaforme⁷ – le cui dimensioni rendono poco efficace qualsiasi regolazione nazionale e richiederebbero strumenti di controllo per ora inediti. Si tratta di uno sviluppo paradossale, se si tiene presente che è stata proprio la regolazione di favore introdotta negli Stati Uniti per incentivare lo sviluppo di quelle che erano allora start up⁸ a consentire la crescita inarrestabile delle piattaforme, in un ambiente regolatorio con vincoli assai minori rispetto ad altri soggetti, ad esempio in materia di responsabilità: mentre un editore o un giornale risponde del contenuto (eventualmente) diffamatorio o illecito di un libro o di un giornale, le piattaforme non rispondono dei contenuti pubblicati dai loro utenti/clienti e sono quindi soggette ad un regime di responsabilità molto meno gravoso⁹. Gli eccessi prodotti da questa situazione – si pensi alla diffusione del c.d. hate speech e delle fake news – hanno prodotto comunque prima qualche debole e prevalentemente ipocrita tentativo di autoregolazione e, dopo diversi casi portati dinanzi alle corti¹⁰, un ampio dibattito sulle possibilità e gli strumenti di una regolazione pubblica.

Le principali direzioni nelle quali si stanno orientando i regolatori, nazionali e sovranazionali, sono l'estensione e il potenziamento degli strumenti di tutela della privacy e il ricorso agli strumenti della disciplina antitrust, oltre all'introduzione di principi generali per l'utilizzo degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale¹¹.

⁶ M. Delmastro, A. Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, il Mulino, 2019; G. Azzone, F. Caio, *In un mare di dati. Quali dati per le politiche quali politiche per i dati*, Milano, Mondadori, 2020.

⁷ Il termine piattaforme viene qui usato genericamente e attecnicamente per indicare sia i cosiddetti soggetti *over the top*, sia i principali operatori del settore, sia i c.d. socialmedia.

⁸ F. Bernabè, *Libertà vigilata. Privacy, sicurezza e mercato nella rete*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012.

⁹ La disciplina, oggi oggetto di diverse controversie dinanzi alle corti americane, è contenuta nella Section 230 del *Communications Decency Act*.

¹⁰ In alcuni casi le corti hanno, ad esempio, escluso la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire il delitto di diffamazione, perpetrato dagli utenti del sito mediante la pubblicazione di alcuni filmati sulla piattaforma (Cass. pen., III, 17 dicembre 2013, n. 5107) e hanno altresì ritenuto l'illegittimità di misure e strumenti che obblighino il *provider* a realizzare una sorveglianza generalizzata, attiva e preventiva sui dati immessi in rete dagli utenti (Corte giust. Ue, 24 novembre 2011, C-70/10; Corte giust., 16 febbraio 2012, C-360/10; Corte giust., 12 luglio 2011, C-324/09). In altri casi hanno invece ritenuto che il provider possa essere chiamato a rispondere per i contenuti illeciti memorizzati, solo se sia effettivamente a conoscenza dell'illegalità degli stessi e non agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitare gli accessi o che sia configurabile una responsabilità penale dell'hosting provider, a titolo di concorso omissivo nel reato commesso dall'utente, proprio in forza dell'obbligo di rimozione del materiale illecito, sancito all'art. 16 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, se il provider consapevolmente mantiene il contenuto sul proprio portale, pur sapendo della sua natura illecita, senza adottare le iniziative necessarie per evitare che la condotta diffamatoria si protraggere (Cass. civ., I, 19 marzo 2019, n. 7708).

¹¹ Oltre ai molti documenti europei che contengono indicazioni e raccomandazioni, sono in atto diversi tentativi di dettare una disciplina più stringente sul piano regolamentare, anche dopo l'adozione del *Digital*

3.1. La tutela della privacy e i suoi limiti

Il modello “industriale” delle piattaforme si basa sulla raccolta e gestione di dati e sul loro utilizzo prevalentemente commerciale. In questo modello il dato è generato dall’utente della piattaforma, mentre quest’ultima lo raccoglie, lo aggrega ad altri dati e applica sull’insieme dei dati tecniche algoritmiche di analisi, mediante le quali si individuano tipi ideali. Ciascun individuo viene poi attribuito ad un tipo in base alle caratteristiche ricorrenti e i dati vengono venduti ad operatori economici, con l’obiettivo primario di inviare all’utente messaggi pubblicitari personalizzati, con l’offerta di prodotti, servizi, prestazioni. A questo obiettivo primario si sono poi storicamente aggiunti altri utilizzi dei dati molto discussi, come la profilazione non solo a fini pubblicitari, ma fini politici, o, *rectius*, a fini di pubblicità politica e di manipolazione dell’opinione pubblica e di discriminazione sulla base del genere o dell’etnia¹².

In questo modello di produzione, ciascun utente lascia, ogniqualvolta usa una piattaforma, una “impronta digitale” e i dati così raccolti sono la merce di scambio sulla quale si fonda l’operatività economica della piattaforma.

Non è un caso, quindi, che i regolatori, e in particolare il regolatore europeo, si siano concentrati soprattutto sulla tutela della privacy – che aveva anche il vantaggio di essere una disciplina già esistente, con principi e istituti consolidati - con l’obiettivo di introdurre vincoli e garanzie sia sulla cessione dei dati, sia sul loro utilizzo. Questa disciplina è contenuta nel GDPR che, pur con evidenti limiti di efficacia ed effettività, costituisce comunque il tentativo più avanzato e completo di fornire all’individuo un insieme di diritti e garanzie per quanto riguarda non solo la protezione dei dati personali, ma anche la loro circolazione. Il GDPR contiene innanzitutto una disciplina molto articolata del consenso alla cessione dei dati, connette ad essa anche una serie di poteri di controllo attribuiti all’utente sulle proprie informazioni e di intervento sui processi di trattamento dei dati (raccolta, conservazione, utilizzo), impone limiti per quanto riguarda la comunicazione dei dati a terzi e ha introdotto una serie di principi volti a garantire sia la “*privacy by design*”, secondo cui gli strumenti automatizzati di trattamento dei dati devono essere progettati sin da principio in modo da ridurre al massimo la quantità di dati personali trattati, sia la “*privacy by default*”, secondo cui gli strumenti automatizzati devono assicurare la minima incidenza del trattamento dei dati sulla sfera della persona.

Nel tentativo di adeguare la disciplina di tutela della privacy ai nuovi problemi connessi con la diffusione delle nuove tecnologie, il GDPR contiene inoltre anche norme

services act (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final) e del *Digital markets act (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector, COM/2020/842 final)*. Sul punto v. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell’Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3.

¹² V. S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, Public Affairs, 2019 (trad. it. *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2019); C. O’Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Londra, Penguin, 2017.

che vanno per la verità oltre il tradizionale perimetro della privacy, prevedendo ad esempio l'obbligo di comunicare l'esistenza di processi decisionali automatizzati e il diritto di ottenere un intervento umano all'interno di questi processi¹³.

L'effetto più importante del GDPR è probabilmente l'aver fondato una complessa e articolata disciplina sulla natura del dato non come bene commerciale, ma come elemento proprio e costitutivo della dignità individuale. Questo approccio, a lungo ignorato negli Usa dove ha prevalso un regime di libertà di trattamento dei dati personali, salvo specifiche ipotesi di divieto normativamente identificate, ha avuto negli ultimi tempi una forza espansiva¹⁴, come dimostra, per fare un solo esempio, la nuova pubblicità dell'iPhone, volta ad enfatizzare proprio la tutela della privacy che Apple sarebbe in grado di garantire a chi usa i suoi telefoni.

La capacità espansiva della disciplina europea, insieme alla possibilità di utilizzare la disciplina di tutela della privacy come strumento di contenimento e di controllo del potere delle piattaforme non tanto e non solo da parte degli utenti, ma da parte del governo, hanno trovato una recente conferma con l'approvazione in Cina di una nuova (e inedita per quell'ordinamento) legge sulla privacy, che ha introdotto regole e vincoli comparabili a quelli della disciplina europea, insieme a sanzioni significative in caso di trattamento illecito dei dati e di condotte abusive da parte delle piattaforme.

La base principale sul quale si fonda la tutela della privacy, e cioè il consenso alla cessione dei dati e la regolazione dei diritti ad esso connessi, non è però sempre sufficiente come strumento di protezione, soprattutto nei casi in cui la tecnologia venga usata da parte del potere pubblico per controllare gli individui. Il caso tipico e più discusso è quello del riconoscimento facciale, sempre più diffuso nell'attività di investigazione, di polizia e di sicurezza. Il riconoscimento facciale è una tecnica biometrica che consente la comparazione fra i volti di soggetti noti, raccolti all'interno di un database e i connotati facciali di un individuo, acquisiti con strumenti tecnologici di diversa natura, dalle telecamere ormai diffuse capillarmente per le strade delle nostre città, alle immagini che gli stessi individui pubblicano sulle piattaforme, alle riprese con i droni. Si tratta di uno strumento di controllo molto intrusivo, che consente, in ipotesi, di determinare la presenza di una persona in un certo luogo e in un certo momento, senza la necessità di ricorrere a testimoni, basandosi soltanto sul software che consente il riconoscimento.

I numerosi possibili difetti del software – e addirittura i pregiudizi che spesso esso incorpora – sono stati più volte dimostrati, dalla vergognosa identificazione di due persone di colore come “gorilla” da parte di una prima versione di Google Photos, alla frequenza dei cosiddetti “falsi positivi”¹⁵, alla inversione dell'onere della prova che si

¹³ Sull'art. 22 del GDPR che contiene queste previsioni v. B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2021, 2.

¹⁴ Più in generale sul punto v. A. Dradford, *The Brussels effect*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

¹⁵ Secondo alcuni studi del M.I.T. e del *National Institute of Standards and Technology* (report del 1 novembre 2019, *The Work of the Future: Shaping Technology and Institutions* e report del 17 novembre 2020, *The Work of the Future: Building Better Jobs in an Age of Intelligent Machines*, entrambi disponibili al seguente link: workofthefuture.mit.edu/research/) i falsi positivi non sono casuali, ma si verificano soprattutto per donne, anziani o appartenenti a minoranze etniche e dipendono principalmente dalla mancanza

produce a carico dell'accusato che venga "riconosciuto" mediante questa tecnica e, magari, come è in effetti successo, venga arrestato e debba dimostrare la sua innocenza¹⁶ rispetto ad una "prova" di natura e qualità diversa rispetto alle prove abitualmente utilizzate nelle investigazioni di polizia e nei processi. Nel caso del riconoscimento facciale – a differenza di altri dati biometrici, quali il DNA e le impronte digitali – non solo non è richiesto il consenso dell'interessato, ma manca addirittura spesso la stessa consapevolezza che le immagini vengano raccolte. Il riconoscimento facciale può essere utilizzato, inoltre, facendo ricorso proprio alle immagini che gli stessi individui pubblicano sui siti o sulle piattaforme, come è accaduto nel caso di Clearview, una startup che ha creato una enorme banca dati di immagini – circa tre miliardi di immagini – prese da Facebook, Youtube, Instagram e altre piattaforme. Mediante il caricamento di una foto sull'applicazione collegata alla banca dati è possibile scoprire le altre immagini pubbliche di una persona, inclusi i link che conducono a quelle immagini e si può quindi ricostruire l'identità di un soggetto e le sue attività. Dal 2019 l'applicazione è stata usata dalla polizia americana per l'attività investigativa e si è presto scoperto che le immagini, oltre ad essere utilizzate senza il consenso dell'interessato e quindi in violazione della privacy, presentano un rilevante margine di errore, anche perché non sono sempre abbastanza nitide e chiare. Nel 2020 è stata promossa una class action contro Clearview denunciando sia la lesione della privacy dei soggetti inseriti nella banca dati, sia la violazione dei loro diritti costituzionali, mentre contemporaneamente anche le piattaforme e i siti internet dai quali vengono prese le immagini hanno diffidato Clearview a non utilizzare i loro contenuti¹⁷.

Sotto altro profilo, la diffusione del ricorso al riconoscimento facciale può limitare indirettamente, secondo alcuni, la libertà di espressione e di manifestazione, perché la consapevolezza del rischio di essere sorvegliati può indurre ad evitare non solo condotte illecite, ma anche condotte lecite che potrebbero però essere oggetto di censura, soprattutto nei sistemi non democratici (anche se bisogna ricordare che proprio il ricorso al riconoscimento facciale ha consentito di individuare più facilmente e velocemente i rivoltosi che il 6 gennaio 2021 hanno invaso Capitol Hill a Washington, con comportamenti violenti e distruttivi su cose e persone).

L'Unione europea ha cercato di stabilire alcuni principi sul ricorso alle tecniche come il riconoscimento facciale, riconoscendo nel Libro bianco sull'intelligenza artificiale del febbraio 2020, che «la raccolta e l'uso di dati biometrici per l'identificazione remota, ad esempio attraverso diffusione del riconoscimento facciale in luoghi publi-

di diversità delle immagini utilizzate nei dataset sottostanti e dai pregiudizi soggettivi dei programmatori e di coloro che etichettano le immagini.

¹⁶ È noto, in proposito, il caso di Robert Williams, cittadino americano arrestato e trattenuto per oltre 24 ore perché il software di riconoscimento facciale della polizia di Detroit aveva confuso il suo volto con quello di un rapinatore ripreso da una telecamera a circuito chiuso. Non solo l'errore ha portato ad un arresto ingiusto, ma Robert Williams ha dovuto provare l'errore del software e dimostrare la sua innocenza, a conferma della inversione dell'onere della prova e del contrasto con la presunzione di innocenza che è presidio di libertà in tutte le Costituzioni democratiche.

¹⁷ La difesa di *Clearview* si è fondata sulla tesi secondo cui l'utilizzo delle sole immagini pubbliche dei soggetti non costituirebbe alcun comportamento illecito e non richiederebbe il consenso degli interessati.

ci, comporta rischi specifici per i diritti fondamentali» e raccomandando agli Stati membri l'utilizzo dell'intelligenza artificiale a fini di identificazione biometrica «unicamente ove tale uso sia debitamente giustificato, proporzionato e soggetto a garanzie adeguate»¹⁸.

Gli Stati membri stanno via via sperimentando l'introduzione di questi strumenti, che vengono spesso sottoposti al sindacato giurisdizionale. Il Consiglio di Stato francese¹⁹ è stato chiamato a pronunciarsi, ad esempio, nel 2019, sulla legittimità di Alicem (*Application de lecture de l'identité d'un citoyen en mobilité*). Si tratta di un'applicazione disponibile sulla piattaforma FranceConnect, mediante la quale i cittadini francesi maggiorenni e gli stranieri con permesso di soggiorno elettronico acquisiscono una identità digitale, la cui titolarità è dimostrata ricorrendo alla tecnica del riconoscimento facciale e possono accedere a oltre 500 servizi messi a disposizione online dai partner di FranceConnect. Il Consiglio di Stato, pronunciandosi sul ricorso presentato dall'associazione cittadina *Le Quadrature du Net*, ha ritenuto che i meccanismi di funzionamento di Alicem fossero in contrasto con il GDPR e con la disciplina nazionale sul trattamento dei dati personali, per due ragioni di fondo. In primo luogo, perché il consenso prestato per il riconoscimento facciale non deriva da una manifestazione di volontà libera, specifica, chiara e inequivocabile, in quanto l'utente che vuole godere dei servizi messi a disposizione da Alicem deve obbligatoriamente fornire i propri dati biometrici²⁰. In secondo luogo, il giudice ha ritenuto che ci sia un rischio di divulgazione dei dati biometrici di ogni individuo, che potrebbero essere utilizzati dallo Stato francese a fini di controllo e schedatura della popolazione, divenendo, così, uno strumento vessatorio.

Anche in Italia la polizia usa nell'attività investigativa un meccanismo di riconoscimento facciale denominato Sari (*Sistema Automatico Riconoscimento Immagini*), mediante il quale si può inserire nella banca dati A.F.I.S. (*Automated Fingerprint Identification System*) una fotografia di un soggetto ignoto che, elaborata da due algoritmi di riconoscimento facciale, fornisce un elenco di immagini ordinato secondo un grado di similarità e consente quindi l'identificazione. Nel luglio 2018 il Garante per la protezione dei dati personali ha riconosciuto la compatibilità di SARI con la disciplina in materia di protezione dei dati personali, in quanto non si tratta di un nuovo trattamento di dati personali, ma della mera automazione di alcune operazioni che era possibile svolgere anche prima, mediante l'inserimento manuale di connotati identificativi²¹.

¹⁸ Questi principi sono ora ulteriormente articolati e specificati nella proposta di regolamento resa pubblica dalla Commissione dell'Unione europea il 21 aprile 2021 (*Artificial Intelligence Act*), sul quale v. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biodiritto*, 2021, 3, ove si indicano anche i casi di Stati che vietano o fortemente limitano il ricorso al riconoscimento facciale.

¹⁹ Conseil d'État, 10^{ème}-9^{ème} chambres réunies, *Décision* 4 novembre 2020, n. 432656.

²⁰ Anche il CNIL (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*) ha già precedentemente sostenuto tale orientamento e, come sottolineato nella deliberazione del 18 ottobre 2018, n. 342, ha invitato il Ministero a proporre un'alternativa all'autenticazione mediante riconoscimento facciale.

²¹ Provvedimento 26 luglio 2018, n. 440. Il Garante ha invece dato parere negativo relativamente all'uso di S.A.R.I. Real time (un meccanismo mediante il quale la polizia riceverebbe un *alert* sulla posizione di determinate persone in determinati luoghi), in ragione della mancanza di una base normativa e del rischio di realizzare una sorta di sorveglianza universale.

3.2. *La tutela della concorrenza*

Il mercato dei dati è stato a lungo considerato un mercato non rilevante ai fini della disciplina antitrust per una ragione di fondo connessa proprio alla difficoltà, almeno iniziale, di qualificare il dato come un bene economico, oggetto di una transazione commerciale. Il valore dei dati sta soprattutto nel loro utilizzo per alimentare gli algoritmi in modo che essi “imparino” e diventino sempre più accurati al fine di operazioni di microtargeting commerciale (e poi anche politico) grazie alla individuazione delle preferenze sul mercato, o consentire di analizzare e scoprire opportunità di investimento. In cambio della cessione dei dati, l’utente ottiene servizi (almeno apparentemente) gratuiti e, soprattutto, è esposto alla pubblicità di terzi fornitori sulla medesima piattaforma che rende il servizio. Si è posto conseguentemente il problema se la cessione dei dati sia una transazione economica che certifica la natura “proprietaria” del dato o sia, invece, solo una manifestazione del consenso che “delega” ad altri il trattamento dei dati stessi, pur entro certi limiti, posti con regole come quelle introdotte con il GDPR. Ove si segua la prima tesi, si può configurare un mercato dei dati e, quindi, si possono applicare le nozioni tipiche della disciplina del mercato e della tutela della concorrenza, quali monopolio, oligopolio, abuso di posizione dominante, e così via. Nel secondo caso, invece, il dato viene qualificato come un bene inalienabile, privo di natura proprietaria, e ci si pone anzi il problema se si tratti di beni privati o, piuttosto di un bene pubblico: in ambedue le ipotesi, l’appropriazione – sia pure previo consenso – e soprattutto l’uso esclusivo dei dati da parte delle piattaforme si presentano come problematici e bisognosi di regolazione. Per altro verso, quale che sia la natura dei dati, se da essi viene estratto un valore, occorre determinare a chi spetti, o come debba essere distribuito questo valore.

La riflessione e, soprattutto, la disciplina su questi aspetti è lontana dall’essere consolidata, ma nell’ordinamento europeo e oggi anche in quello americano, i governi attivano sempre più frequentemente il potere di investigazione e intervento delle autorità antitrust, non essendo revocabile in dubbio che le piattaforme hanno creato veri e propri monopoli e comunque sistemi chiusi verticalmente integrati su specifici mercati o servizi.

Accanto agli interventi delle autorità antitrust si stanno estendendo anche rimedi già sperimentati e tipici del mercato delle comunicazioni elettroniche, come la portabilità dei dati e l’interoperabilità delle piattaforme, che sono anch’esse alla ricerca di rimedi che possano attenuare o ridurre la portata di un eventuale intervento pubblico. In questa direzione, ad esempio, Google, in partenariato con Microsoft, Twitter e Facebook, nel 2018 ha lanciato il c.d. Data Transfer Project, che consiste in un sistema open source per la promozione di un meccanismo di portabilità che consenta agli utenti di esportare dati e importarli su quanti più servizi possibili. Nell’ordinamento europeo il tema della portabilità dei dati è ora espressamente disciplinato all’art. 20 del GDPR, che prevede il diritto dell’interessato di ricevere i dati personali che lo riguardano «in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico», forniti a un titolare del trattamento, e il diritto di trasmettere tali dati ad un altro titolare del trattamento senza impedimenti.

Il rimedio della portabilità è però meno efficace di quanto non accada nel mercato

tradizionale delle comunicazioni elettroniche, a causa del cosiddetto effetto di “*lock-in* sociale” e del limitato numero di piattaforme che rendono il medesimo servizio. Mentre la portabilità di un numero di cellulare non comporta una perdita di relazioni o di comunicazioni, l’abbandono di una piattaforma consente la portabilità dei dati, ma non consente di portare con sé le “relazioni” che in base a quei dati l’utente aveva stabilito con altri utenti della piattaforma, rendendo così remoto l’effettivo interesse alla portabilità.

In un’altra direzione ancora, si tenta di applicare le regole relative al rapporto fra fornitore e consumatore. In Italia, ad esempio, l’Agcm ha contestato a Facebook la violazione degli artt. 21 e 22 del Codice del consumo, ritenendo, preliminarmente, che i modelli di business incentrati sulla raccolta e l’elaborazione dei dati, anche quando l’utente riceve il servizio senza dover pagare un corrispettivo in termini monetari, rientrassero nella nozione di attività economica ai sensi del diritto europeo²². L’Autorità ha così ampliato la nozione di rapporto di consumo, riconoscendo la natura economica del comportamento dell’utente anche in relazione alle piattaforme digitali che offrono servizi gratuitamente e ha poi ritenuto ingannevole la schermata di registrazione a Facebook nella quale mancava un’adeguata e immediata informazione circa le finalità commerciali della raccolta dei dati dell’utente e aggressive le modalità con cui il social network procedeva all’acquisizione del consenso per lo scambio, per fini commerciali, di dati dei propri utenti con siti web o app di terzi, comminando una sanzione di 10 milioni di euro. Ugualmente, l’Autorità ha ritenuto aggressiva la condotta di WhatsApp per aver di fatto forzato i propri utenti ad accettare nuovi Termini di Utilizzo – relativi alla cessione dei propri dati ai fini di profilazione commerciale e pubblicitari – facendo loro credere che sarebbe stato altrimenti impossibile proseguire nell’utilizzo dell’applicazione medesima²³.

Negli Usa la Federal Trade Commission ha abbandonato il tradizionale restraint nei confronti dei grandi operatori sul mercato delle comunicazioni e della tecnologia e ha recentemente aperto diversi procedimenti antitrust nei confronti delle piattaforme, mentre per altro verso nel dibattito scientifico e politico si comincia a ventilare la possibilità di adottare misure antitrust strutturali, come quelle in passato adottate nei confronti del monopolio telefonico.

4. L’amministrazione nello Stato digitale: le decisioni automatizzate

Il ricorso alla digitalizzazione e all’automazione è ormai molto diffuso in tutti i sistemi amministrativi e, per quanto riguarda il sistema italiano, dovrebbe essere ulteriormente esteso e sviluppato nel processo di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, nel quale circa un terzo delle risorse sono dedicate alla c.d. “transizione digitale”, strutturata intorno ad interventi infrastrutturali, specialmente per quanto riguarda la banda ultra larga, e ad interventi sulle politiche pubbliche, come il fisco, la sicurezza,

²² Provvedimento 29 novembre 2018, n. 27432.

²³ Provvedimento 11 maggio 2017, n. 26596.

la sanità pubblica, il turismo e la cultura, il sistema scolastico e la ricerca universitaria e le relative strutture funzionali amministrative²⁴.

L'automazione non presenta problemi particolari e nuovi quando viene utilizzata sul piano organizzativo, per digitalizzare strumenti già esistenti, come le banche dati, la carta d'identità o la patente, l'accesso agli archivi pubblici, la comunicazione con gli uffici mediante posta elettronica certificata, le modalità di notifica e di deposito dei documenti processuali.

Numerosi problemi sorgono, invece, quando la tecnologia viene utilizzata come strumento di decisione da parte dell'amministrazione pubblica. La decisione amministrativa automatizzata non comporta, infatti, la mera digitalizzazione del procedimento e del provvedimento, ma si configura come un nuovo modo di esercizio del potere amministrativo, per il quale occorre verificare se e come possano semplicemente trasferirsi o debbano essere modificati i tradizionali principi, limiti e strumenti di controllo. Occorre, in altri termini, verificare se la legalità algoritmica si ponga in continuità o in discontinuità rispetto alla tradizionale legalità amministrativa e come si possa assicurare che le ordinarie garanzie che circondano l'esercizio del potere amministrativo nei sistemi democratici – per citare solo le principali: la trasparenza, il contraddittorio, la tipicità, la nominatività, la partecipazione, l'obbligo di motivazione – non svaniscano o vengano comunque attenuate o depotenziate dall'automazione.

È evidente la rilevanza di questi problemi per il diritto amministrativo, per la centralità che il potere amministrativo, i suoi limiti, le sue regole di esercizio e i suoi esiti hanno sia per il diritto positivo, sia per la riflessione scientifica²⁵. Prima di inoltrarci nell'esame delle principali questioni problematiche, occorre però un'avvertenza di metodo, relativa al parametro di valutazione dell'amministrazione digitale o algoritmica rispetto all'amministrazione tradizionale. Come è stato notato, infatti, la letteratura – e in parte anche la giurisprudenza – tendono ad applicare alle decisioni automatizzate criteri più rigorosi rispetto a quelli utilizzati per l'ordinario e tradizionale provvedimento amministrativo, enfatizzando l'opacità della decisione automatizzata,

²⁴ Le principali novità in materia sono analizzate con cadenza bisettimanale nell'Osservatorio sullo Stato digitale dell'Irpa, www.irpa.eu/category/stato-digitale/. V. anche A. Renzi, *La sicurezza cibernetica: lo stato dell'arte*, in *Giornale di diritto amministrato*, 2021, 4, p. 538 ss.; G. Sgueo, *La democrazia digitale*, in *Giornale di diritto amministrato*, 2021, 2, p. 262 ss.

²⁵ Fra i contributi italiani più recenti v. G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e buone forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; V. Brigante, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; A. Carleo (a cura di), *La decisione robotica*, Bologna, il Mulino, 2019; S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2019, 1, p. 5 ss.; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 2, p. 305 ss.; R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione digitale*, Torino, Giappichelli, 2020; G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, 2, p. 199 ss.; A. Di Martino, *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, p. 599 ss.; F. Costantino, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto pubblico*, 2019, 1, p. 357 ss.; J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 3; M. Simoncini, *L'agire provvedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 2, p. 529 ss.

la difficoltà di comprendere il funzionamento dell'algoritmo – specie se di tipo predittivo – e assumendo, invece, che l'intervento umano sia sempre migliore e preferibile.

Questo approccio, sia pure del tutto comprensibile a fronte di una innovazione radicale come l'utilizzo di algoritmi e strumenti di intelligenza artificiale da parte dell'amministrazione pubblica, non è però a sua volta esente da problemi, innanzitutto per quanto riguarda la sopravvalutazione della comprensibilità e della logicità dell'intervento umano e, per altro verso, la sottovalutazione del fatto che anche gli algoritmi e gli strumenti di intelligenza artificiale sono, a loro volta, prodotti umani, e quindi modificabili, migliorabili e configurabili in modo da rispettare vincoli e principi definiti dagli esseri umani. L'esempio più facile da fare è relativo al principio di imparzialità: è ovvio che questo principio è più facilmente e pienamente rispettato ricorrendo a decisioni automatizzate che non a decisioni dei funzionari, come del resto dimostra la ricorrente necessità di dettare regole uniformi o dare indirizzi perché la stessa questione venga risolta allo stesso modo e non seguendo l'umana variabilità di giudizio. Di qui, anche, la crescente tendenza nella letteratura a distinguere fra decisioni vincolate, per le quali il ricorso all'automazione sarebbe consentito e preferibile, e decisioni discrezionali, per le quali sarebbe sempre necessario l'intervento umano. La prudenza nell'ammettere decisioni interamente automatizzate dipende, del resto, anche dal fatto che è – o sembra – più difficile contestare e sindacare l'esito dell'applicazione di un algoritmo, che acquisisce una sorta di oggettività non scrutinabile, rispetto alla ricca gamma di strumenti, nozioni e concetti mediante i quali proprio il diritto amministrativo ha ridotto fino a quasi eliminarla l'immunità del potere pubblico e lo ha reso controllabile, sia in sede di procedimento sia quanto al provvedimento finale.

Non vi è dubbio che l'uso degli algoritmi da parte dell'amministrazione pubblica o dei giudici possa avere effetti ingiusti o discriminatori e c'è ormai un'ampia letteratura che ha esaminato criticamente questi effetti, soprattutto con riferimento all'esperienza americana. Queste analisi peccano, però, di incompletezza sotto due diversi profili, relativi per un verso all'utilizzo dagli algoritmi nel settore privato e, per altro verso, alla comparazione fra gli effetti pregiudizievoli delle decisioni amministrative automatizzate e gli effetti (spesso altrettanto) pregiudizievoli delle decisioni amministrative assunte nei modi tradizionali.

Sotto il primo profilo, il ricorso agli algoritmi per profilare clienti e consumatori da parte di imprese private, come ad esempio banche e assicurazioni, è ormai pratica comune e può avere conseguenze molto negative per gli interessati, che possono vedersi negare un mutuo o un finanziamento, o finire nella categoria dei cattivi debitori, in base ad algoritmi che sfuggono ad ogni controllo dei regolatori. Sotto il secondo profilo, mancano studi che sottopongano le decisioni umane – delle amministrazioni come dei giudici – agli stessi test generalizzati di ragionevolezza, imparzialità, logicità e giustizia. È facile rilevare che non mancano casi anche famosi di provvedimenti amministrativi o sentenze profondamente ingiusti, ispirati da pregiudizi razzisti o di genere e, per altro verso, potrebbe essere più facile correggere un algoritmo sbagliato che non un pregiudizio umano.

Fatta questa preliminare avvertenza metodologica, resta il fatto che le decisioni automatizzate pongono almeno due questioni molto rilevanti per il diritto amministrativo, con riferimento al principio di legalità e all'esercizio della discrezionalità.

4.1. La legalità algoritmica

A seconda che si consideri il ricorso agli algoritmi e all'intelligenza artificiale come una modalità inedita di esercizio del potere amministrativo o, alternativamente, solo come una variazione negli strumenti già disponibili per l'amministrazione, la questione della legalità algoritmica può assumere diverso spessore. Nel caso in cui il ricorso alla tecnologia abbia natura meramente strumentale, infatti, non c'è necessità di un'apposita abilitazione legislativa o, al massimo è sufficiente una norma di carattere generale, come quella presente nel GDPR, secondo la quale «l'interessato ha il 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». Si tratta di un divieto per il quale la stessa disciplina prevede una serie di eccezioni²⁶ e al quale sono connessi alcuni diritti, come quello di sapere e di ottenere informazioni su «la logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato» (art. 15): sia la previsione del divieto sia la garanzia dei diritti possono essere interpretati come indicatori della presenza di un'abilitazione normativa delle decisioni automatizzate, perché senza l'abilitazione né il divieto né le garanzie sarebbero necessari.

Se, invece, si ritiene che il «trattamento automatizzato», come lo definisce il GDPR, comporti un nuovo modo di decidere, per il quale occorre applicare un principio di legalità in senso stretto, dovrebbe essere necessario che la norma indicasse specificamente, di volta in volta, per quali procedimenti e provvedimenti si può ricorrere all'automazione, almeno nei casi in cui la decisione sia interamente automatizzata (in molti casi il ricorso all'algoritmo può essere utilizzato per la svolgimento dell'istruttoria, ma la decisione definitiva può essere rimessa al responsabile umano).

Nella maggior parte degli ordinamenti nazionali sono state adottate soluzioni intermedie: accanto a norme di carattere generale ci sono norme più specifiche per determinati tipi di procedimenti e provvedimenti e, in tutti i casi, si ribadisce la necessità che le decisioni automatizzate siano soggette alle stesse garanzie e ai medesimi controlli delle decisioni tradizionali, o anzi si introducono limiti e vincoli anche più stringenti. Per quanto riguarda l'Italia, il Codice dell'amministrazione digitale (CAD) prevede espressamente che le pubbliche amministrazioni gestiscano i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (art. 41 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Nel Regno Unito è previsto sin dal 1998 che le decisioni prese dal Secretary of State «*may be made or issued not only by an officer of his acting under his authority but also (a) by a computer for whose operation such an officer is responsible*» (*Social Security Act, Section 2*). In Francia la legge espressamente distingue fra le decisioni parzialmente automatizzate e quelle interamente automatizzate sia per quanto riguarda i provvedimenti amministrativi, sia per quanto riguarda le sentenze²⁷. In Spa-

²⁶ In particolare quando il trattamento automatizzato sia necessario per la conclusione di un contratto, sia autorizzata dall'Ue o da uno Stato membro con l'accompagnamento di misure di tutela o l'interessato abbia prestato un consenso espresso.

²⁷ La Corte costituzionale francese ha ritenuto la legge legittima per la sussistenza di una serie di condizioni: il responsabile del procedimento determina ex ante i criteri, è sempre possibili il ricorso al giudice, è

gna la legge prevede che l'azione amministrativa possa essere svolta attraverso un sistema informatico che non richiede l'intervento di una persona (art. 41 della l. n. 40/2015 sul Régimen Jurídico del Sector Público). In Danimarca sono state adottate regole sull'amministrative law by design. In Germania a fronte di regole generali si prevedono specifiche eccezioni: ad esempio, una norma federale richiede che le multe per eccesso di velocità siano irrogate da un funzionario e non mediante sistemi automatizzati.

L'automazione del processo decisionale amministrativo è quindi configurata, sia nell'ordinamento europeo, sia in numerosi ordinamenti nazionali, come una scelta organizzativa, sulla base di norme abilitanti generali. L'esercizio del potere amministrativo è però retto anche, sicuramente in Italia ma anche in altri ordinamenti, dai principi di tipicità e di nominatività, che sono solo in parte soddisfatti con la mera indicazione della possibilità di ricorso all'automazione per l'esercizio di poteri già previsti e disciplinati – quanto alle tradizionali modalità di esercizio – dalle norme²⁸. Restano infatti aperte numerose questioni, fra le quali spiccano per rilevanza per un verso le modalità di svolgimento del procedimento automatizzato e, per altro verso, gli strumenti controllo sulla validità e legittimità degli esiti di quel procedimento.

Quanto al procedimento automatizzato, poiché l'uso dell'algoritmo tiene luogo dell'istruttoria, si pone il problema della costruzione e controllabilità dell'algoritmo medesimo – nei termini tradizionali: trasparenza e completezza dell'istruttoria – e delle garanzie di partecipazione e di contraddittorio che ogni procedimento, in linea di principio, dovrebbe assicurare.

Come è già stato osservato, ci sono già casi in cui si produce un effetto amministrativo senza che si svolga un'istruttoria o siano garantiti nel corso del procedimento la partecipazione e il contraddittorio, perché manca in effetti uno svolgimento procedimentale dell'attività amministrativa, come dimostra la disciplina del silenzio assenso nella legge sul procedimento. E ci sono altri casi in cui la decisione amministrativa è soggetta a vincoli tali da escludere o comunque ridurre al minimo il margine di discrezionalità. Per questi casi potrebbe essere, in ipotesi, più facile costruire algoritmi che producano esiti dotati di un alto grado di oggettività e, anzi, assicurare proprio mediante il ricorso all'algoritmo – o in alcuni casi alla blockchain – un'applicazione uniforme di criteri e regole che spesso sono invece soggetti a interpretazioni (umane) ingiustamente variabili.

In tutti i casi in cui, però, viene in gioco l'esercizio di un potere discrezionale, occorre innanzitutto garantire che l'algoritmo non sia “segreto” e non renda conseguentemente impenetrabile l'istruttoria. La trasparenza dell'algoritmo dovrebbe essere quindi garantita *ex ante* e l'amministrazione dovrebbe preferibilmente ricorrere ad algoritmi open source rispetto agli algoritmi proprietari, per i quali la tutela della proprietà intellettuale può impedire la piena applicazione del principio di trasparenza. La necessità di trasparenza è sicuramente necessaria quando l'algoritmo mette insieme dati e informazioni oggettivi, o forniti dagli stessi interessati, per produrre graduatorie (si pensi al caso della c.d. Buona scuola, oggetto di un intenso contenzioso dinanzi al giudice ammi-

escluso il ricorso ad algoritmi ad apprendimento automatico, il cui funzionamento sfuggirebbe alla comprensione del responsabile.

²⁸ V. in particolare S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano*, cit.

nistrativo²⁹), o per distribuire fondi, benefici e incentivi³⁰, ma diventa particolarmente acuta nel caso degli algoritmi c.d. predittivi, perché per definizione l'algoritmo non può immaginare il futuro, ma solo proiettare il passato, cristallizzando, così, ingiustizie e pregiudizi prevalenti, appunto, nel passato. Proprio questa incapacità di andare oltre la proiezione dei dati forniti attribuisce all'algoritmo un carattere, per così dire, "conservativo", a fronte della capacità della mente umana di innovare e "inventare" nuove soluzioni per nuovi problemi o per vecchi problemi in un contesto diverso da quello originario.

Naturalmente il problema ha gradazioni diverse a seconda dell'oggetto della predizione. Se si tratta, per esempio, di previsioni metereologiche, la proiezione del passato può al massimo portare alla mancata predizione di eventi dovuti al cambiamento climatico. Se si tratta, invece, di verificare la fedeltà dei contribuenti, l'uso di algoritmi che aggregano dati e informazioni pubblicate dallo stesso contribuente sulle piattaforme, può essere ammesso ma richiede comunque una valutazione di validità da parte di un funzionario, come è accaduto in Francia³¹. Se si tratta di un algoritmo che produce un ranking di istituzioni, occorre valutare con attenzione il trasferimento della valutazione dall'istituzione all'individuo: la valutazione di una università e la sua collocazione in una graduatoria non necessariamente significa che tutti i laureati di quell'università sono migliori dei laureati dell'università che segue in graduatoria. Se, ancora, si tratta di valutare direttamente delle persone, occorre essere sicuri non solo che la base dei dati sia completa e accurata, ma anche che il funzionamento dell'algoritmo non produca semplicemente la proiezione di un pregiudizio esistente, come molti studi hanno dimostrato soprattutto con riguardo all'esperienza americana³².

I rimedi contro questi rischi del ricorso all'automazione nell'esercizio del potere amministrativo sono oggetto di un ampio dibattito e porteranno probabilmente alla configurazione di nuovi principi e istituti del diritto amministrativo, anche se per ora la tendenza prevalente è verso l'estensione dei rimedi tradizionali. Si è proposto, ad esempio, per quanto riguarda il procedimento, che si addivenga ad una decisione automatizzata preliminare, rispetto alla quale deve essere garantito il contraddittorio all'interessato e solo in esito al contraddittorio la decisione può divenire definitiva. Si è provato a distinguere gradi di trasparenza, per assicurare che non solo sia chiaro cosa l'amministrazione sta facendo tramite l'algoritmo, ma siano chiare anche le ragioni poste alla base della decisione automatizzata, essendo evidentemente non sufficiente come

²⁹ Tra le numerose sentenze v. Tar Lazio-Roma, III bis, 22 marzo 2017, n. 3769 e Cons. St., 8 aprile 2019, n. 2270; sul sindacato giurisdizionale v., F. Costantino, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica in relazione all'informatizzazione della pubblica amministrazione*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, Jovene, 2021.

³⁰ Tar Lazio-Roma, II, 28 giugno 2016, n. 7479 e Cons. St., VI, 30 novembre 2016, n. 5035.

³¹ La Corte costituzionale (décision n. 2018-765 DC du 12 juin 2018) ha ammesso la possibilità per l'Agenzia delle entrate di utilizzare in via sperimentale per 3 anni strumenti di intelligenza artificiale su tutti i dati pubblici inseriti sulle piattaforme digitali per individuare le violazioni tributarie più gravi, anche perché la raccolta di quei dati sarebbe impossibile senza intelligenza artificiale.

³² V. in particolare C. O'Neil, *Weapons of math distruction*, cit.

motivazione il mero rinvio all'esito prodotto dall'applicazione dell'algoritmo³³.

Il profilo della motivazione è in effetti, allo stesso tempo, uno fra i più rilevanti e fra i più difficili da risolvere. La rilevanza della motivazione, come strumento che impone all'amministrazione di giustificare la propria azione e di fornire anche gli elementi di questa giustificazione, impone di ridefinirne i connotati per quanto riguarda le decisioni automatizzate, mediante il controllo sul funzionamento dell'algoritmo, volto a "svelare", per così dire, l'apparente oggettività dell'algoritmo, che è sicuramente privo di interferenze emotive nel momento dell'applicazione, ma può invece essere costruito sulla base di pregiudizi o *bias*, in ragione del peso dato ai diversi fattori e ai modi di aggregazione e correlazione dei dati. Se per un verso si può ipotizzare che sia più facile "smontare" un algoritmo rispetto all'ordinario controllo sulla discrezionalità, che mantiene sempre un margine di opinabilità non sindacabile, è anche vero che l'opacità degli algoritmi richiede, per essere svelata, competenze e capacità di cui le amministrazioni tradizionalmente non dispongono o dispongono in misura limitata.

Considerazioni analoghe possono farsi per il sindacato giurisdizionale sulle decisioni automatizzate. La giurisprudenza, anche in Italia, non ha avuto esitazioni nel ritenere che gli algoritmi utilizzati nell'azione amministrativa abbiano valenza giuridica e debbano quindi rispettare i principi dell'attività amministrativa, ma è facile rilevare come le ordinarie tecniche del sindacato giurisdizionale siano impostate sul modello classico della razionalità casuale, mentre la decisione automatizzata trova spesso la sua base nell'analisi di correlazioni, con la conseguenza che la ponderazioni di interessi, che costituisce il cuore e il *proprium* della decisione amministrativa, avviene secondo modalità diverse da quelle tradizionali. La verifica della proporzionalità, del difetto di istruttoria, del travisamento dei fatti, dell'illogicità dovrà quindi essere affinata e trovare nuove modalità di applicazione se si vuole trasferirla dall'amministrazione tradizionale all'amministrazione algoritmica³⁴.

5. Il diritto amministrativo digitale fra autoregolazione ed eteroregolazione

Il diritto amministrativo dello Stato digitale è e ancor più sarà, quindi, diverso rispetto al diritto amministrativo tradizionale, anche se, come in tutti i processi di cambiamento e trasformazione, ci saranno continuità e discontinuità, adattamento di istituti, nozioni e tecniche tradizionali e introduzione di nuovi istituti e nuovi principi.

Il diritto amministrativo digitale non è e non sarà, inoltre, solo diritto dello Stato (o degli Stati, o delle organizzazioni di Stati). Anche le piattaforme e i social network stanno producendo, infatti, a fronte di una crescente domanda di accountability, di traspa-

³³ V. C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, Faculty Scholarship at Penn Law, 2019.

³⁴ Resta, inoltre, da definire il regime di responsabilità per decisioni prese sulla base di algoritmi mal progettati, la cui applicazione produce distorsione o errori: v. in proposito TRGA Trento, 15 aprile 2015, con commento di B. Barmann, *La responsabilità della amministrazione per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2016, 3, p. 393 ss.

renza e di rispetto dei diritti di individui e comunità, sistemi di autoregolazione basati su istituti e principi tipici del diritto amministrativo, stabilendo regole di accesso e di comportamento, applicando queste regole e irrogando sanzioni agli utenti, decidendo reclami e controversie³⁵. Si costruiscono, così, dei nuovi ordinamenti giuridici, all'interno dei quali può addirittura scorgersi una embrionale separazione dei poteri, ad esempio fra chi stabilisce le regole e chi ne valuta l'applicazione. Si conferma così che il diritto amministrativo non va mai letto attraverso la lente deformante della sovranità statale, ma in relazione al potere come situazione di asimmetria: la fonte del potere, la sua titolarità, le regole e i limiti di esercizio del potere, il controllo sui modi di esercizio e sugli effetti sono e saranno sempre al centro del diritto amministrativo come disciplina e come scienza.

³⁵ Basti citare l'Oversight Board di Facebook e le decisioni di sospendere o espellere utenti anche molto famosi (come l'ex presidente americano Trump) da alcuni social media, come Twitter.

Le pubbliche amministrazioni italiane alla prova dell'intelligenza artificiale*

Nicoletta Rangone

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Pubbliche amministrazioni e nuove tecnologie: un ambito dei confini incerti. – 3. Regolazioni, provvedimenti amministrativi, controlli: il ruolo dell'intelligenza artificiale. – 3.1. Intelligenza artificiale e procedimenti di regolazione. – 3.2. Intelligenza artificiale e procedimenti per l'adozione di decisioni amministrative. – 3.3. Intelligenza artificiale e attuazione amministrativa. – 4. Il complicato rapporto tra intelligenza artificiale e *human bounded rationality*. – 5. Nuove tecnologie e fiducia. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il «Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato», trasmesso nel 1979 alle Camere dal ministro per la funzione pubblica Massimo Severo Giannini, evidenzia come «gli elaboratori elettronici, che erano all'inizio apparecchi di semplice registrazione di dati complessi, sono divenuti poi apparecchi di accertamento e verifica, di calcolo, di partecipazione a fasi procedurali di istruttoria, e infine di decisione»¹. Quarant'anni dopo, un percorso simile caratterizza l'uso delle nuove tecnologie nelle pubbliche amministrazioni: da semplici algoritmi di calcolo di tipo lineare, fino alle prime applicazioni dell'intelligenza artificiale. Ieri «i sistemi informatici», oggi gli algoritmi e l'intelligenza artificiale, servono dunque «per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno»². L'uso dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali e la conseguente proiezione all'esterno dei dati così elaborati costituisce un aspetto particolarmente delicato, che presenta numerosi vantaggi, ma anche potenziali limiti per l'esercizio delle garanzie procedurali e processuali degli interessati, e per la stessa effettività dell'intervento pubblico.

Il presente lavoro delinea le principali applicazioni dell'intelligenza artificiale nel

*Una versione estesa del presente contributo è pubblicato in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 1/2021. Le considerazioni svolte sono frutto della ricerca avviata nell'ambito del progetto PRIN 2017 “*Governance of/Through Big Data: Challenges for European Law*”.

¹ Punto 3.7, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 1979.

² *Ibidem*.

processo decisionale pubblico con l'obiettivo di affrontare alcuni fattori che restano problematici: la trasparenza, l'intervento umano e la fiducia nelle nuove tecnologie.

Il ragionamento è strutturato come segue: il paragrafo 2 delinea, in via introduttiva, i vantaggi e limiti di decisioni pubbliche *data-driven* concentrandosi, quanto ai secondi, sulla scarsissima trasparenza che caratterizza, nel momento in cui si scrive, le amministrazioni italiane e su quello che questo comporta in termini di garanzie. Il paragrafo 3 si concentra, poi, sulle specificità dell'uso dell'intelligenza artificiale nei tre momenti del processo decisionale pubblico: l'adozione di regole (di seguito anche *rule-making*) e di decisioni amministrative (*adjudication*), l'attuazione amministrativa (*enforcement*). Da questa analisi emerge che tra le principali sfide connesse all'uso dell'intelligenza artificiale nell'*adjudication* e nell'*enforcement* vi è la garanzia dell'intervento umano. A questo riguardo, il paragrafo 4 mette in rilievo che questo presidio, i cui contorni non sono chiaramente definiti né da parte delle istituzioni europee³, né a livello nazionale⁴, rischia di essere vanificato da possibili atteggiamenti di eccessivo o troppo limitato affidamento nei confronti delle indicazioni dell'intelligenza artificiale riconducibili alla *bounded rationality* degli individui. Questi esiti andrebbero fronteggiati attraverso adeguate azioni pubbliche. Vi è poi un ulteriore fattore, più sfuggente, che è suscettibile di giocare un ruolo determinante nella diffusione e nell'effettività dei processi decisionali che fanno uso dell'intelligenza artificiale: la fiducia dei decisori pubblici, dei funzionari, dei destinatari delle decisioni, cui è dedicato il paragrafo 5.

2. Pubbliche amministrazioni e nuove tecnologie: un ambito dei confini incerti

I vantaggi connessi all'uso dell'intelligenza artificiale “per amministrare”⁵ sono potenzialmente di grande rilievo, consentendo non solo di informare i processi decisionali ad analisi empiriche accurate e diffuse con limitatissimo impiego di personale, ma anche di migliorare la qualità delle attività di prestazione.

Con riferimento alle decisioni pubbliche e alla regolazione, l'uso dell'intelligenza artificiale consente, in particolare, l'analisi di una enorme mole di dati o facilita la realizzazione di complicate valutazioni del rischio, supportando l'effettività delle regole, delle decisioni e del *law enforcement*. L'intelligenza artificiale può anche essere utilizzata in una fase preliminare, rispetto all'avvio (eventuale) di un procedimento, ad esempio nell'ambito di indagini o monitoraggi di determinati mercati o attività, oppure per analizzare e riorganizzare denunce, reclami e segnalazioni presentate da consumatori o imprese.

Questi impatti positivi non possono però ritenersi scontati e l'uso di nuove tecnolo-

³ Punti 62-65, *Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Commissione europea, 2019; comunicazione della Commissione, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*, COM(2019)168 fin.; art. 14 proposta di regolamento europeo che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021)206 fin.

⁴ La «non esclusività della decisione algoritmica» di derivazione europea è menzionata anche dal Cons. St., VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 15.2).

⁵ *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, cit.

gie è anche all'origine di rischi che vanno dall'opacità, all'errore, alla discriminazione.

In primo luogo, la qualità dell'intervento *data-driven* è strettamente correlata alla qualità dei dati su cui si basa, che devono essere affidabili e significativi. L'affidabilità comporta, ad esempio, che i dati non siano raccolti da soggetti in conflitto di interessi, non siano basati su assunzioni discutibili⁶ o esclusivamente su dati storici senza poter essere confutati dal diretto interessato. Quanto alla significatività, se è pur vero che i big data hanno il vantaggio di fornire dati non limitati a campioni circoscritti di popolazione⁷, vi è da chiedersi se i big data stessi possono considerarsi realmente rappresentativi⁸ e se a tutti i dati possa essere riconosciuta la stessa rilevanza (ad esempio, quelli ricavabili dai *social media*⁹ rispetto ai dati custoditi da banche dati pubbliche). Vi è poi il rilevante ostacolo alla condivisione delle informazioni su un individuo o un'impresa raccolte da diverse pubbliche amministrazioni per fini differenti (ad esempio controlli previdenziali o tributari) a fronte di un'ambigua interpretazione dei principi di finalità della raccolta e di proporzionalità nel trattamento dei dati fornita dal Garante della privacy¹⁰.

In secondo luogo, «le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani»¹¹, così come i pregiudizi (ad esempio, razziali o di genere) sono perpetrati dai supporti tecnologici (*bias in bias out*)¹². Di tutto questo va tenuto conto, tanto nell'impostazione dell'algoritmo, quanto nel monitoraggio, che dovrebbe essere realizzato per verificare periodicamente l'efficacia delle previsioni.

In terzo luogo, seppure da tempo varie amministrazioni italiane si confrontino con l'uso dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali, esse restano accomunate da una diffusa mancanza di trasparenza che attiene diversi profili. Da un lato, manca una mappatura degli usi¹³, che non è stata effettuata da soggetti pubblici (come AGID o la

⁶ Ad esempio, che chi acquista a rate non ha disponibilità di liquidi, indicatore diffuso tra gli istituti di credito ai fini del rilascio di un mutuo.

⁷ N. Musacchio, G. Guaita, A. Ozzello, M.A. Pellegrini, P. Ponzani, R. Zilich, A. De Micheli, *Intelligenza Artificiale e Big Data in ambito medico: prospettive, opportunità, criticità*, in *The Journal of AMD*, 21-3, 2018, p. 211 ss.

⁸ C. Coglianese, *A framework for governmental use of machine learning*, Report for the Administrative Conference of the United States, 2020, p. 41.

⁹ T. Berg, V. Burg, A. Gombović, M. Puri, *On the Rise of FinTechs. Credit Scoring using Digital Footprints*, in *NBER Working Paper*, 24551, 2018.

¹⁰ *Parere su uno schema di decreto concernente il Registro unico dei controlli ispettivi sulle imprese – 25 giugno 2015*, 378, su cui si veda F. Blanc, M. Benedetti, C. Bertone, *L'informatica e il machine learning al servizio della semplificazione dei controlli sulle imprese: un equilibrio ancora da definire*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2021, 209, p. 121 ss.

¹¹ Cons. St., VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 7.1.

¹² S. Mayson, *Bias in, Bias Out*, in *Yale Law Journal*, 128, 2019, p. 2224, nota 23. Sul punto anche A. Caliskan, J.J. Bryson, A. Narayanan, *Semantics derived automatically from language corpora contain human-like biases*, in *Science*, 356, 2017, p. 183 ss. e C. O'Neil, *Weapons of math destruction. How Big Data increases inequality and threatens democracy*, London, Penguin, 2016, p. 21.

¹³ Vantaggi e limiti di decisioni *data-driven* sono stati ampiamente analizzati da una vasta letteratura che ha esaminato le quasi ventennali esperienze di applicazioni negli Stati Uniti, riorganizzate in modo problematico in un rapporto del 2020 (D.F. Engstrom, D.E. Ho, C.M. Sharkey, M.-F. Cuellar, *Government by*

presidenza del Consiglio dei ministri), centri di ricerca o università, mentre la dottrina italiana si è prevalentemente concentrata sulla validità della decisione automatizzata¹⁴, sui parametri costituzionali delle decisioni algoritmiche¹⁵ o su indagini approfondite di applicazioni settoriali¹⁶. Manca, poi, da parte delle singole amministrazioni, una chiara indicazione delle applicazioni, delle tecnologie utilizzate (se algoritmo lineare di tipo deterministico o forme particolarmente avanzate di intelligenza artificiale) e delle modalità di sviluppo (interno o esterno all'amministrazione), delle ragioni dell'utilizzo, dell'impostazione o meno di un monitoraggio del funzionamento e dei relativi esiti¹⁷. Cosicché, molte delle informazioni a disposizione del pubblico derivano da notizie di stampa (come nei vari esempi di polizia predittiva), oppure sono riconducibili a comunicazioni istituzionali o documenti che ne richiamano genericamente l'utilizzo, che non consentono di andare oltre la notizia dell'uso di una determinata tecnologia (come nel caso delle circolari dell'INPS). Un esempio in controtendenza è costituito dal regolamento di Banca d'Italia del marzo 2022 sulla trattazione attraverso l'intelligenza artificiale di esposti, nel sito istituzionale e in gazzetta ufficiale¹⁸.

In quarto luogo, tale mancanza di trasparenza, che ha ricadute sull'esercizio delle garanzie procedurali¹⁹, potrebbe impattare negativamente anche su quelle processuali: là dove i soggetti interessati non siano al corrente del ricorso all'intelligenza artificiale nel processo decisionale e del suo ruolo nella decisione finale non possono contestarne né l'utilizzo, né gli esiti.

Infine, manca, a monte, di una norma che consenta e disciplini il ricorso all'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo²⁰. Ed invero questa, quantomeno per gli usi più avanzati, pur non traducendosi in decisioni automatizzate, è comunque suscettibile di influenzare significativamente la decisione finale (attraverso una puntale

Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies, Report submitted to the Administrative Conference of the United States); quanto all'Australia si veda il più risalente rapporto del 2004 (Australian Administrative Review Council, *Automated Assistance in Administrative Decision-Making*, Administrative Review Council). Alcuni lavori non sistematici si riferiscono all'Europa, ad esempio, Algorithm Watch, *Automating Society Report 2020*, che analizza esperienza di sedici paesi.

¹⁴ Sull'invalidità dell'atto amministrativo informatico, A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, p. 115 ss.; da ultimo, R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 119 ss.

¹⁵ Cfr., per tutti, A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 1 ss.

¹⁶ M. Macchia, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 18 gennaio 2021.

¹⁷ Il problema della limitata trasparenza resta attuale anche per numerose agenzie Nordamericane (D. Freeman Engstrom, D.F. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, in *Yale Journal of Regulation*, 37, 2020, p. 800 ss.).

¹⁸ In <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/regolamento-sul-trattamento-dei-dati-personali-nella-gestione-degli-esposti/> e G.U. 30 marzo 2022, n. 75. Di particolare interesse anche il parere del Garante della privacy, 24 febbraio 2022 sullo schema di regolamento concernente il trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito della gestione degli esposti.

¹⁹ D.K. Citron, *Technological Due Process*, in *Washington University Law Review*, 85, 6, 2008, p. 1249.

²⁰ Alcuni usi trovano un fondamento normativo (ad esempio, art. 1, co. 682, legge di bilancio 2020 con riferimento al c.d. evasometro anonimizzato), altri sono basati su *soft law* (si vedano le varie circolari INPS o Agenzia entrate).

definizione del supporto informativo che ne sarà alla base) e dunque difficilmente potrebbe ricondursi alla potestà organizzativa dell'amministrazione²¹.

3. Regolazioni, provvedimenti amministrativi, controlli: il ruolo dell'intelligenza artificiale

3.1. Intelligenza artificiale e procedimenti di regolazione

Le applicazioni nell'ambito di procedimenti di regolazione o definizione di *policies* possono avere riguardo alla scrittura di regole, così come alla raccolta e all'elaborazione di dati²². Ciò può avvenire attraverso tecnologie *real time* (come l'internet delle cose), oppure con l'analisi attraverso tecniche di *natural language processing*²³ di social media, di segnalazioni, denunce o reclami rivolti a una pubblica amministrazione, o ancora commenti presentati nell'ambito di consultazioni. La raccolta di dati può poi essere realizzata attraverso *distributed ledger technology*, ad esempio per registrare le transazioni che devono essere riportate ai regolatori dei mercati finanziari²⁴. Le nuove tecnologie possono anche supportare i regolatori nello svolgimento di attività di *drafting*²⁵. A livello europeo e non solo si è inoltre affermato il principio del *digital by default*²⁶, in base al quale norme andrebbero tendenzialmente scritte *ab origine* in doppio formato, tradizionale e in codice ("*rules as code*")²⁷.

Queste applicazioni sembrano ancora poco diffuse nel nostro sistema istituzionale, seppure qualsiasi affermazione di questo tipo sconti il limite della mancanza di trasparenza lamentata nel paragrafo precedente. Quanto all'uso del *machine learning* per la lettura dei risultati di consultazioni con commenti di massa, può essere menzionata

²¹ Non si vuol con questo sostenere che l'adozione di una previsione normativa generale sarebbe risolutiva ma, come evidenzia S. Civitarese Matteucci, «*a more nuanced legal framework is desirable. One in which sector specific power-conferring rules, tailored to the context of any different policy and purpose, confer the relevant power to a public body*» (*Public Administration Algorithm Decision-Making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, 27, 1, 2021, p. 129).

²² C. Coglianese, D. Lehr, *Regulating by robot*, in *The Georgetown Law Journal*, 105, 2017, p. 1160 ss.

²³ M.A. Livermore, V. Eidelman, B. Grom, *Computational assisted regulatory participation*, in *Notre Dame Law Review*, 93, 3, 2018, p. 977 ss.

²⁴ E. Micheler, A. Whaley, *Regulatory technology: replacing law with computer code*, in *European Business Organization Law Review*, 21, 2020, p. 349 ss.

²⁵ W. Voermans, E. Verharden, *Leda: A Semi-Intelligent Legislative Drafting Support System*, in *Jurix*, 1993, p. 81 ss.; M. Zalnieriute, L. Burton Crawford, J. Boughey, L. Bennett Moses, S. Logan, *From Rule of Law to Statute Drafting. Legal Issues for Algorithms in Government Decision-Making*, in Woodrow Barfield (a cura di), *Cambridge Handbook on the Law of Algorithms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 256 ss.

²⁶ Comunicazione della Commissione europea, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, COM (2021)118 final e Better Regulation Toolbox 2021, TOOL#18, p. 145 e TOOL#28, p. 228 ss.

²⁷ M. Waddington, *Machine-consumable legislation: A legislative drafter's perspective – human v artificial intelligence*, in *The Loophole*, giugno 2019, p. 27.

l'esperienza di due politiche "La buona scuola"²⁸ e "Rivoluzione@governo"²⁹, mentre un sistema intelligente di analisi automatica degli esposti è in corso di sperimentazione da parte della Consob³⁰ e in Banca d'Italia. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nel quadro di un regolamento adottato dall'autorità³¹ e dei codici di autoregolazione delle piattaforme da questa promossi, svolge un'attività di monitoraggio per individuare e prevenire la disinformazione *on line* attraverso un sistema di intelligenza artificiale che analizza sistematicamente i contenuti di articoli di quotidiani e siti web, trascrizioni di trasmissione televisive e radio, tweet/post³².

L'uso di strumenti tecnologici avanzati nell'ambito di consultazioni o per processare segnalazioni presenta problemi specifici. Tale uso può portare, ad esempio, a non tenere conto di documenti che contengano errori ortografici³³ o di commenti frutto di campagne di mobilitazione di massa³⁴, così da alterare il bagaglio informativo a disposizione del decisore pubblico, fino limitare le garanzie di partecipazione e compromettere la democraticità di un processo decisionale che si basi sulle consultazioni. Al contempo, l'uso dell'intelligenza artificiale per processare segnalazioni, denunce o esposti potrebbe, per questi stessi motivi, non far emergere comportamenti diffusi degli operatori economici a discapito dei concorrenti o dei consumatori; la parzialità dei dati raccolti potrebbe poi non mettere nella giusta evidenza un'eventuale esigenza di regolazione o di riforma delle regole esistenti, oppure di attivazione del *law enforcement* sotto forma di controlli o sanzioni.

Quanto alla scrittura di regole, occorre tener conto che qualsiasi traduzione in codici di una regolazione esistente o la scrittura in questa forma di una nuova regolazione rischia di essere eccessivamente semplificata, se non distorta³⁵, e porta – per questo stesso motivo – all'adozione di regole dettagliate e poco flessibili (con i ben noti limiti che

²⁸ Nell'ambito della consultazione (che si è svolta dal 15 settembre al 15 novembre 2014) sono state inviate 6.470.000 risposte strutturate, analizzate attraverso la tecnica della linguistica computazionale per l'estrazione di concetti chiave (con il supporto della Fondazione Bruno Kessler).

²⁹ C. Raiola, *Recensione. I commenti di massa nelle consultazioni pubbliche: l'analisi di S.J. Balla (et al.) sull'esperienza statunitense in materia ambientale*, in *Rassegna trimestrale Osservatorio AIR*, 2020, 4, p. 67 ss.

³⁰ Primo rapporto ASTRID su *L'uso dell'intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano*, a cura di E. Chiti, B. Marchetti, N. Rangone: *L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di CONSOB, AGCOM e ARERA*, in *Biolaw Journal*, 2021, 4, p. 211 ss.

³¹ Allegato B alla delibera n. 157/19/CONS del 15 maggio 2019, *Regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e contrasto all'hate speech*.

³² Gli esiti di questa attività sono pubblicati nel bollettino AGCOM, *Osservatorio sulla disinformazione online*.

³³ S.A. Shapiro, *Marginalized Groups and the Multiple Languages of Regulatory Decision-Making*, in *The Regulatory Review*, 14 marzo 2022, <https://www.theregreview.org/2022/03/14/shapiro-marginalized-groups-multiple-languages/>.

³⁴ S.J. Balla, A.R. Beck, E. Meehan, A. Prasad, *Lost in the flood?: Agency responsiveness to mass comment campaigns in administrative rulemaking*, in *Regulation and Governance*, 2020; Administrative Conference of the United States, Recommendation 2021-1, *Managing Mass, Computer-Generated, and Falsely Attributed Comments*, 17 giugno 2021.

³⁵ D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., p. 1261.

questo comporta)³⁶, oltre a risultati fuorvianti se un software non è tenuto al passo con la nuova normativa. Inoltre questo approccio consente l'adozione automatizzata delle decisioni che non implicino ricorso a discrezionalità e dunque portano a una tendenziale sovrapposizione tra *adjudication* e *rule-making*, con perdita delle garanzie procedurali ad entrambi i livelli³⁷.

A fronte del limitato uso – al momento attuale – di nuove tecnologie a fini di regolazione, è interessante notare come la regolazione possa favorire o indurre i regolati a fare uso di intelligenza artificiale. Ad esempio, a seguito della regolazione che ha previsto il passaggio ai contatori elettrici di seconda generazione-*smart meter* 2g (che consentono novantasei letture giornaliere, a fronte delle tre mensili di quelli tradizionali), i venditori si trovano a gestire un'enorme mole di dati relativi ai consumi, situazione che ha indotto alcuni a dotarsi di data-base di nuova generazione e ad elaborare questi dati attraverso *machine learning*³⁸. Ciò comporta non solo una potenziale riduzione dei costi di sbilanciamento sostenuti dagli operatori, ma anche l'offerta ai clienti di informazioni che consentano di fare scelte più consapevoli nell'uso efficiente dell'energia.

3.2. Intelligenza artificiale e procedimenti per l'adozione di decisioni amministrative

Con riferimento ai procedimenti per l'adozione di decisioni amministrative³⁹, le esperienze più note (perché più risalenti o per il contenzioso che ne è derivato) attengono all'uso di algoritmi con logica lineare. È questo il caso dell'attribuzione di sedi lavorative agli insegnanti⁴⁰, del calcolo delle tariffe di energia e rifiuti dalla parte di ARERA⁴¹, delle sovvenzioni allo spettacolo⁴². Si tratta di tecnologie molto semplici, attraverso le quali si può gestire l'intera fase di procedimenti vincolati (come nel caso dell'e-procurement con aggiudicazione al prezzo più basso)⁴³. Queste applicazioni estremamente semplici hanno

³⁶ C.S. Diver, *The optimal precision of administrative law*, in *Yale Law Journal*, 93, 1983, p. 65 ss.

³⁷ D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., p. 1249.

³⁸ Primo rapporto ASTRID su *L'uso dell'intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano*, cit.

³⁹ C. Coglianese, L.M. Ben Dor, *AI in Adjudication and Administration: A Status Report on Governmental Use of Algorithmic Tools in the United States*, in *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2020.

⁴⁰ Come nel caso della mobilità del personale docente, che ha dato occasione di pronunciarsi sia a Tar Lazio (Tar Lazio, III bis, 21 marzo 2017, n. 3742 e Tar Lazio, III bis, 22 marzo 2017, n. 3769) che al Consiglio di Stato (Cons. St., VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, n. 8473 e n. 8474 e Cons. St., VI, 4 febbraio 2020, n. 881).

⁴¹ G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 53 ss.

⁴² D.M. 27 luglio 2017, *Criteri e modalità per l'erogazione, l'anticipazione e la liquidazione dei contributi allo spettacolo dal vivo, a valere sul Fondo unico per lo spettacolo di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163*. Cfr. anche G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, cit., p. 51 ss.

⁴³ Così il Consiglio di Stato nel parere allo schema che la valutazione delle offerte con sistemi telematici (sez. consultiva per gli atti normativi, adunanza 17 novembre 2020, n. 1322). Sul punto, G. Fasano, *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 6, p. 717.

portato giurisprudenza (e dottrina) a delineare uno statuto della decisione algoritmica, basato sulla trasparenza (accessibilità dell'algoritmo e del codice sorgente, comprensibilità della logica e del ragionamento, spiegabilità⁴⁴), sul diritto alla partecipazione e all'intervento umano (non esclusività della decisione algoritmica)⁴⁵, sulla non discriminazione e sulla tutela giurisdizionale⁴⁶. Si tratta di soluzioni che, proprio perché delineate con riferimento ad algoritmi semplici, per certi versi restano indeterminate e dunque difficilmente applicabili in concreto, come la spiegabilità, a causa dell'autoapprendimento caratteristico di alcune applicazioni del *machine learning*. Gli stessi limiti gravano sul requisito dell'intervento umano, che aprono una serie di questioni che vanno dal requisito minimo della partecipazione umana, al grado di partecipazione auspicabile, all'effettiva capacità degli individui di rapportarsi con le indicazioni dell'intelligenza artificiale senza essere influenzati da *bias* cognitivi (su cui si tornerà nel paragrafo 4).

3.3. Intelligenza artificiale e attuazione amministrativa

In ordine all'attuazione amministrativa⁴⁷, le esperienze più rilevanti attengono all'accertamento tributario sintetico da parte dell'Agenzia delle entrate, alla vigilanza bancaria per la rilevazione di anomalie indicative di possibili riciclaggi⁴⁸, alla sicurezza pubblica con le prime applicazioni di polizia predittiva⁴⁹. Di grande interesse risultano poi le sperimentazioni dell'uso del *machine learning* per la valutazione del rischio

⁴⁴ Sulla spiegabilità si vedano gli *Orientamenti etici per una IA affidabile*, 2019, del Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea nel 2018, p. 20-21. Un riferimento al «diritto ad ottenere una spiegazione della decisione conseguita [con trattamento automatizzato] e di contestare la decisione» si rinviene nel considerando 71, del regolamento n. 679/2016/UE, che però non viene generalmente considerato fonte di un vero e proprio diritto alla «spiegabilità» (tra i tanti, S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation*, in *International Data Protection Law*, 7, 2, 2017, p. 76 ss.).

⁴⁵ Cons. St., VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, n. 8473, n. 8474; Cons. St., VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁴⁶ Sulla «legalità algoritmica», D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 2019, 3; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 2, p. 305 ss.; E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 2, p. 273 ss.

⁴⁷ Quanto ai controlli sulle imprese sia consentito rinviare a N. Rangone, *Semplificazione ed effettività dei controlli sulle imprese*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 3, p. 902 ss.

⁴⁸ L'Unità di informazione finanziaria per l'Italia-UIF sta sperimentando l'uso del *machine learning* per l'individuazione di operazione sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo da sottoporre a ispezione. In generale con riferimento a controlli informati alla trasmissione di report periodici, in prospettiva si potrebbe superare la fase della *compliance* nella misura in cui controllori e controllati convergessero nell'uso di un *distributed ledger*, le cui attuali sperimentazioni attengono principalmente al FinTech. Sulle potenzialità (in termini di risparmi per regolatori e regolati e maggiore precisione dei controlli) e rischi, si veda E. Micheler, A. Whaley, *Regulatory technology: replacing law with computer code*, cit.

⁴⁹ M.B. Armiento, *La polizia predittiva come strumento di attuazione amministrativa delle regole*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 4, p. 983 ss. Dello stesso autore si veda il contributo *Nuove tecnologie e "nuova" sicurezza urbana*.

al fine della razionalizzazione dei controlli sulle imprese, che coinvolgono la provincia autonoma di Trento e le regioni Lombardia e Campania⁵⁰.

L'uso delle nuove tecnologie nel *law enforcement* può essere foriera di problematiche specifiche, come discriminazioni di tipo diretto, che riguardano individui, e indiretto, che interessano determinate attività, gruppi sociali, aree maggiormente sottoposte a controlli. Con riferimento alle prime, occorre valutare con attenzione il peso da riconoscere alla "storia" di un individuo o impresa (ad esempio, esiti di controlli, denunce, condanne) che comunque non dovrebbe mai avere una rilevanza esclusiva nella definizione del grado di rischio riferita a quell'individuo o impresa. Al contempo, seppure le discriminazioni indirette appaiano meno pericolose di quelle dirette, il rischio che i dati vengano considerati predittivi del grado di rischio di commettere un illecito da parte di una persona è sempre presente, come già si è concretizzato in altri ordinamenti giuridici⁵¹. Per evitare questi esiti e più in generale per assicurare che l'algoritmo funzioni, non solo questo «deve continuamente essere alimentato di dati e informazioni, ma deve anche essere in grado di modificare previsioni e parametri di rischio in precedenza assegnati. (...) L'algoritmo dunque va mantenuto, costantemente aggiornato e perfezionato, ma anche monitorato al fine di supervisionare periodicamente (per esempio ogni anno) l'efficacia delle sue previsioni»⁵².

Infine, con riferimento alle applicazioni in alcuni ambiti (come i controlli tributari o quelli di polizia), vi è il rischio concreto che si verifichi un'eccessiva concentrazione sull'uso delle nuove tecnologie in funzione repressiva, là dove queste potrebbero essere messe a frutto anche in funzione di supporto mirato alla *compliance*⁵³.

4. Il complicato rapporto tra intelligenza artificiale e *human bounded rationality*

La complementarietà tra intelligenza umana e intelligenza artificiale viene richiesta da più parti per bilanciare gli eventuali *bias* se non errori dell'algoritmo⁵⁴ e per riconoscere la legittimità delle decisioni finali⁵⁵.

Questo presidio presenta, però, non pochi problemi attuativi con riferimento alle applicazioni di intelligenza artificiale.

⁵⁰ Al riguardo si rinvia al contributo di F. Blanc, M. Benedetti, C. Bertone, *L'informatica e il machine learning al servizio della semplificazione dei controlli sulle imprese: un equilibrio ancora da definire*, cit.

⁵¹ Amnesty International, *Trapped in the matrix*, 2020.

⁵² F. Blanc, M. Benedetti, C. Bertone, *L'informatica e il machine learning al servizio della semplificazione dei controlli sulle imprese: un equilibrio ancora da definire*, cit.

⁵³ In questa direzione muovono le applicazioni nei mercati finanziari del RegTech (comunicazione della Commissione UE sulla strategia in materia di finanza digitale per l'UE, COM 2020(591) fin.). Sulle limitate applicazioni in altri ambiti, come quello fiscale, sia consentito rinviare a N. Rangone, *Semplificazione ed effettività dei controlli sulle imprese*, cit., p. 896 ss.

⁵⁴ S.G. Mayson, *Bias In, Bias Out*, in *The Yale Law Journal*, 128, 2019, p. 2218 ss.

⁵⁵ B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2021, 2.

In particolare, non è chiaro cosa si pretende dall'intervento umano. Resta, ad esempio, indeterminato il modo in cui dovrebbe e/o potrebbe in concreto svolgere l'interazione tra intelligenza umana – del funzionario – e intelligenza artificiale della macchina: si tratta di fasi separate oppure è realizzabile una sorte di interlocuzione, se non di controllo? Se questo fosse il caso, come sembra emergere dalla proposta di regolamento europeo quanto agli algoritmi ad alto rischio, vi è da chiedersi come una supervisione da parte del singolo sarebbe in concreto realizzabile, mancandone spesso il tempo e la capacità, senza considerare che nel caso di dati elaborati attraverso *machine learning* – che consente un apprendimento automatico e progressivo da parte della “macchina” – un controllo diventa addirittura impossibile. Il giudice amministrativo italiano non lo spiega e la definizione che ne dà il Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea è alquanto vaga⁵⁶.

Il presidio dell'intervento umano rischia poi di restare lettera morta se si considera la razionalità limitata degli individui, anche i più esperti, e le conseguenti due possibili opposte reazioni dell'intelligenza umana di fronte ai dati derivanti dall'intelligenza artificiale: eccessiva deferenza (“*the algorithm make me do it*” approach)⁵⁷, da un lato, diffidenza se non rifiuto, dall'altro.

Qui entrano in gioco i *bias* legati al rapporto uomo-macchina, la cui esistenza e il cui peso nel processo decisionale individuale non può essere assunto in astratto e andrebbero, invece, verificato in concreto con specifici esperimenti comportamentali. Ed invero, si parla in letteratura di reazioni di completo affidamento nei confronti di una presunta oggettività dell'indicazione derivante dall'intelligenza artificiale (*automation bias*)⁵⁸. Se questo dovesse verificarsi essere il caso, è ovvio che la differenza tra un sistema completamente automatizzato e uno in cui ha un ruolo l'elemento umano si perderebbe completamente⁵⁹.

È peraltro anche possibile che si manifesti un atteggiamento opposto di rifiuto, che può derivare da sfiducia nella tecnica (*algorithm aversion*)⁶⁰, oppure da quello che è stato

⁵⁶ «La sorveglianza [umana] può avvenire mediante meccanismi di governance che consentano un approccio con intervento umano (human-in-the-loop-HITL), [vale a dire] “la possibilità di intervento umano in ogni ciclo decisionale del sistema, che in molti casi non è né possibile né auspicabile» (*Orientamenti etici per una IA affidabile*, cit., 2019, p. 18).

⁵⁷ D.S. Rubenstein, *Acquiring Ethical AI*, in *Florida Law Review*, cit., p. 123.

⁵⁸ L.J. Skitka et al., *Automation Bias and Errors: Are Crews Better Than Individuals?*, in *The International Journal of Aviation Psychology*, 2000, 10, 1, p. 85. Di particolare interesse a questo riguardo sono gli studi e gli esperimenti svolti con riferimento alle reazioni alle indicazioni delle “macchine” dei piloti di aereo (K.L. Mosier et al., *Automation Bias: Decision Making and Performance in High-Tech Cockpits*, in *International Journal of Aviation Psychology*, 8, 1, 1997, p. 47 ss.) e in medicina (K. Goddard, A. Roudsari, J.C. Wyatt, *Automation bias: a systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators*, in *Journal of American Medical Informatics Association*, 19, 2012, p. 121 ss.). Peraltro, la proposta di regolamento europeo sull'uso dell'intelligenza artificiale assume l'esistenza di questo *bias* e senza dare indicazioni su come far sì che non ne venga conseguentemente neutralizzato lo *human oversight* (art. 14).

⁵⁹ D. Lehr, P. Ohm, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, in *University of California*, 51, 2017, p. 716. Sul punto anche D.K. Citron (*Technological Due Process*, cit., p. 1272) che evidenzia anche come «over time, human operators may lose the skills that would allow them to check a computer's recommendation».

⁶⁰ B.J. Dietvorst, J.P. Simmons, C. Massey, *Algorithm aversion: People erroneously avoid algorithms*

definito *illusion of validity*⁶¹ (un'ingiustificata fiducia nel ragionamento umano che spesso caratterizza gli esperti)⁶². Può poi entrare in gioco una reazione molto diffusa, sia tra i regolati, che tra i decisori pubblici, definita *confirmation bias*, che induce a tener conto dei dati a disposizione (nel nostro caso quelli elaborati dalle macchine) solo quando a supporto dell'intuizione o convinzione formatasi dal funzionario ed a rifiutarli in caso di difformità⁶³. Vi è peraltro da considerare che l'avversione potrebbe anche essere riconducibile a limitate competenze tecnologiche, che non portano a compiere neanche quel passo minimo per acquisire e utilizzare i dati elaborati dall'intelligenza artificiale⁶⁴.

Non è possibile dare indicazioni definitive riguardo al ruolo dei *bias* nel complicato rapporto tra intelligenza artificiale e intelligenza umana, sia perché i numerosi studi non vanno tutti nella stessa direzione⁶⁵, sia perché manca una sperimentazione specifica riferita al contesto italiano. Non vi è dubbio, però, che queste diverse reazioni vadano prese in considerazione e affrontate con strumenti di *empowerment* cognitivo adeguati⁶⁶, in grado di rendere consapevoli gli interessati dell'esistenza di un determinato *bias* e dunque delle possibili reazioni individuali, non necessariamente razionali. In questa direzione potrebbe muovere, in particolare, una formazione mirata sui *bias* che intercorrono più frequentemente nel rapporto uomo-macchina⁶⁷. Nello specifico, il funzionario dovrebbe poter comprendere le funzionalità e i limiti del sistema di intelligenza artificiale e interpretare correttamente i relativi esiti⁶⁸; in quest'ottica è impor-

after seeing them err, in *Journal of Experimental Psychology: General*, 144, 1, 2015, p. 114 ss., 10-11 in Scholarly Commons.

⁶¹ A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185, 4157, 1974, p. 1126.

⁶² D. Kahneman, G. Klein, *Conditions for Intuitive Expertise. A Failure to Disagree*, in *American Psychologist*, 2009, p. 517.

⁶³ Si tratta di un *bias* molto diffuso, che interessa gli individui in quanto destinatari delle regole e in quanto regolatori. Sul punto la letteratura è diffusa, si veda, per tutti, C.G. Lord, C. Taylor, *Biased Assimilation: Effects of Assumptions and Expectations on the Interpretation of New Evidence*, in *Social and Personality Psychology Compass*, 3, 2009, p. 827; E. Zamir, D. Teichman, *Behavioural law and economics*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 399; S. Stern, *Cognitive Consistency: Theory Maintenance and Administrative Rulemaking*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 63, 2002, p. 589 ss.

⁶⁴ F. De Leonardis (*Big Data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in E. Calzolaio (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2020, p. 159) rileva che l'età avanzata dei dipendenti pubblici italiani che potrebbe costituire un freno al *government by data*.

⁶⁵ Ad esempio, J.M. Logg, J.A. Minson, D.A. Moore (*Algorithm appreciation: people prefer algorithm to human judgment*, in *Organisational Behaviour and Human Processes*, 151, 2009, p. 99) evidenziano che nonostante gli operatori economici esitino a presentare un servizio come riconducibile alla sola intelligenza artificiale per paura dell'avversione del cliente, «one simple way to increase adherence to advice is to provide advice from an algorithm» (come nel caso dei Robo-advisors nei mercati finanziari).

⁶⁶ Sulla distinzione tra *nudging* e *empowerment* sia consentito rinviare a F. Di Porto, N. Rangone, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Policymakers*, in A. Alemanno, A.L. Sibony (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective?*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 29.

⁶⁷ D.K. Citron, *Technological Due Process*, in *Washington University Law Review*, cit., p. 1306-1307. A questo riguardo è interessante notare come esperimenti cognitivi, seppure risalenti, hanno segnalato che la formazione sull'*automation bias* sarebbe efficace nel prevenire gli errori di "commissione" ma non quelli di "omissione" (L.J. Skitka et al., *Automation Bias and Errors: Are Crews Better Than Individuals?*, cit., p. 95).

⁶⁸ Così l'art. 14, co. 4, lett. a) e d) della proposta di regolamento europeo, già citata.

tante la partecipazione della struttura operativa alla progettazione dell'algoritmo, che sia questa effettuata all'interno o all'esterno dell'amministrazione. Al contempo, un sistema più o meno formalizzato di *accountability* (interna o esterna) aumenta la consapevolezza nella misura in cui porta il funzionario a individuare e indicare i dati generati dalla tecnologia che lo hanno indotto ad adottare una determinata decisione⁶⁹. Più in generale andrebbe sempre previsto un monitoraggio e una valutazione *ex post* dell'esito dell'uso dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali pubblici alla luce di diversi parametri, che vanno dai risparmi, al rispetto dei tempi del procedimento, all'accettazione nel sistema organizzativo, al grado di soddisfazione degli utenti o dei cittadini, alla numerosità degli errori riscontrati⁷⁰.

5. Nuove tecnologie e fiducia

La fiducia è un fattore determinante del successo o meno dell'innovazione nelle pubbliche amministrazioni (in generale) e dell'uso dell'intelligenza artificiale (in particolare)⁷¹.

Ci sono almeno tre dimensioni della fiducia nelle nuove tecnologie da prendere in considerazione. Fiducia dei decisori politici, fiducia dei funzionari, fiducia di cittadini e imprese.

La fiducia dei decisori finali nelle nuove tecnologie è fondamentale da vari punti di vista. Spesso il decisore politico è colui che contribuisce in modo determinante all'apertura dei processi decisionali all'intelligenza artificiale, attraverso assunzioni aperte ai *computer scientists*⁷², l'acquisto delle tecnologie necessarie alla raccolta e stoccaggio di una mole di dati che possa alimentare il funzionamento dell'intelligenza artificiale⁷³ o la stipula di accordi con altre amministrazioni per l'interconnessione di banche dati o l'uso del *federated learning*⁷⁴. È ancora il decisore politico che dà seguito o meno alle indicazioni che provengono da un'istruttoria o preistruttoria nella quale ha avuto un ruolo l'intelligenza artificiale.

La fiducia del funzionario nei confronti delle indicazioni che provengono dall'uso di intelligenza artificiale è anch'essa un fattore imprescindibile per il successo di un procedimento *data driven*. La fiducia attiene non solo alla correttezza delle indicazioni provenienti dall'intelligenza artificiale, ma anche alla *fairness* della procedura alla base di tali indicazioni (che può riguardare i dati utilizzati o la trasparenza della loro elabo-

⁶⁹ M. Hallsworth, M. Egan, J. Rutter, J. McCrae, *Behavioural Government. Using behavioural science to improve how governments make decisions*, The Behavioural Insights Team, 2018.

⁷⁰ D. Freeman Engstrom, D.F. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, cit.

⁷¹ F. Blanc, *Regulatory Delivery, Trust and Distrust. Avoiding Vicious Circles*, in M. De Benedetto, N. Lupo, N. Rangone (a cura di), *The Crisis of Confidence in Legislation*, Baden-Baden, Nomos-Hart, 2020, p. 307 ss.

⁷² C. Coglianese, *A framework for governmental use of machine learning*, cit., p. 38.

⁷³ *Ibidem*, p. 41.

⁷⁴ «The approach enables multiple organizations to collaborate on the development of models, but without needing to directly share secure data with each other» (*Open Data Science*, 3 aprile 2020).

razione): se questa collide con l'*individual fairness*⁷⁵ o con l'imparzialità secondo l'interpretazione del canone costituzionale, le indicazioni provenienti dall'intelligenza artificiale nel settore pubblico vengono adattate – se non ignorate – alla luce dei valori degli “*screen-level bureaucrats*”⁷⁶.

La fiducia di cittadini e imprese nei confronti di regolazioni o decisioni amministrative (di *adjudication* o *enforcement*), che devono essere e apparire affidabili⁷⁷, è altrettanto fondamentale. In mancanza, aumentano le contestazioni sociali e il contenzioso, fattori che rischiano di alimentare una resistenza interna (da parte dei funzionari), così che da strumento per il buon andamento, l'intelligenza artificiale potrebbe diventare un ostacolo ad esso. Ci sono almeno due dimensioni, ad avviso di chi scrive, su cui si fonda la fiducia di cittadini e imprese. Una prima dimensione, di tipo tecnico-giuridico, attiene alla trasparenza in ordine agli usi dell'intelligenza artificiale (di cui i soggetti interessati dalle decisioni finali devono avere contezza)⁷⁸, all'effettività delle garanzie procedurali, alla completezza della motivazione della decisione finale che di questi usi faccia menzione. La seconda dimensione, più sfuggente, attiene alla percezione di affidabilità delle indicazioni che provengono dalle applicazioni tecnologiche, di fondamentale importanza per alimentare la fiducia. Anche a questo riguardo, per alimentare la percezione di affidabilità è fondamentale la trasparenza. In quest'ottica, sarebbe importante che venissero indicati nei siti istituzionali i procedimenti interessati dall'uso di algoritmi, che venissero esplicitate le tecnologie utilizzate, il loro sviluppo interno o esterno all'amministrazione, l'esistenza o meno di sistemi di monitoraggio del funzionamento/supervisione e revisione periodica⁷⁹. Dovrebbero poi essere trasparenti i dati utilizzati e da questa trasparenza dovrebbe risultare la loro affidabilità (anche perché raccolti e letti da soggetti non in potenziale conflitto interessi) e provenienza (dati pubblici o forniti da soggetti terzi, social media). Più in generale, una trasparenza così estesa darebbe conto della *procedural fairness* nell'uso dell'intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni, che costituisce il fondamento della fiducia e alimenta il rispetto volontario delle regole e delle decisioni pubbliche⁸⁰.

⁷⁵ Centre for Data Ethics and Innovation, *Review into bias in algorithmic decision-making*, 2020, pp. 4-68.

⁷⁶ R. Binns, *Human judgment in algorithm loops*, in *Regulation and Governance*, 2020, p. 10; D.S. Rubenstein, *Acquiring Ethical AI*, in *Florida Law Review*, cit., p. 27.

⁷⁷ Centre for Data Ethics and Innovation, *Review into bias in algorithmic decision-making*, 2020, p. 4.

⁷⁸ La proposta di regolamento europeo già citato evidenzia che le persone devono sapere di interagire con un sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio, tra le quali possono essere comprese le varie attività di *law enforcement*, ma anche il riconoscimento di sovvenzioni (allegato III alla proposta di regolamento).

⁷⁹ Questa trasparenza può però essere ostacolata se non resa impossibile nei frequenti casi di esternalizzazione dello sviluppo del sistema (D.S. Rubenstein, *Acquiring Ethical AI*, in *Florida Law Review*, 73, 2021, p. 747 ss.).

⁸⁰ T.R. Tyler, *Procedural Fairness and Compliance with the Law*, in *Swiss Journal of Economics and Statistics*, 133, 2, 1997, p. 219 ss.

6. Considerazioni conclusive

Le esperienze di utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni italiane sono accomunate da una notevole opacità. Non è chiaro il perimetro delle amministrazioni coinvolte, il tipo di tecnologie utilizzate, la produzione interna o esterna, il ruolo nel processo decisionale, i dati che vengono lavorati, l'esistenza o meno di sistemi di manutenzione. Complessivamente, questa mancanza di trasparenza, pur con i rischi a questa connessi⁸¹, ha ricadute rilevanti sull'effettività delle garanzie procedurali e processuali degli interessati.

Mancano poi orientamenti chiari a supporto delle amministrazioni soprattutto quanto all'uso delle tecnologie più avanzate, che presentano problematiche specifiche con riferimento all'uso nella scrittura delle regole, alla lettura degli esiti delle consultazioni, alla programmazione dei controlli e più in generale quanto al rapporto uomo-macchina nell'*adjudication* e nell'*enforcement*. L'affidamento della definizione di questi parametri al solo giudice amministrativo (alla stregua di una *ex post regulation*)⁸², non solo non ne assicura la stabilità, ma, guardando necessariamente al passato dunque ad impieghi non particolarmente sofisticati delle nuove tecnologie, rischia di non offrire risposte alle problematiche peculiari connesse all'uso dell'intelligenza artificiale.

Al contempo, andrebbe chiaramente sciolto il nodo della distinzione tra dati coperti dalla privacy e non, che al momento ostacola la condivisione di informazioni tra pubbliche amministrazioni, determinante per alimentare il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale.

Le singole amministrazioni non dovrebbero essere lasciate sole nella soluzione di questi nodi, ma dovrebbero potersi muovere nel quadro di uno statuto dell'uso dell'intelligenza artificiale, basato su principi, declinati attraverso indicazioni flessibili, che possano essere adattate alle diverse realtà senza ostacolare l'innovazione⁸³. In tale contesto, potrebbe, ad esempio, essere richiesto che il ricorso all'intelligenza artificiale, così come la produzione interna o esterna, siano oggetto di una valutazione che tenga conto dei relativi vantaggi-svantaggi e vengano motivati anche alla luce degli esiti di queste ponderazioni⁸⁴.

⁸¹ D. Freeman Engstrom, D.E. Ho, C.M. Sharkey, M.F. Cuéllar, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, cit., p. 86.

⁸² B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit., p. 5.

⁸³ Magari facendo uso di specifiche tecniche come l'analisi di impatto sull'innovazione (prevista a livello europeo dal *Better regulation Toolbox*, tool 21) o la sperimentazione in un ambiente controllato (come previsto dalla proposta di regolamento europeo citata all'art. 53).

⁸⁴ C. Coglianese, *A framework for governmental use of machine learning*, cit., pp. 65-66.

Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile

Marcello Clarich

1. Fin dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889, l'equilibrio tra la giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria fissato dall'art. 111, co. 8, Cost., secondo il quale il ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato è ammesso «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione», è sempre stato fonte di tensioni e di incertezze applicative¹.

A rimetterlo in discussione è intervenuta da ultimo l'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020, n. 19598 che ha rinviato in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato nei casi in cui queste non applicano in modo corretto il diritto europeo. Con questa iniziativa, potenzialmente dirompente, le Sezioni Unite si pongono in dichiarato contrasto con la Corte costituzionale che con la sentenza 18 gennaio 2018, n. 6 ha offerto un'interpretazione restrittiva dei motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost.². Il giudice delle leggi ha chiuso così

¹ Secondo L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, GLF, editori Laterza, 2001, p. 338 la riforma del 1889 aprì una fase che era «tutt'altro che una fase di stabilizzazione», bensì «di profonde incertezze interpretative e di lotte giurisprudenziali, acerrime e senza esclusioni di colpi» e di una «drammatizzazione degli equilibri del sistema di tutela». Sul tema cfr., in generale, R. Villata, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 3, p. 632 ss.; A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Diritto pubblico*, 2013, 1, p. 341 ss.; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 4, p. 1677 ss.; B. Tonoletti, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esteri della giurisdizione di legittimità del giudice amministrato*, in *Foro italiano*, 1998, I, c. 1567 ss.; C.E. Gallo, *Il controllo della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

² I casi inclusi nella nozione di motivi inerenti alla giurisdizione sono esclusivamente quelli della invasione o sconfinamento, allorché il Consiglio di Stato «afferma la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione»; del cosiddetto arretramento, allorché il Consiglio di Stato neghi la propria giurisdizione «sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto in via assoluta di cognizione giurisdizionale»; del difetto relativo di giurisdizione, allorché il Consiglio di Stato «afferma la sua giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione», oppure al contrario «la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici». Cfr. M. Mazzamuto, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 3, p. 704 ss. Senza l'intervento della Corte costituzio-

ogni spazio all'interpretazione evolutiva fatta propria dalla Corte di cassazione volta a includere tra i motivi di giurisdizione anche casi di *errores in iudicando* particolarmente gravi ad opera di sentenze del Consiglio di Stato ritenute “abnormi” o “anomale” che operano «uno stravolgimento radicale delle norme di riferimento»³. Nell'equilibrio tra le due giurisdizioni la Corte costituzionale ha così riaffermato le prerogative esclusive del giudice amministrativo nell'interpretazione delle norme sostanziali e processuali da esso applicate che ora le Sezioni Unite rimettono in discussione.

L'elevato numero dei commenti all'ordinanza delle Sezioni Unite è di per sé sintomatico del fatto che essa tocca un nervo scoperto, cioè i rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa all'interno delle coordinate tracciate dalla Costituzione⁴.

In realtà il problema affonda le sue radici nella stessa genesi dell'art. 111, co. 8, Cost. e ancor prima nella scelta operata alle origini dell'evoluzione del sistema della giustizia amministrativa di affidare all'organo di vertice della giurisdizione ordinaria il potere di dirimere i conflitti di attribuzione tra «i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali» (art. 3, punto 3 della l. 31 marzo 1877, n. 3761), piuttosto che, sull'esempio francese, a un *Tribunal des conflits*, organo composto in modo paritario da magistrati dei due ordini giudiziari⁵. Da sempre, dunque, e anche successivamente all'istituzione

nale «la Corte di cassazione avrebbe continuato a suo piacimento a stabilire quando una questione fosse o meno da ritenersi di giurisdizione, e la giurisdizione unica sotto il profilo strutturale impossibile in iure sarebbe divenuta, caso per caso, tale in fatto»: cfr. R. Villata, *Postilla alla (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Rivista di diritto processuale*, 2018, 3, p. 745.

³ Per esempio, Cass., sez. un., 20 maggio 2016, n. 1051. Su questa evoluzione cfr. R. Villata, *Postilla alla (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit., che considera come eversiva e incompatibile con la Costituzione l'interpretazione estensiva operata dalla Corte di cassazione.

⁴ Cfr., in particolare, A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro italiano*, 2020, I, c. 3415; M. Chiti, *La Corte costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2021, 1; A. Sandulli, *Impervi sentieri dell'interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2021, 1; G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, *Limiti esteri e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 2020; A.M. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 2020; M. Clarich, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel “dialogo” tra le Corti supreme*, in *Corriere giuridico*, 2021, 2, p. 173 ss. Molti commenti contengono critiche piuttosto aspre. Si è parlato, per esempio, di “guerra tra corti” e di “offensiva delle Ardenne” cfr. 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*; oppure di “brutto pasticciccio”: cfr. F. Francario, *Quel pasticciccio di Piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *www.giustiziainsieme.it*; di “attività veramente creativa” delle Sezioni Unite: cfr. G. Tropea, *Il Golem europeo e i “motivi inerenti alla giurisdizione”*. Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, in *www.giustiziainsieme.it*; oppure si è ritenuto che «dall'organo supremo di giustizia ci si sarebbe potuto attendere maggiore prudenza nell'indubbiare la Costituzione» cfr. B. Caravita, *Postilla a S. Barbareschi, L.A. Caruso, La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione “fuori contesto”: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19582*, in *federalismi.it*, 4 novembre 2020.

⁵ In precedenza l'art. 13 della l. n. 2248/1865 devolveva al Consiglio di Stato il compito di dirimere questo tipo di conflitti. La pubblica amministrazione citata in giudizio innanzi al giudice ordinario poteva cioè sollevare un conflitto a tutela delle proprie prerogative, ritenute intangibili anche da parte del giudice ordinario. In questo modo una parte del giudizio aveva il privilegio di poter sottrarsi al giudice sollevando un conflitto la cui soluzione era affidata a un organo non terzo qual era il Consiglio di Stato, cioè un organo amministrativo lega-

della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889, il dualismo giurisdizionale affermato-si nel nostro ordinamento ebbe i caratteri di un dualismo non perfettamente paritario⁶.

2. Il tema, com'è noto, fu oggetto di dibattito in sede di Assemblea costituente, nel corso del quale fu avanzata e poi respinta la proposta radicale caldeggiata da Pietro Calamandrei di ritornare al modello dell'unità della giurisdizione all'interno delle coordinate poste dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E⁷. L'art. 12 del progetto posto alla base della discussione stabiliva che «l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari» i quali erano investiti anche del potere di annullare, revocare o modificare gli atti amministrativi per motivi di legittimità o, nei casi stabiliti dalla legge, anche di merito (art. 14). In ogni caso il progetto prevedeva l'istituzione presso gli organi giudiziari ordinari di sezioni specializzate per le controversie tra il cittadino e la pubblica amministrazione (art. 13).

La ragione principale avanzata da Calamandrei a giustificazione di questa proposta si ricollegava agli «inconvenienti che oggi si verificano per la distinzione tra giurisdizione su diritti e giurisdizione su interessi, tra giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità» con conseguente «difficoltà di trovare un giudice per ogni categoria di cause». La proposta non incontrò il favore dei costituenti, tuttavia non sulla base di argomenti di principio, bensì in considerazione degli «ottimi servizi» resi dal Consiglio di Stato (Giovanni Leone), della mancanza nel giudice ordinario di «quella preparazione, quella forma mentis, quelle attitudini necessarie per interpretare certe disposizioni di legge» (Costantino Mortati), nonché delle prove di indipendenza dimostrate dai giudici amministrativi durante la dittatura fascista⁸.

to sotto il profilo organizzativo e funzionale al potere esecutivo al pari della parte che sollevava il conflitto. Non a caso quest'ultimo manifestò una «eccessiva corritività nei riguardi della pubblica amministrazione»: cfr. P. Aimò, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Bari, GLF, editori Laterza, 2000, p. 62 il quale peraltro aggiunge che la modifica legislativa introdotta nel 1877 non portò a «una giurisprudenza molto dissimile dalla precedente» (p. 63). Cfr. altresì L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 333 i quali definiscono come «eversiva» la giurisprudenza del Consiglio di Stato sui conflitti di attribuzione nell'ampliare «il campo degli 'affari' sottratti alla tutela giurisdizionale» e sottolineano come neppure la Corte di cassazione «fu in grado di ribaltare equilibri già assai favorevoli alla competenza amministrativa».

⁶ Cfr. E. Capaccioli, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in E. Capaccioli, *Diritto e processo – Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978, p. 349 ss.

⁷ Cfr. U. Allegretti, G. Focardi, *Amministrazione, Costituente, Costituzione*, in M. Fioravanti, S. Guerrieri (a cura di), *Atti del Convegno di Roma del 20-21 febbraio 1998*, Roma, Res cogitans, 1998, p. 401 secondo i quali l'assetto costituzionale della giustizia amministrativa restò rigidamente «nei termini della tradizione»; E. Follieri, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2001, 4, p. 911 ss.; F.G. Scoca, *La giustizia amministrativa nella Costituzione repubblicana*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, p. 29 ss.

⁸ In realtà, «prevalsero le spinte conservatrici», anche da parte degli esponenti della sinistra, e in ogni caso i membri delle commissioni erano troppo legati agli schemi concettuali tradizionali della dottrina amministrativistica «per poter avanzare soluzioni realmente alternative, audaci ed originali»: cfr. P. Aimò, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, cit., p. 93. Il dibattito sulle ragioni che giustificano il dualismo giurisdizionale e la specialità del giudice amministrativo non si è mai sopito: cfr., in particolare, L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Diritto pubblico*, 2014, 2, p. 561 ss.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Diritto pubblico*, 1998, p. 380 ss.; A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Diritto pubblico*, 1997, p. 895 ss.

Rimasto dunque invariato il dualismo giurisdizionale affermatosi con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato ad opera della legge 31 marzo 1889, n. 5992 e stabilizzatosi nei decenni successivi, restava tuttavia aperta la questione dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo all'interno di un sistema fondato sul principio dell'unità non organica ma soltanto funzionale della giurisdizione.

Su questo problema, risolto all'esito della discussione in seno all'Assemblea costituente con l'art. 111, co. 8, Cost., che limita il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione», furono valutate varie opzioni.

Una prima opzione consisteva nel rimettere interamente al legislatore ordinario la definizione dei presupposti e dei limiti del ricorso per cassazione contro le decisioni dei giudici speciali, introducendo così solo una garanzia minima tesa a escludere che un siffatto rimedio possa essere espunto del tutto dal legislatore ordinario. Un'altra opzione era quella di omologare il ricorso per cassazione con riferimento alle giurisdizioni speciali a quello previsto in via generale con riferimento al giudice ordinario, attribuendo così alla Corte di cassazione una funzione nomofilattica anche nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato. Una terza opzione era quella di attribuire alla Corte costituzionale la competenza a risolvere i conflitti di giurisdizione insorgenti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale.

Quest'ultima proposta venne formulata da Costantino Mortati sulla base di una serie di motivazioni. In primo luogo, poiché la Costituzione confermava la duplicità della giurisdizione – prevedendo per essa una unità non organica ma solo funzionale fondata su «una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi (...) ognuno dei quali fa parte a sé, ognuno dei quali ha una propria organizzazione» – i conflitti tra ordini giudiziari assumono un carattere costituzionale, e dunque appare appropriato che di essi sia investita la Corte costituzionale. Infatti, allorché un ordine giudiziario si pronuncia su una materia attribuita dalla Costituzione ad altro ordine giudiziario ciò si traduce in «un'alterazione dell'ordine costituzionale dei poteri giurisdizionali».

In secondo luogo, la regola introdotta, come si è visto, nel 1877 di affidare la risoluzione dei conflitti alle Sezioni Unite della Corte di cassazione costituisce una “anomalia” in quanto si attribuisce questo compito «ad un organo della giurisdizione ordinaria, cioè ad un organo di quel potere che in un certo modo è parte in causa, perché il conflitto verte fra gli organi giudiziari ordinari e gli organi di giurisdizione speciali». E in proposito Mortati richiama non a caso il modello francese del tribunale dei conflitti composto in modo paritario, come si è già detto, da giudici espressione di entrambe le magistrature.

In terzo luogo, una volta operata la scelta di conservare le giurisdizioni speciali, ammettere il sindacato da parte della Corte di cassazione sull'interpretazione delle leggi da parte dei giudici speciali poteva apparire contraddittorio.

Pertanto, secondo Mortati, quand'anche non si dovesse accogliere la proposta di investire la Corte costituzionale dei conflitti di giurisdizione, quanto meno occorrerebbe limitare il sindacato della Corte di cassazione «soltanto all'eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione».

In definitiva, l'art. 111, co. 8, Cost. è il frutto di un compromesso che, come dimostra anche l'evoluzione successiva fino alla recente ordinanza delle Sezioni Unite prima citata, non risolve gli inconvenienti del sistema messi in evidenza da Cala-

mandrei e che genera tensioni pressoché inevitabili tra giudice ordinario e giudice amministrativo⁹.

3. In questa situazione è sempre più avvertita l'esigenza di cercare soluzioni per risolvere o quanto meno per attenuare, a Costituzione invariata, i problemi emersi nella prassi e accentuatisi in epoca più recente.

A questo fine conviene muovere dal testo della Carta costituzionale. In particolare, l'art. 24, comma 1, attribuisce una posizione di perfetta paritarietà ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi affidati alla cognizione rispettivamente del giudice ordinario e del giudice amministrativo. Del resto, è ormai assodato in giurisprudenza il riconoscimento al giudice amministrativo di una «piena dignità di giudice ordinario» per la tutela degli interessi legittimi e il ruolo di «giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica»¹⁰.

Il giudice civile merita poi l'attributo di "ordinario" che si giustifica in ragione della originarietà dei diritti soggettivi, che in molti casi si fondano direttamente nella Costituzione, senza cioè l'interposizione del legislatore richiesta invece per la definizione degli interessi legittimi.

Quanto all'equilibrio tra le due giurisdizioni, una delle ragioni di tensione è rinvenuta nell'abnorme estensione, probabilmente non immaginata dal legislatore costituente, delle materie di giurisdizione esclusiva promossa nel corso del tempo dal legislatore ordinario e consacrata dall'art. 133 c.p.a. che contiene un lungo elenco delle materie – rispetto all'impostazione accolta dall'art. 103 Cost.¹¹.

Quest'ultimo sembra conferire carattere eccezionale, come avveniva del resto nel 1948, all'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione dei diritti soggettivi, come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004 che ha posto fine al tentativo del legislatore ordinario di sostituire il criterio di riparto tradizionale, fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, con quello dei "blocchi di materie", che assegnava al giudice amministrativo in quelle a lui attribuite anche la cognizione non collegata in alcun modo all'esercizio del potere¹².

⁹ Nell'ambito di una rilettura complessiva delle disposizioni costituzionali in tema di giustizia amministrativa la disposizione è stata considerata come «un vistoso rudere di un passato che non esiste più» e che per questo deve «essere interpretata nel modo più restrittivo, come disarmonia»: cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 187. Secondo un'altra visione, non può essere interpretata in termini elastici ma piuttosto in base a «criteri di particolare rigore e di aderenza alle ragioni testuali», cfr. A. Travi, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corriere giuridico*, 2006, 8, p. 1048 ss.

¹⁰ Cfr. rispettivamente C. cost., 6 luglio 2004, n. 204 e C. cost., 27 aprile 2007, n. 140.

¹¹ Sull'evoluzione del processo amministrativo con riferimento alla giurisdizione esclusiva cfr. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo – Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001; A. Fabri, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, Giappichelli, 2002. Per la spinta operata dal codice del processo amministrativo verso l'omologazione della giurisdizione di legittimità e della giurisdizione esclusiva verso una sola forma di giurisdizione che le assorbe e le accomuna cfr. M. Ramajoli, *Commento art. 7, Sez. I*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2021.

¹² Su questa sentenza all'interno di un'analisi più articolata dei problemi del riparto di giurisdizione cfr.

La dilatazione della giurisdizione esclusiva, pur all'interno dei confini tracciati dalla giurisprudenza costituzionale, determina inevitabilmente una frizione tra i due ordini giudiziari.

Infatti, da un lato, il giudice ordinario si vede sottratti ambiti di giurisdizione che gli spetterebbero in linea di principio. Dall'altro, il giudice amministrativo è chiamato a operare un sindacato su rapporti paritari con i quali ha minor familiarità, se è vero che il nocciolo fondamentale della giurisdizione amministrativa è il sindacato sull'esercizio del potere in tutte le sue possibili manifestazioni dirette e indirette (art. 7 del Codice del processo amministrativo). L'argomento della specializzazione del giudice amministrativo in relazione al sindacato sul potere e sugli interessi legittimi a giustificazione della bontà di una giurisdizione speciale potrebbe, da questo punto di vista, ritorcersi contro al giudice amministrativo, se applicato alla cognizione dei diritti soggettivi, e avvalorare la pretesa a ridurre il più possibile l'ambito della giurisdizione esclusiva.

In ogni caso, anche in un sistema giurisdizionale improntato al policentrismo resta il problema di assicurare in qualche modo una configurazione omogenea a situazioni giuridiche soggettive aventi la medesima consistenza. Il problema della nomofilachia sui diritti soggettivi, anche di quelli attribuiti alla giurisdizione del giudice amministrativo, non trova oggi una soluzione soddisfacente. Appare del resto arduo, a Costituzione invariata, imboccare la via di interpretare l'art. 111, comma 8, nel senso di ammettere il ricorso in Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato per violazione di legge limitatamente ai casi nei quali esse si pronuncino su diritti soggettivi.

Che la cognizione dei diritti soggettivi da parte del giudice amministrativo costituisca un elemento meno naturale è confermato anche dalla vicenda dell'azione risarcitoria collegata alla lesione degli interessi legittimi. Come noto, la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500/1999 la manteneva in capo al giudice ordinario, mentre invece il codice del processo amministrativo la devolve al giudice amministrativo (art. 30) e ciò all'esito di contrasti giurisprudenziali tra giudice ordinario e amministrativo anche in ordine alla questione della pregiudizialità tra azione di annullamento e azione risarcitoria¹³.

La soluzione accolta dal codice è in linea con la concezione cosiddetta rimediale

M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione – apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, p. 239 ss.

¹³ Sul tema, anche per i commenti alle principali sentenze della Corte di cassazione e dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato antecedenti il codice del processo amministrativo, cfr. A. Travi, *Pregiudiziale e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro italiano*, 2008, III, p. 3 ss.; R. Villata, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2007, 2, p. 292 ss.; M. Clarich, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1, p. 55 ss.; V. Fanti, *La "rivoluzione" operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2007, 1, p. 145 ss.; F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, Cedam, 2007; G. Greco, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, 3, p. 513 ss.; M. Clarich, *La Corte di cassazione chiude ogni spazio alla pregiudizialità amministrativa*, in *Danno e responsabilità civile*, 2009, 7, p. 731 ss.; G. Comporti, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, 2, p. 280 ss.

dell'azione risarcitoria avallata dalla stessa Corte costituzionale che nella sentenza n. 204 del 2004 ha considerato il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, non già come una materia, bensì come una tecnica di tutela che si aggiunge a quella dell'annullamento del provvedimento illegittimo. In dottrina c'è chi ha espresso dubbi su questa soluzione ermeneutica se è vero che il fatto illecito, secondo l'art. 1173 c.c., costituisce la fonte di una obbligazione e dunque di una relazione diritto soggettivo-obbligo¹⁴.

Comunque sia, anche alla luce della prassi interpretativa, non è priva di fondamento l'opinione secondo la quale il giudice amministrativo ha ancor oggi una minor familiarità rispetto al giudice ordinario con le questioni risarcitorie. Del resto, ciò è riconosciuto in qualche modo dallo stesso Codice del processo amministrativo che consente al giudice, accertato l'an del risarcimento, di rimettere in prima battuta all'accordo delle parti la determinazione del *quantum* secondo i criteri stabiliti dallo stesso giudice (art. 34, co. 4).

Su un altro fronte, quello delle controversie in materia di lavoro pubblico privatizzato, l'esperienza concreta del passaggio dalla giurisdizione amministrativa alla giurisdizione ordinaria operato con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 sembra dimostrare, secondo molti commentatori, che il giudice ordinario abbia a sua volta una minor dimestichezza nell'apprezzare la specificità di un contenzioso che coinvolge una pubblica amministrazione non soltanto come datore di lavoro controparte contrattuale del dipendente pubblico, ma anche in relazione ad atti amministrativi di tipo organizzativo, che il giudice ordinario può eventualmente disapplicare¹⁵.

Insomma, "a ciascuno il suo", verrebbe da concludere.

Un altro aspetto delicato nei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo è il contenzioso relativo ai provvedimenti del Consiglio superiore della magistratura in materia di incarichi direttivi dei magistrati ordinari che rientra *naturaliter* nella giurisdizione del giudice amministrativo involgendo procedure di tipo comparativo e situazioni giuridiche di interesse legittimo (pretensivo). Questo tipo di contenzioso ha dato origine in passato non soltanto a conflitti di attribuzione sollevati dal Consiglio superiore della magistratura risolti dalla Corte costituzionale in favore del giudice ordinario, ma anche in tempi più recenti a ricorsi in cassazione per eccesso di potere giurisdizionale nel tentativo da parte del giudice ordinario di recuperare il ruolo di decisore di ultima istanza¹⁶. Può apparire infatti incongruente che il giudice ordinario, al quale la Costituzione assegna una posizione di preminenza nel sistema improntato al dualismo giurisdizionale, sia sottoposto alle decisioni ultime del giudice amministrativo per ciò che riguarda le carriere dei propri magistrati. Ma anche su questo punto, a Costituzione invariata, non sembrano alla portata di mano soluzioni semplici, se non quella di confidare nel senso di equilibrio di tutti gli attori istituzionali.

¹⁴ Cfr. R. Villata, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in R. Villata, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 393 ss., secondo la quale la parte che subisce una lesione dell'interesse legittimo «fa valere in giudizio null'altro che il diritto di credito nascente dal fatto illecito» ai sensi dell'art. 1173 c.c.

¹⁵ Cfr. S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 1, p. 47 ss.; F. Fischione, *Resoconto del convegno: "fuga dal giudice amministrativo"*, in *Giustamm.it*.

¹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302 che richiama anche la concezione evolutiva della nozione di giurisdizione.

4. Una criticità di fondo posta dall'assetto attuale del dualismo giurisdizionale continua a essere quella messa in evidenza da Calamandrei e cioè gli inconvenienti pratici derivanti dalle difficoltà di tracciare in modo univoco nei casi concreti la linea di confine tra giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa e ciò è dimostrato dall'ampio contenzioso innanzi alla Corte di cassazione¹⁷.

Se ci si pone infatti nella prospettiva della giustizia come "servizio pubblico" offerto ai cittadini, l'incertezza sul giudice al quale rivolgersi per accedervi costituisce una disfunzione sempre meno tollerabile, specie in una fase nella quale è sempre più avvertita l'esigenza di una rapida soluzione delle controversie¹⁸.

Innegabili infatti sono l'incremento dei costi e la dilatazione tempi derivanti dal contenzioso avente per oggetto le questioni di giurisdizione che può comportare, per esempio, la rimessione del giudizio in primo grado nei casi in cui la sentenza appellata abbia erroneamente declinato la giurisdizione (art. 105 del Codice del processo amministrativo), oppure la *translatio iudicii* nei casi in cui la Corte di cassazione, in particolare all'esito di un giudizio di impugnazione di un giudizio svolto innanzi al giudice ordinario, conclude nel senso che investito della giurisdizione sia il giudice amministrativo (art. 11, co. 4, c.p.a.)¹⁹.

A questo riguardo, le difficoltà di tracciare i confini della giurisdizione del giudice amministrativo riguardano tre versanti principali e cioè la distinzione tra interesse di fatto e interesse legittimo, il primo non sottoponibile alla cognizione di alcun giudice; la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, quest'ultimo attribuito di regola alla giurisdizione del giudice ordinario; i confini delle materie che la legge devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²⁰.

Sul primo versante, l'individuazione degli interessi meritevoli di tutela in sede giurisdizionale, in base ai noti criteri della individuazione e della qualificazione, appare spesso incerta. E questo proprio perché, diversamente da quanto accade nel caso dei diritti soggettivi definiti in gran parte in modo puntuale e univoco dalle norme di legge o da fonti negoziali, nel caso degli interessi legittimi le norme di conferimento del potere amministrativo non individuano con precisione in astratto gli interessi qualificabili come interessi legittimi, preoccupandosi piuttosto di definire i presupposti e le modalità di esercizio del potere. Ne discende, come affermato di recente dalla Corte di cassazione, che il processo amministrativo svolge «una funzione di autentica individuazione

¹⁷ Sui criteri di riparto di giurisdizione anche in chiave di ricostruzione storica cfr. M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, p. 229 ss.; B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001, p. 261 ss.

¹⁸ Per la visione secondo la quale la giurisdizione va qualificata come «un vero servizio pubblico e come tutti i servizi pubblici, controllabile e misurabile» cfr., da ultimo, A. Pajno, *Processo amministrativo e processo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 1, p. 236.

¹⁹ Prima dell'introduzione dell'istituto della *translatio iudicii* in via giurisprudenziale e poi dal codice, il problema dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione era ancor più grave attesa l'irreparabilità dell'eventuale errore, come già da molto tempo aveva ben colto la dottrina: cfr. G. Miele, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966 (ora anche in G. Miele, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 1062).

²⁰ Per un'ampia casistica giurisprudenziale cfr. B. Tonoletti, *Commento art. 7, Sez. II*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, cit.

degli interessi meritevoli di tutela»²¹ e ciò in sede di valutazione della sussistenza dell'interesse ad agire inteso, sulla scia dell'impostazione più tradizionale ora in fase di superamento, come effettiva titolarità di un interesse legittimo da accertare *in limine litis*, piuttosto che, com'è pacifico nel processo civile, come mera affermazione di tale titolarità.

Non sembra in definitiva soddisfare l'esigenza di certezza del diritto una situazione nella quale la titolarità della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio non risulta conoscibile *ex ante*, sulla base delle norme sostanziali, ma soltanto all'esito di un iter processuale che si conclude soltanto all'esito di un giudizio di cassazione.

Sul secondo versante, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano a un'applicazione univoca. In particolare, il criterio fondato sulla distinzione tra potere discrezionale e potere vincolato non è risolutivo. Infatti, se è vero che in presenza di un potere discrezionale la posizione giuridica soggettiva vantata è sempre e necessariamente un interesse legittimo, in presenza di un potere vincolato il quadro è meno chiaro. Infatti, la giurisprudenza opera una subdistinzione tra vincoli posti dalla legge nell'interesse e a garanzia del soggetto privato e vincoli che abbiano come funzione di tutelare in via primaria l'interesse pubblico²². Solo nel primo caso la situazione giuridica può essere qualificata come diritto soggettivo, mentre nel secondo caso essa va qualificata come interesse legittimo. Tuttavia, il criterio dello scopo della norma è fonte di incertezza, poiché quasi mai la norma stessa lo individua in modo esplicito.

Sul terzo versante, la casistica giurisprudenziale dimostra che i confini delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva sono spesso incerti e le soluzioni adottate sembrano rispondere a una logica più empirica che di principio. Del resto, la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale ha chiarito che affinché le materie possano essere devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non è sufficiente che sia presente un «generico coinvolgimento dell'interesse pubblico». Devono essere invece materie che, in assenza di una disposizione legislativa che opera tale devoluzione, «contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità».

Tuttavia, distinguere nei casi concreti se si supera la soglia del generico coinvolgimento dell'interesse pubblico e se la controversia richiede la valutazione di legittimità di provvedimenti espressione di pubblici poteri non è scontato. Così, per fare un solo esempio emblematico tratto dalla materia di gestione del ciclo dei rifiuti, che rientra nella giurisdizione esclusiva in base all'art. 133, co. 1, lett. p), c.p.a., l'azione risarcitoria proposta nei confronti del gestore del servizio da un privato che lamenti un danno alla salute e l'intollerabilità delle immissioni da un impianto di trattamento dei rifiuti

²¹ Cfr. Cass., sez. un., 2 agosto 2019, n. 20820.

²² Cfr. Cons. St., ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9. In dottrina, peraltro, è stata avanzata la tesi della corrispondenza biunivoca tra potere vincolato e diritto soggettivo. Cfr. per tutti A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1988, 3, p. 3 ss.; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento autonomo*, Padova, Cedam, 1996, p. 42 ss. In generale su questa discussione cfr. F. Scoca, *L'interesse legittimo – storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 432.

ricade nella giurisdizione ordinaria se le modalità tecniche di esercizio dell'impianto dipendono da scelte del gestore. Ricade invece nella giurisdizione amministrativa se tali modalità sono stabilite direttamente da provvedimenti della pubblica amministrazione²³. Per quanto il criterio sia chiaro in astratto, l'applicazione concreta richiede una disamina non agevole degli atti di regolazione e di concessione e degli obblighi imposti al concessionario.

Fonte di incertezza sono anche le possibili interferenze tra potere di annullamento attribuito di regola al giudice amministrativo e potere di disapplicazione dei provvedimenti illegittimi del quale è investito il giudice ordinario. Da un lato, il giudice amministrativo ha affermato il proprio potere di disapplicare i regolamenti contrastanti con disposizioni di legge anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità e ciò in base al principio della gerarchia delle fonti e dunque ritenendo recessiva la dimensione formale di atti amministrativi, che sono soggettivamente imputabili a un apparato amministrativo ancorché idonei a produrre norme giuridiche di rango secondario²⁴. Dall'altro il giudice ordinario, con particolare riferimento alle sanzioni pecuniarie della Banca d'Italia, ha affermato la propria giurisdizione e il proprio potere di disapplicare gli atti di natura regolamentare, aventi per oggetto il procedimento di irrogazione delle sanzioni impugnate innanzi al giudice amministrativo, in quanto considerate come atti meramente presupposti rispetto al provvedimento sanzionatorio oggetto di un parallelo giudizio di opposizione innanzi alla Corte d'appello di Roma²⁵, andando di contrario avviso rispetto a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato che aveva affermato la propria giurisdizione in considerazione del fatto che il ricorrente risulta titolare di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo a ottenere l'annullamento dei regolamenti impugnati²⁶.

5. A Costituzione invariata non è facile individuare soluzioni che risolvano gli inconvenienti derivanti dal sistema dualistico della giurisdizione. Per quanto riguarda la convergenza nella nomofilachia della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato possono essere richiamati come esempi dai quali trarre ispirazione il precedente famoso del concordato giurisprudenziale concluso nel 1929 dagli allora presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, Mariano D'Amelio e Santi Romano e avente per oggetto il criterio del riparto di giurisdizione fondato sulla *causa petendi* (piuttosto che sul *petitum*)²⁷, nonché il memorandum sottoscritto il 15 maggio 2017 dai vertici delle Corti superiori²⁸. Alcuni ipotizzano anche l'introduzione per legge del "transito" tra

²³ Cfr. Cass., sez. un., 8 maggio 2017, n. 11142.

²⁴ Cfr. da ultimo Cons. St., II, 9 gennaio 2020, n. 219. Cfr. F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2005.

²⁵ Cfr. Cass., sez. un., 18 febbraio 2020, n. 4365.

²⁶ Cfr. Cons. St., VI, 9 ottobre 2018, n. 5800.

²⁷ Cfr. R. Cavallo Perin, *Il riparto di giurisdizione nel concordato Romano D'Amelio*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, 1, p. 14 ss.

²⁸ Cfr. *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro italiano*, 2018, c. 57 ss. anche per il dibattito vivace suscitato di un'iniziativa che aveva l'obiettivo di rafforzare una cultura della giurisdizione e del sistema della giustizia considerati come "servizio alla comunità e al cittadino". Cfr., in particolare, A. Travi, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della costituzione: osservazioni sul memorandum dei presi-*

magistrature in modo di consentire una composizione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato nella veste di esperti in grado di fornire un apporto di cultura specializzata in diritto amministrativo²⁹.

Si tratta di proposte che meritano attenzione, anche se vari commentatori hanno espresso in passato qualche dubbio, almeno con riguardo a quest'ultima, circa la compatibilità con l'attuale assetto costituzionale che pone un divieto rigido di istituzione di giudici speciali³⁰.

Non è possibile prevedere quale sarà la decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea in ordine alle questioni sottoposte al suo esame dall'ordinanza delle Sezioni Unite già citata. Potrebbe anche darsi che la Corte non si addentri in questioni interpretative di diritto interno facendosi carico di chiarire la portata dell'art. 111, comma 8, della Costituzione italiana.

È forse più probabile che la Corte si limiti a esaminare il quesito specifico e cioè se, come ritenuto dal Consiglio di Stato nella sentenza oggetto del ricorso in cassazione, debba essere negata la legittimazione e l'interesse a proporre le³¹ censure volte al travolgimento dell'intera gara da parte di un'impresa esclusa dalla procedura dalla stazione appaltante. E ciò alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia dell'Unione europea contrari a questa interpretazione restrittiva e volti invece a riconoscere l'obbligo del giudice amministrativo di esaminare nel merito le censure proposte da un ricorrente pur in presenza di una eccezione (o di un ricorso incidentale cosiddetto escludente) volta a contestare la legittimazione processuale, al fine di soddisfare l'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Se questo fosse l'esito, la Corte di cassazione dovrebbe ritornare, come peraltro stava già facendo, a operare il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato all'interno delle coordinate indicate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018. Se invece, la Corte di giustizia entrasse per così dire nell'"agone" tra le corti supreme nazionali sconfessando l'interpretazione restrittiva della Corte costituzionale e facendo invece

denti delle tre giurisdizioni superiori, in *Foro italiano*, 2018, V, c. 109; A. Proto Pisani, G. Scarselli, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in *Foro italiano*, 2018, V, c. 62 ss.; S. Cassese, L. Torchia, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*, in *Foro italiano*, 2018, V, c. 107 ss.

²⁹ È stato anzi presentato un progetto di legge (A.C. n. 649) volto a istituire presso la Corte di cassazione un Tribunale superiore dei conflitti quale organo giurisdizionale supremo nei giudizi civili, penali, amministrativi, contabili tributari e dei giudici speciali a composizione mista: cfr., in senso critico, N. Palantoni, *Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa. Considerazioni a margine di un disegno di legge per l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 1235 ss. anche per ulteriori commenti volti a sollevare obiezioni di costituzionalità.

³⁰ Anche il Consiglio Superiore della Magistratura approvò il 24 gennaio 2018 una risoluzione critica sulla percorribilità di questo tipo di soluzioni a Costituzione invariata.

³¹ Sul cosiddetto interesse strumentale cfr. F.G. Scoca, *Sul c.d. interesse strumentale nelle procedure selettive (il contrasto tra giudice amministrativo e giudice europeo)*, in *www.giustamm.it*, 2019, 11; R. Villata, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, 2, p. 285 ss.; C. Benetazzo, *L'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale tra oscillazioni giurisprudenziali e questioni irrisolte*, in *www.federalismi.it*, 2012, 10. In generale sul ricorso incidentale, cfr. G. Tropea, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

rivivere l'interpretazione evolutiva dei motivi di giurisdizione – che quasi inevitabilmente la Corte di cassazione applicherebbe non solo nei casi involgenti il diritto europeo, ma, per ragioni di coerenza, anche nei casi involgenti soltanto questioni di diritto nazionale – il dualismo giurisdizionale finirebbe per assegnare alla Corte di cassazione una preminenza ancor più marcata. E non è chiaro, a questo punto, quale potrebbe essere la reazione non solo da parte del giudice amministrativo, ma anche da parte della Corte costituzionale. Se è consentito il ricorso a un'immagine, il fuoco continuerebbe a covare sotto la cenere.

Tra le soluzioni, pur imperfette e non risolutive, si potrebbe anche immaginare che, al di fuori del contesto formale di una controversia sottoposta al loro esame, la Corte di cassazione si faccia carico di esprimere orientamenti in via preventiva su possibili questioni interpretative generali relative al riparto di giurisdizione traendo ispirazione da una tecnica adottata dalle amministrazioni pubbliche in Germania che va sotto il nome di “*Antizipierte Verwaltungspraxis*”. In base a questa tecnica, utilizzata allo scopo di promuovere la certezza e la prevedibilità delle decisioni nei casi singoli, le pubbliche amministrazioni elaborano e comunicano all'esterno le prassi interpretative che intendono adottare in relazione a nuove leggi e regolamenti³². Un qualche gruppo di lavoro informale al massimo livello, eventualmente integrato da componenti esterne, potrebbe cioè proporre, in modo non vincolante per i giudici ordinari e amministrativi e neppure per le stesse Sezioni Unite, soluzioni interpretative, almeno nei casi più rilevanti, man mano che sorga l'esigenza di un chiarimento in seguito a mutamenti legislativi o a casi particolarmente significativi che iniziano a essere posti all'attenzione dei giudici di merito.

In una fase storica nella quale emergono anche a livello europeo sviluppi tesi a favorire strumenti di *soft law* e di *moral suasion*, pur nella consapevolezza di possibili obiezioni, potrebbe essere anche questa una strada per deflazionare il contenzioso sulla giurisdizione³³.

Del resto, già oggi sia la Corte di cassazione sia il Consiglio di Stato possono enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, senza assumere una decisione sul caso concreto, in relazione a questioni ritenute di particolare importanza (art. 363 c.p.c. e art. 99, co. 5, c.p.a.) esercitando così la funzione nomofilattica per così dire allo stato puro. Si tratterebbe di esercitare un'analoga funzione meramente persuasiva, in via informale, facendo leva sull'autorevolezza di chi esprime l'orientamento.

³² Una siffatta comunicazione è idonea a creare un affidamento in capo ai destinatari e in base al principio di eguaglianza determina per l'amministrazione un dovere di coerenza in sede di esame dei singoli casi concreti: cfr. in giurisprudenza, di recente, *Bundesverwaltungsgericht*, 17 gennaio 2019, 6 B, 138.18. Nell'ipotesi formulata nel testo, come specificato, non si creerebbe un vincolo giuridico in capo ai colleghi giudicanti.

³³ Sulla *soft law* la letteratura è assai vasta: cfr., per tutti, B. Boschetti, *Soft Law e normatività. Un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 32 ss.

L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche

Alessandro Pajno

Sommario: 1. La diffusione degli strumenti di intelligenza artificiale. – 2. Intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale. I giuristi di fronte a una transizione difficile. – 3. Intelligenza artificiale e processo tra questioni antiche e problemi nuovi. I miti da sfatare. – 4. La “neutralità” e obiettività dell'algoritmo. – 5. La giustizia predittiva. – 6. Intelligenza artificiale e documenti europei: la necessità dell'intervento umano. – 7. “*Consideration on the legal aspect of Artificial Intelligence 2020*”. Intelligenza artificiale, legittimazione del giudice e contraddittorio. – 8. La proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio di regole armonizzate sull'uso di intelligenza artificiale. – 9. Intelligenza artificiale e organizzazione del servizio giustizia. – 10. Dalla “macchina che inquieta” alla “macchina che sostiene”? Alcune iniziative sperimentali in corso. – 11. La giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'uso degli algoritmi nella funzione pubblica: utili suggerimenti anche per l'attività giurisdizionale. – 12. Intelligenza artificiale e istituti processuali: il futuro nel rapporto fra normativismo e realismo.

1. La diffusione degli strumenti di intelligenza artificiale

La presenza delle tecnologie legate all'intelligenza artificiale caratterizza il nostro mondo ed anche le nostre vite molto più di quanto non se ne abbia comunemente coscienza. È sufficiente, per rendersi conto di ciò, rifarsi, come suggerisce Lorenzo Casini¹, alle cifre fornite dal *Report Global Digital 2019*: nel 2018 il numero degli utenti di internet nel mondo ha superato i quattro miliardi, oltre la metà dell'intera popolazione mondiale è oggi connessa alla rete. A ciò si aggiunga che nel 2020 i dispositivi collegati al web sono stimati in cinquanta milioni, mentre nel 2014 erano 10 milioni.

La penetrazione nelle nostre vite delle tecnologie digitali è espressa in modo estremamente efficace da George Dyson, quando, nel volume su *Touring*², riferendo di alcuni discorsi che si facevano a Copertino, afferma che «Facebook definisce chi siamo, Amazon definisce cosa vogliamo e Google definisce cosa pensiamo»³.

¹ L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, Mondadori Università, 2020, p. 1.

² G. Dyson, *La cattedrale di Touring. Le origini dell'universo globale*, Torino, 2012, p. 356.

³ La frase di Dyson è ricordata da Casini in L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google*, cit., p. 1.

Sembra, in qualche modo, che le domande più significative della riflessione umana – quelle sulla coscienza di noi stessi e sul nostro destino, sulla direzione della nostra volontà, sul contenuto del nostro pensiero e sulle nostre aspirazioni – debbano ormai trovare risposte nelle iniziative dei grandi *players* del mercato dell'intelligenza artificiale. Le innovazioni tecnologiche, come tutte le grandi scoperte, non si limitano ad aggiungere novità all'esistente, ma lo plasmano e lo modificano, dando ad esso dei contenuti nuovi, esigono pensieri nuovi e nuove forme organizzative dei poteri pubblici e della società.

Siamo entrati in una lunga ma veloce era di transizione, quella da una società analogica, basata su un sistema composito di relazioni, ad una società digitale, fondata sulla connessione orizzontale paritorita dalle nuove tecnologie⁴. È per tale ragione che autorevoli commentatori della vita pubblica hanno posto in luce come l'avvento del *web* e degli strumenti di intelligenza artificiale abbia, in qualche modo, messo in crisi le tradizionali nozioni di governo, di Stato ed anche di democrazia⁵.

È entrata nell'uso corrente l'espressione “democrazia elettronica”; alcuni autori pongono in connessione l'avvento del *web*, che avrebbe facilitato una comunicazione interpersonale senza filtri⁶, con l'avvento del populismo⁷; altri vedono in questo processo una vera e propria morte della democrazia⁸. L'uso degli strumenti di intelligenza artificiale conduce, d'altra parte, secondo alcuni, ad un vero e proprio capitalismo della sorveglianza⁹, mentre non a caso c'è chi ricorda la nota frase di M. Zuckerberg, secondo cui la sua società sarebbe «*more like a government than a traditional company*»¹⁰.

È anche con riferimento al processo giurisdizionale che la transizione nella quale siamo immersi acquista un ruolo ed un significato specifico. Il processo, infatti, è il luogo in cui, elettivamente, si confrontano le pretese dei cittadini legate alla vita sociale ed economica, il potere pubblico e le situazioni soggettive dei consociati, la pretesa punitiva dello Stato e le libertà che stanno a fondamento della democrazia. Il processo, le sue strutture, le sue garanzie costituiscono, d'altra parte, una sorta di cartina di tornasole della qualità della vita democratica.

Si tratta di considerazioni che acquistano ulteriore rilievo in un momento nel quale la pandemia da *coronavirus* ha accelerato in modo veramente significativo la transizione digitale e con essa l'uso di strumenti informatici per la celebrazione dei processi giurisdizionali; questa accelerazione, nel contempo, rischia tuttavia di porre, per dir così, in sofferenza alcuni dei valori fondamentali che fanno di un processo un processo, quali il contraddittorio, l'immediatezza, l'oralità, la collegialità ed anche, in ultima analisi, l'autonomia e l'indipendenza del giudice¹¹.

⁴ A. Pajno, *Democrazia e governo della pandemia*, in L. Violante, A. Pajno, *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Bologna, il Mulino, 2021, I, p. 63.

⁵ L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google*, cit., p. 2.

⁶ S. Maffettone, *Politica. Idee per un mondo che cambia*, Firenze, Le Monnier, 2019, p. 80 ss.

⁷ Y. Meny, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, il Mulino, 2020.

⁸ S. Levitsky, D. Ziblatt, *Come muoiono le democrazie*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2019.

⁹ S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2019.

¹⁰ L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google*, cit., p. 3.

¹¹ Sul processo amministrativo al tempo della pandemia si vedano A. Pajno, *Processo amministrativo e*

Sotto questo profilo, l'esame del rapporto fra processo giurisdizionale e tecnologia di intelligenza artificiale può assumere anche il valore di un vero e proprio *stress test* sulla nostra democrazia alla luce della transizione digitale.

2. Intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale. I giuristi di fronte a una transizione difficile

Come è noto, è da tempo che gli osservatori più attenti riflettono sul rapporto tra esercizio della funzione giurisdizionale e gli strumenti di intelligenza artificiale. Gli scritti spaziano da questioni più ampie quali quelle riguardanti la calcolabilità giuridica¹², la relazione tra calcolabilità e probabilità, il rapporto con i mercati finanziari¹³, con le valutazioni di impresa, con il regime delle responsabilità, con l'uso di strumenti algoritmici da parte di pubbliche amministrazioni, a questioni riguardanti in modo più specifico il processo, come quelle concernenti la compatibilità di strumenti di IA con istituti tradizionali, quali l'appello o il ricorso per cassazione, o anche l'utilizzazione di tali strumenti nell'organizzazione del sistema generale di tutela giurisdizionale.

Si sono confrontate non soltanto opinioni differenti, ma anche, in qualche modo, sensibilità obiettivamente divergenti. E così, se è stata posta in luce, soprattutto da parte dei soggetti dotati di un approccio tecnico-scientifico, l'esistenza di inaspettati punti di contatto, se non di vera e propria analogia, fra la decisione giuridica e quella robotica¹⁴, è stata, per converso, rilevata la sostanziale irriducibilità dell'attività del decidere a quella posta in essere attraverso algoritmi, essendo la prima una «tipica attività umana, in cui i principi generali del diritto non potrebbero essere assimilati a procedimenti di astrazione arida e senz'anima»¹⁵.

Principi generali, decisioni per valori, concetti giuridici indeterminati e la stessa discrezionalità del giudice militerebbero, così, non a favore della calcolabilità giuridica, ma di un «diritto incalcolabile», in quanto fondato sulla libertà e sulla responsabilità dell'interprete: un diritto che, proprio perché fa parte della storia, sarebbe oggetto non di *computazione* ma di *invenzione*, di ritrovamento nelle pieghe della storia e della dinamica della vita sociale¹⁶.

La ricchezza del dibattito offre una misura dell'ampiezza della transizione che il mondo del diritto sta vivendo ed esprime, per altro verso, l'inquietudine per un cambio di paradigma che può condurre a grandi opportunità ma che può anche risolversi in una

processo economico, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 1, p. 232 ss.; R. Rolli, *La giustizia amministrativa al tempo del COVID 19*, in *Biopolitica, pandemia e democrazia*, cit., p. 273 ss.; A. Lariccia, *PAT e pandemia*, *Ibidem*, p. 287 ss.

¹² A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, il Mulino, 2017.

¹³ G. Finocchiaro, V. Falce (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza e regole*, Bologna, Zanichelli, 2019.

¹⁴ A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, cit., p. 33 ss.

¹⁵ L. De Renzis, *Primi passi nel mondo della giustizia "high tech": la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, cit., p. 151.

¹⁶ P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

«rivoluzione numerica» nella quale si possa, alla fine, abbandonare la «liturgia della parola» e si finisca con il «decidere senza giudicare»¹⁷.

Si paventa, così, il verificarsi di uno scenario nel quale la tecnologia, liberata dal fattore umano, possa alla fine divenire tecnocrazia.

È per tale ragione che si continua a parlare, da parte di chi vive la transizione e ne avverte i rischi, del mito di una «giustizia esatta»¹⁸, che prometta di riparare all'inefficienza del processo e prospetti l'illusione di una «giustizia infallibile», in un contesto in cui la perdurante crisi, senza precedenti della giurisdizione, potrebbe favorire l'idea di affiancare ai giudici protocolli standardizzati di giudizio in funzione tutoria¹⁹; gli stessi giudici, d'altra parte, presi nella morsa dell'efficienza produttiva, avvertono gli algoritmi «non solo come strumenti di *reassurance juridique* ma come provvidenziale percorso deresponsabilizzante rispetto alla mole di fascicoli affidati»²⁰.

Per altro verso e da un differente punto di vista viene, talvolta, posto in luce come, fra i giuristi sia diventata di moda «una sorta di estetismo dell'incertezza» che rischia di mettere capo «alla più sfrenata soggettività del giudizio e celebra i suoi fasti nella mistica intuizione dei valori»²¹. Viene, in questa prospettiva, sottolineato che la decisione robotica, la decisione basata su algoritmi è, pur sempre, una decisione umana²² e che quella che può essere definita l'insopprimibile soggettività sta proprio nella costruzione e selezione dei dati, siano essi atti normativi, precedenti giurisprudenziali, fatti raccontati dalle parti, dal momento che è proprio questa «costruzione» della realtà che consente di percepirla.

«Ciò che osserviamo non è la natura in se stessa ma la natura esposta ai nostri metodi di indagine», osserva Irti²³ citando Werner Heisenberg. Lo spazio costituito dalla conformazione dei dati, dall'indicazione dei criteri interpretativi, dai precedenti giurisprudenziali ed anche dai valori chiamati ad ispirare la decisione diviene, così, il luogo in cui si manifestano i conflitti e si operano le scelte: un luogo nel quale il potere giudiziario trova la sua nuova sede²⁴.

3. Intelligenza artificiale e processo tra questioni antiche e problemi nuovi. I miti da sfatare

È in un contesto del genere, carico di nuovi obiettivi ma anche di possibili delusioni, che si colloca il problema del rapporto fra intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale.

¹⁷ V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, in V. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 567.

¹⁸ V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., p. 554.

¹⁹ V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., p. 556.

²⁰ V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., p. 557.

²¹ N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, cit., p. 18.

²² N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, cit., p. 21.

²³ N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, cit., p. 20.

²⁴ N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, cit., p. 20.

La questione dell'intelligenza artificiale e la sua relazione con il processo giurisdizionale diviene, così, lo strumento per rileggere alla luce dell'oggi problemi antichi: quelli del rapporto fra legge e giudice, fra il *testo* della disposizione legislativa o regolamentare e la *norma* che il giudice ne trae, fra primato del Parlamento e funzione giurisdizionale, tra diritto come norma e diritto come principio e come valore, fra *legislatio* e *iuris-dictio*, fra giurisdizione e giustizia. Vi è così chi, almeno per un momento, si è chiesto se la "giustizia robotica" possa essere considerata lo strumento per superare le incertezze di quel pensiero egemone che ha dato vita al realismo americano e scandinavo, alle teorie dell'interpretazione, al neocostituzionalismo, e per tornare invece alla relativa certezza della norma e delle parole in essa contenute²⁵, che costituiscono il terreno su cui nascono le aspettative della comunità e dei singoli individui²⁶.

Sempre in questa prospettiva, ci si è anche chiesto se l'*automazione* della giurisdizione possa essere anche l'occasione per porre fine all'*autonomizzazione* della funzione giurisdizionale e se l'idealtipo del giudice automa potesse essere considerato un «buon paradigma da opporre alle egemoni dottrine dell'interpretazione, che hanno legittimato l'arbitrio e il soggettivismo»²⁷.

A fronte di un approccio del genere, volto ad utilizzare una figura nuova per rilanciare le sorti del normativismo, sono stati evidenziati i rischi di una decisione *datacratica*, e sono state evocate quelle che, a parere di alcuni, sarebbero le vere vittime dell'algoritmo: l'autonomia della decisione e la proprietà individuale del pensiero²⁸.

È, quindi, in uno scenario carico di aspettative ma di possibili delusioni, contraddittorio ma ricco delle riflessioni che caratterizzano la post-modernità, che si svolge il confronto fra le novità introdotte dall'uso dell'intelligenza artificiale e il "mistero" del processo²⁹ e vengono affrontate questioni diverse: la selezione dei dati, la giustizia predittiva, il problema della prova, il ruolo delle parti, la sorte dell'autonomia del giudice di fronte all'uso di algoritmi nel processo.

Si tratta di un confronto che spesso si svolge in un clima di incertezza e diffidenza, in cui si fronteggiano gli entusiasti delle innovazioni tecnologiche e coloro che sono afflitti dal timore di una macchina che inquieta perché, in qualche modo, decide.

Tuttavia, poiché gli strumenti di intelligenza artificiale sono destinati comunque a incontrare il mondo del processo, sembra ragionevole assumere un atteggiamento volto a superare sia una sorta di timore pregiudiziale per l'uso di tali strumenti di intelligenza artificiale, in nome della difesa dell'umano, sia una prospettiva che descrive l'utilizzazione di essi come il superamento di un inevitabile soggettivismo, e la conquista di una giustizia finalmente "neutrale". Si tratta, allora, di cercare di liberarsi di alcuni "miti" o di alcune modalità espressive che sembrano rendere più difficile il rapporto tra intelligenza artificiale e processo, nel tentativo di migliorare la qualità del servizio pubblico della giustizia. Si è, infatti, di fronte ad una sfida che, con prudenza ed intelli-

²⁵ M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 76 ss.

²⁶ N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, cit., p. 18.

²⁷ M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, p. 77.

²⁸ D. De Kerkhove, *La decisione datacratica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 97 ss.

²⁹ S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 2014.

genza, può essere superata: quella cioè di introdurre, in un sistema, come quello della giustizia, investito da una crisi di efficienza e di credibilità, strumenti che, senza risolversi nel trasferimento della legittimazione della decisione dall'uomo alla macchina, possano, comunque, comportare un aumento dell'efficienza e della qualità del servizio.

4. La "neutralità" e obiettività dell'algoritmo

La prima questione – o, se si vuole, il primo mito da sfatare – non riguarda il processo e le sue tecniche, ma l'algoritmo e la sua *oggettività e neutralità*³⁰. Si afferma, infatti, che la capacità di calcolo, propria dell'algoritmo, consentirebbe di processare un enorme numero di dati in modo neutrale, in qualche modo contribuendo a sottrarre la decisione finale al soggettivismo legato, in generale, alla precomprensione del giudice. Sono, peraltro, gli stessi esperti di *computer science* a metterci in guardia: se, infatti, alla base dell'uso degli strumenti di intelligenza artificiale vi sono i dati, occorre, allora, tener presente che il dato diviene tale solo attraverso una operazione di selezione e filtraggio degli eventi, per costruire su di esso un processo di analisi e pervenire successivamente a una decisione.

Val quanto dire che «per poter essere trattabile attraverso metodi algoritmici, cioè attraverso una sequenza non ambigua di operazioni finite, l'informazione relativa ai dati deve essere necessariamente *impoverita*»³¹. Il dato che viene processato dall'algoritmo è, pertanto, non solo il frutto di una (inevitabile) opzione soggettiva, ma anche (e soprattutto) il frutto di un processo di impoverimento della realtà, posta in essere attraverso la digitalizzazione e cioè «attraverso la sua riduzione ad un elenco finito di informazioni numeriche»³².

Il dato così trattato subisce tre limitazioni: la prima è legata alla incompletezza, e cioè alla selezione operata a monte, che restituisce una immagine parziale della realtà³³; la seconda è conseguenza di un'opera di distorsione, perché un flusso temporalmente continuo di informazioni viene trasformato in una serie di «fotogrammi» separati³⁴; la terza è l'incertezza, definita «regina del mondo delle macchine autonome»³⁵ frutto di cause diverse ma legate anche alla circostanza che gli scenari futuri che gli algoritmi dovrebbero aiutare a predire sono essi stessi incerti, mentre l'espressione di valutazioni o giudizi su eventi futuri è in realtà una riflessione sui dati del passato³⁶. Una realtà che viene rappresentata come oggettiva presenta, così, inevitabili elementi di soggettività.

Questi profili di soggettività derivano, peraltro, non solo dal processo di selezione

³⁰ Sulle questioni connesse all'uso di algoritmi nelle decisioni pubbliche si veda G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

³¹ A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, cit., p. 39.

³² A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, cit., p. 32.

³³ A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, cit., p. 39 ss.

³⁴ Così A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, cit., p. 40.

³⁵ A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, cit., p. 40.

³⁶ A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, cit., p. 39 ss.

dei dati, ma sono connessi con la stessa nozione di algoritmo. Se questo è, infatti, una sequenza finita di operazioni elementari, eseguibili facilmente da un elaboratore che, a partire da un insieme di dati (input), produce un altro insieme di dati che soddisfano un preassegnato insieme di requisiti³⁷, appare evidente che ciò che sembra decisivo è, oltre la selezione dei dati, la definizione dei requisiti, e cioè dei vincoli e degli obiettivi che dall'algoritmo devono essere in qualche modo soddisfatti.

Tale definizione è frutto dell'operatore umano, sicché essi possono anche essere portatori di limiti, di *bias* e comunque sono ispirati al contesto culturale nel quale l'operatore si colloca³⁸. Tutto ciò non significa che gli algoritmi non siano utilizzabili anche nel processo, dove certamente possono rivelarsi utili; si tratta, semplicemente, di prendere atto della circostanza che essi, al di là dei problemi legati alla loro oscurità o non accessibilità, sono anche frutto di scelte riconducibili all'uomo.

5. La giustizia predittiva

Un altro elemento di difficoltà crescente è legato proprio all'uso sempre più frequente nella prospettiva del processo, della locuzione "giustizia predittiva". Non si intende in questa sede tornare sulle esperienze degli Stati Uniti, né sui problemi legati all'uso di tecniche algoritmiche a scopo predittivo come ausilio all'attività degli studi legali, su cui molto si è già scritto; qui si vuole semplicemente evidenziare che con l'espressione "giustizia predittiva" sembra che – consapevolmente o inconsapevolmente poco importa – venga evocato un radicale mutamento, un cambio di paradigma ed una rivoluzione tecnologica³⁹ che sembrano chiamare in causa un uso forte dell'IA nel processo⁴⁰ volto alla fine a facilitare l'avvento di un "*sistema oracolare legal tech*", la possibile sostituzione del giudice umano, anche per la valutazione e comprensione di un comportamento umano, quale è pur sempre l'illecito penale, con un giudice non umano, e con essa, la "terra promessa" di una giustizia "esatta"⁴¹, all'esito della quale si finirebbe con il "decidere senza giudicare", in uno scenario in cui la tecnologia, liberata dal fattore umano, finirebbe con l'assumere in volto della tecnocrazia⁴².

L'uso di strumenti di giustizia predittiva nel processo può, accanto a numerose utilità, presentare profili di criticità su cui ci si è spesso intrattenuti⁴³; qui è, tuttavia, il caso

³⁷ Per una definizione di algoritmo si veda M.C. Carrozza, C. Oddo, S. Orvieto, A. de Minin, G. Montemagni, *Paper sui principi tecnici*, in *Statuto etico e giuridico dell'IA*, Fondazione Leonardo – Civiltà delle macchine, 2019, p. 13, che richiama <http://www.treccani.it/vocabolario/algoritmico>.

³⁸ M.C. Carrozza, C. Oddo, S. Orvieto, A. de Minin, G. Montemagni, *Paper sui principi tecnici*, cit., p. 13 ss.

³⁹ V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., p. 547.

⁴⁰ Sulla IA forte si veda, tra l'altro, R. Bichi, *Intelligenza digitale, giurometria, giustizia predittiva e algoritmo decisionario. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in V. Ruffolo, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 423 ss.

⁴¹ V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., p. 554.

⁴² V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., p. 567.

⁴³ Si veda, tra l'altro, R. Bichi, *Intelligenza digitale, giurometria, giustizia predittiva e algoritmo decisionario*, cit., p. 426 ss.

di osservare che è forse, la stessa utilizzazione di un linguaggio in qualche modo distopico a provocare delle difficoltà.

Come è stato efficacemente rilevato, l'IA non offre strumenti di *predizione* e cioè di anticipazione “oracolare” della decisione che sarà adottata dal giudice, ma di semplice *previsione*⁴⁴.

I c.d. strumenti di giustizia predittiva non sono affatto predittivi, nel senso di emettere un giudizio fondato sull'analisi dei fatti e sulla valutazione di essi alla stregua della regola giuridica, ma hanno carattere eminentemente *quantitativo*, dal momento che hanno la capacità di processare enormi quantità di dati ed offrono previsioni statistiche attendibili. Gli strumenti di cui attualmente disponiamo non sono predittivi in senso proprio; possono, infatti, offrire un quadro che consente di operare valutazioni probabilistiche ma non previsioni di decisione. L'esito di una elaborazione digitale non è, infatti, una decisione (nemmeno in termini di una pre-dizione della decisione, ma solo una rilevazione statistica)⁴⁵.

Non è questo il luogo per ripercorrere quello che è stato definito il lungo rapporto tra intelligenza artificiale e ragionamento giuridico⁴⁶, né il progressivo affermarsi, accanto ai c.d. “sistemi esperti”⁴⁷, fondati sulla traduzione in linguaggio computazionale di regole giuridiche specifiche, al fine di consentirne l'applicazione automatizzata a casi determinati, di un diverso tipo di soluzioni basate sull'approccio quantitativo al precedente (la c.d. *quantitative legal prediction*, fondati sul *case based reasoning*)⁴⁸, attente più alle decisioni assunte che al ragionamento ed alla regola giuridica, con un conseguente spostamento dell'attenzione dalle regole decisorie alle decisioni⁴⁹. L'utilizzazione di tali modelli conduce, così, ad una analisi quantitativa e ad una valutazione probabilistica circa il comportamento del giudice, dal momento che l'esito dell'elaborazione digitale è costituita da una rilevazione statistica e non da una decisione nel senso dell'assunzione della scelta conseguente all'applicazione di una regola di diritto; esito, questo, reso peraltro impossibile dalla circostanza che, almeno fino ad ora, i dati vengono elaborati dagli strumenti di intelligenza artificiale in base ad una analisi di tipo sintattico e non di tipo semantico, capace di cogliere le diverse variabili di significato.

È, appunto, in questa prospettiva che è possibile cogliere i profili critici della digitalizzazione del ragionamento giuridico, dal momento che le variabili semantiche rendono particolarmente complessa la traduzione in un affidabile modello computazionale, sia esso basato sui sistemi esperti che sul *case base reasoning*⁵⁰.

⁴⁴ S. Quattrocolo, *Decidere o decidere di non decidere? Cosa l'intelligenza artificiale può offrire al giudizio penale*, in A. Pajno, L. Violante, *Biopolitica, pandemia e democrazia*, cit., III, p. 260 ss.

⁴⁵ S. Quattrocolo, *Decidere o decidere di non decidere?*, cit., p. 269.

⁴⁶ Provvede a ciò, in modo sintetico ma efficace S. Quattrocolo, *Decidere o decidere di non decidere?*, cit., p. 258 ss.

⁴⁷ I sistemi esperti, basati su schemi ipotetico-deduttivo, soddisfano le necessità di giustificazione del risultato, poiché le regole e i passaggi vengono stabiliti e immagazzinati lungo il processo. Il sistema riceve un *input* (fatto) e con l'ausilio di diagrammi ad albero, scorre attraverso il numero di regole fornite, e consegna l'*output* dopo che ogni regola è stata applicata. In questo senso S. Quattrocolo, *Decidere o decidere di non decidere?*, cit., p. 259.

⁴⁸ S. Quattrocolo, *Decidere o decidere di non decidere?*, cit., p. 259 ss.

⁴⁹ S. Quattrocolo, *Decidere o decidere di non decidere?*, cit., p. 261.

⁵⁰ S. Quattrocolo, *Decidere o decidere di non decidere?*, cit., p. 263.

È stato, altresì, posto in luce che l'utilizzazione di modelli computazionali fondati sull'uso del precedente conosce variabili assai diverse connesse all'esistenza o meno alla regola dello *stare decisis*, e cioè al dovere di applicare il precedente non *overruled*, alla presenza di significativi *corpus normativi*, all'organizzazione della magistratura e delle Corti supreme, alla possibilità di queste di selezionare i casi da decidere⁵¹, alla modesta rilevanza delle questioni di fatto, nella giurisprudenza delle Corti supreme attente alla elaborazione di principi di diritto.

Tali rilievi, se aiutano a superare un approccio distopico legato all'uso della locuzione "giustizia predittiva", non escludono, invece, che l'uso di strumenti di "ragionamento giuridico artificiale"⁵² possano comunque essere utili anche in ordinamenti come quello italiano ed evidenziano come non si ponga in contrasto con il quadro costituzionale l'uso di modelli computazionali basati o su sistemi esperti o su sistemi *case based*, che non sostituiscano la decisione umana ma che, a certe condizioni, possano contribuire all'adozione di questa.

6. Intelligenza artificiale e documenti europei: la necessità dell'intervento umano

Le osservazioni esposte in precedenza sembrano convergere verso una prospettiva che ribadisce la necessità dell'intervento del giudice umano e della sua autonomia.

Esse sottolineano anche l'utilità nei sistemi processuali dell'uso di strumenti di intelligenza artificiale e paiono trovare conferma in alcune disposizioni contenute in diversi documenti e nelle diverse iniziative dell'Unione europea volte a disciplinare sotto diversi profili l'uso di tali strumenti.

L'esame di tali documenti sembra, anzi, rendere palese un orientamento volto, da una parte, ad ammettere con prudenza l'uso di strumenti di intelligenza artificiale e dall'altra a richiedere comunque un intervento umano in ogni processo decisionale di contenuto giurisdizionale.

Non è possibile, in questa sede, provvedere ad una analisi approfondita della grande quantità di documenti che sono intervenuti sulla questione. Deve, comunque, essere ricordato, innanzi tutto, l'art. 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE/2016/679) che, nel disciplinare il processo decisionale automatizzato relativo alle persone, afferma che l'interessato ha diritto a non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici che lo riguardano o che incidono significativamente in modo analogo sulla sua persona.

Nella stessa ottica si muove l'art. 8 del d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, (attuazione della direttiva UE 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte di autorità competenti a fine di prevenzione, indagine, accertamento, per-

⁵¹ S. Quattrocchio, *Decidere o decidere di non decidere?*, p. 265 ss.

⁵² S. Quattrocchio, *Decidere o decidere di non decidere?*, p. 269.

seguimento dei reati o esecuzione di sanzioni penali), alla stregua del quale sono vietate decisioni basate unicamente su di un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producano effetti negativi nei confronti dell'interessato, salvo che non siano autorizzati dal diritto dell'Unione europea o da specifiche disposizioni di legge. La stessa norma prevede, peraltro, che queste ultime debbano prevedere garanzie adeguate per i diritti di libertà dell'interessato e che, «in ogni caso è garantito il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».

Va, altresì, ricordata la Risoluzione del 16 febbraio 2017 del Parlamento europeo, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, nella quale si afferma, tra l'altro, la necessità del controllo umano nel processo automatizzato e algoritmico.

Un rilievo significativo deve essere attribuito alla Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giuridici e negli ambiti connessi, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) del 3 dicembre 2018. Viene incoraggiato l'uso degli strumenti di intelligenza artificiale nel processo, ma si afferma con chiarezza la necessità di un uso responsabile di tali strumenti, rispettoso dei principi stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Convenzione sui dati personali del Consiglio d'Europa. Significativamente, con riferimento alla c.d. giustizia predittiva, è stata richiamata la necessità del rispetto dei diritti fondamentali, del diritto di accesso al giudice e ad un processo equo, dell'indipendenza del giudice, dei principi di non discriminazione, di qualità e sicurezza dei dati, di trasparenza, imparzialità ed equità in relazione all'accessibilità dei metodi e degli strumenti utilizzati, del principio dell'*under user control*, volto a garantire l'intervento umano e la piena consapevolezza dei protagonisti della vicenda giudiziaria, della necessità di assicurare la possibilità del giudice umano di rivedere e riesaminare le decisioni, i dati utilizzati e la soluzione proposta dalla macchina⁵³.

7. "Consideration on the legal aspect of Artificial Intelligence 2020". Intelligenza artificiale, legittimazione del giudice e contraddittorio

Decisamente interessante, anche per la sua provenienza, appare il documento «*Consideration of the legal aspect of Artificial Intelligence 2020*» del Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), con cui sono state, in qualche modo identificate le diverse aree di utilizzo dei sistemi di IA nel procedimento giurisdizionale (gestione del *follow-up* dei file; udienze sia istruttorie che dibattimentali; deliberazione del giudice; *follow-up* dell'esecuzione delle decisioni), prospettate le possibilità di utilizzo di tali sistemi ai fini della valutazione del funzionamento dei tribunali ed evidenziate le possibili preoccupazioni legate al fatto che l'uso degli strumenti di IA potrebbe "sbilanciare" l'equilibrio del principio del contraddittorio. Il documento identifica, così, alcune

⁵³ Si veda, in proposito, M.R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla "decisione robotica?" Il giudice del merito*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 135 ss.

questioni fondamentali, la cui soluzione (anche attraverso la predisposizione di regole operative) apparirebbe necessaria per garantire che l'uso degli strumenti di IA non turbi l'equilibrio del contraddittorio, in tal modo contribuendo ad assicurare l'autonomia stessa del giudice. In particolare:

- dovrebbe essere sempre possibile identificare l'uso degli strumenti di IA ai fini della decisione;
- l'uso di tali strumenti dovrebbe essere definito in modo tale da non interferire con il potere decisionale del giudice, in tal modo garantendo che la decisione sia assunta da colui al quale l'ordinamento ha conferito il potere di decidere (c.d. legittimazione del giudice);
- dovrebbe essere sempre possibile, per le parti, verificare l'inserimento di dati ed il processo svolto dal sistema di IA, attraverso la possibilità di accedere ad esso, di valutarne le caratteristiche, l'utilizzazione dei dati e la pertinenza dei risultati ottenuti;
- dovrebbe essere assicurata la possibilità di discutere in contraddittorio i dati e le conclusioni derivanti dall'uso di un sistema automatizzato;
- dovrebbe essere sempre assicurata la conformità ai principi del GDPR;
- dovrebbe essere garantita ed assicurata la neutralità e l'obiettività degli strumenti di IA utilizzati nel sistema della giurisdizione.

8. La proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio di regole armonizzate sull'uso di intelligenza artificiale

Le questioni relative all'intelligenza artificiale attraversano i settori più disparati; si spiega anche così il fatto che negli ultimi tempi si sono moltiplicate le iniziative dell'Unione europea volte a disciplinare l'uso degli strumenti che la riguardano. Il 25 novembre 2020 è stato, così, presentato il *Data Governance act*, riguardante la nuova proposta di regolamento volta a potenziare il controllo di cittadini ed imprese sui propri dati, favorire la condivisione e la circolazione dei medesimi e facilitare il riuso dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni; il 15 dicembre sono stati presentati il *Digital services act*, contenente una proposta di regolamento volto a rafforzare il mercato unico dei servizi digitali ed a promuovere l'innovazione, ed il *Digital market act*⁵⁴, recante una proposta di regolamento volto a garantire, attraverso previsioni *ex ante*, un mercato unico competitivo per i servizi digitali ed in particolare mercati equi e contendibili. Queste proposte riguardano, naturalmente, anche l'uso degli strumenti di IA; tuttavia, la proposta più ampia e che più da vicino sembra riguardare tali strumenti con riferimento all'esercizio della funzione giurisdizionale è quella, presentata il 21 aprile 2021, di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante regole armonizzate sull'in-

⁵⁴ Sul *Data governance act* si veda F. Di Porto, *La nuova stagione di condivisione dei dati*, in *Astrid Rassegna*, 7 gennaio 2021, 1, 330; A. Perrucci, *La strategia europea in materia di dati*; Ibidem, 330; *Data governance act; prime considerazioni e primi interrogativi sulla proposta di regolamento sulla gestione europea dei dati*, videoconferenza 21 dicembre 2020, in *Astrid online*; si veda, inoltre, in proposito F. Di Porto, T. Grote, G. Volpi, R. Invernizzi, *I see something you don't see. A computational analysis of the digital services act and the digital markets act*, in *Astrid Rassegna*, 7 gennaio 2021, 1, 330.

telligenza artificiale⁵⁵. La proposta, infatti, si inserisce in un ambito in cui esistono altre iniziative di regolazione, volte a tutelare profili specifici (l'uso dei dati, il mercato, i servizi di IA); essa ha, tuttavia, una portata più ampia, sicché può essere, in qualche modo, considerata una proposta di disciplina dell'IA anche dal punto di vista dei diritti fondamentali, volta a regolare e limitare poteri che si sono consolidati nel tempo⁵⁶.

La proposta assume così il valore di un tentativo di passare da una logica settoriale e frammentaria ad una prospettiva generale: non a caso si tratta di una proposta di regolamento, destinata per ciò a trovare applicazione diretta nei paesi dell'Unione. Essa, infatti, obbedisce allo scopo di evitare la formazione di un «mosaico emergente di norme nazionali» capaci di pregiudicare la circolazione dei servizi nell'Unione, con pregiudizio dei diritti fondamentali.

La proposta tenta di rispondere a due esigenze diverse, quella di non ostacolare eccessivamente lo sviluppo tecnologico, ponendo ingiustificate barriere alla immissione di strumenti di IA sul mercato e quella di garantire la persona dai rischi connessi con l'uso di tali strumenti.

In questa prospettiva, l'uso dell'IA viene considerata un'attività pericolosa; la proposta procede, così, alla graduazione del rischio, effettuata sulla base dello scopo e del contesto in cui gli strumenti di IA vengono utilizzati. Vengono, quindi, previsti sistemi a rischio inaccettabile, sistemi ad alto rischio e sistemi non ad alto rischio.

È a questo punto che la proposta di direttiva intercetta le questioni legate alla tutela giurisdizionale, dal momento che essa inserisce fra quelli ad alto rischio per i diritti fondamentali i sistemi di IA volti ad assistere una autorità giudiziaria nella ricerca dell'interpretazione dei fatti e del diritto, nonché con riferimento all'applicazione della legge nel caso concreto.

Non è questa ovviamente la sede per esaminare nel dettaglio la struttura della proposta ed il ruolo, rilevante, assicurato da essa, pur in un quadro unitario, alle discipline nazionali; quel che pare opportuno sottolineare è che la stessa, inserendo quelli relativi alla assistenza dell'autorità giudiziaria fra i sistemi ad alto rischio, conferma la delicatezza del problema e la necessità di un approccio equilibrato che assicuri sempre l'intervento ed il controllo del giudice umano.

9. Intelligenza artificiale e organizzazione del servizio giustizia

Si può adesso, dopo quanto osservato in precedenza, cercare di comprendere quali siano le aree dell'esperienza del processo più ricche di aspetti problematici in relazione all'uso di strumenti di intelligenza artificiale.

Deve essere in proposito formulata una osservazione di carattere generale. Occorre, infatti ricordare che l'IA incontra il mondo della giustizia non soltanto nel singolo pro-

⁵⁵ Si veda, in proposito, C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Online First BLJ*, 3, 2021.

⁵⁶ Sui profili costituzionali legati all'uso dell'intelligenza artificiale si veda T. Grossi, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 24 settembre 2020, 3.

cesso, quando si tratta di stabilire a quale dei contendenti spetti l'attribuzione del bene della vita conteso o quando si discuta della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato, ma anche a proposito del sistema istituzionale dell'esercizio della giurisdizione nel suo complesso⁵⁷.

Sotto questo profilo, va osservato che il rapporto fra intelligenza artificiale e giustizia è iniziato da tempo: costituiscono tappe di questa vicenda la progressiva dematerializzazione dei documenti e l'introduzione nel processo civile ed in quello amministrativo, del processo telematico.

Va anche ricordato che la pandemia legata al Covid-19 ha significativamente inciso sui procedimenti giurisdizionali, introducendo forme di processo da remoto che hanno trovato una significativa attuazione soprattutto nel processo amministrativo.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio la disciplina emergenziale che ha consentito il conseguimento di tali obiettivi; tuttavia, se da una parte tale disciplina ha consentito la prosecuzione dell'attività giurisdizionale, dall'altra essa ha forse provocato qualche indebolimento nelle garanzie strutturali del processo, come una certa riduzione, e forse anche alterazione del principio di collegialità, grazie alla sostituzione del giudice collegiale con quello monocratico, una certa alterazione del principio del contraddittorio, una certa preferenza accordata al processo scritto a danno dell'oralità, una accentuazione delle ipotesi di processo da remoto⁵⁸. A tutto ciò vanno aggiunti i problemi connessi con l'uso delle piattaforme riguardanti l'identificazione dei soggetti del processo e la segretezza delle camere di consiglio.

La piena realizzazione del processo telematico costituisce uno degli obiettivi specifici della l. 27 settembre 2021, n. 134, riguardante la delega al Governo per la riforma del processo penale e della l. 26 novembre 2021, n. 206, concernente la riforma del processo civile. La stessa centralità dell'Ufficio del processo nella riforma del processo penale ed in quella del processo civile è direttamente legata all'uso degli strumenti di IA nella pianificazione dell'attività dei tribunali. L'IA può infatti, portare un contributo decisivo all'organizzazione del servizio giustizia rispondendo con le proprie risorse alle domande che, nell'interesse degli utenti, pone lo stesso servizio⁵⁹.

Più precisamente, l'uso di strumenti telematici nell'organizzazione del sistema di giustizia, corrisponde all'esigenza di incrementare la qualità dell'*offerta* di giustizia e la relativa produttività. Gli strumenti di soluzione alternativa alla giurisdizione, ed in generale di forme volte a scoraggiare l'uso opportunistico della giustizia, si risolvono invece in iniziative volte a intervenire sulla *domanda* di giustizia.

⁵⁷ A. Pajno, *Intelligenza artificiale e sistema di tutela giurisdizionale*, in Astrid Rassegna, 2020, 3.

⁵⁸ Si veda, in proposito, A. Pajno, *Processo amministrativo e processo economico*, cit., p. 232 ss.; A. Rolli, *La giustizia amministrativa al tempo del COVID 19*, cit., p. 273; A. Lariccia, *PAT e pandemia*, cit., p. 287 ss.

⁵⁹ Si veda, in proposito C. Castelli, D. Piana, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Maggioli Editore, Rimini, Sant'Arcangelo di Romagna, 2019; A. Pajno, *Intelligenza artificiale e sistema di tutela giurisdizionale*, cit.

10. Dalla “macchina che inquieta” alla “macchina che sostiene”? Alcune iniziative sperimentali in corso

La considerazione degli elementi sopra descritti ha condotto, su un piano più generale, ad affermare la possibilità di un intervento degli strumenti di IA fino ad una certa soglia, identificata con il momento di decisione da parte del giudice. Quest'ultimo può e deve dialogare con i sistemi informatici e con le elaborazioni ragionate dell'IA; queste devono, tuttavia, svolgere una funzione ausiliaria, dal momento che al giudice (e solo a lui) spettano le determinazioni conclusive circa l'apprezzamento del fatto e la valutazione giuridica della fattispecie, che costituiscono il nucleo essenziale e irrinunciabile del giudizio⁶⁰.

In questa prospettiva “ausiliaria” possono essere utilizzati anche sistemi di giustizia predittiva, come sistemi capaci di fornire una valutazione probabilistico-statistica della controversia, sulla base della conoscenza dei dati costituiti da precedenti giurisprudenziali, talvolta ricondotti ai casi di IA “forte”⁶¹, purché gli esiti dell'uso di tali strumenti siano accessibili alle parti del processo e possano costituire oggetto di contraddittorio. È stato, così, sottolineato che se la motivazione di una sentenza è, sostanzialmente, una giustificazione a posteriori della decisione⁶², la stessa deve essere considerata come non isolata ma inserita in un flusso di informazioni organizzate come dati, che possono essere forniti da strumenti di intelligenza artificiale⁶³. È anche in questa ottica che, con riferimento al giudizio penale, è stata evidenziata la necessità di una “relativizzazione” dei sistemi di decisione algoritmica, che «li declini come strumenti nelle mani del giudice persona fisica, *human in command* chiamato a giudicare autonomamente»⁶⁴ ed anche, eventualmente ad «avvalersi del *double check* algoritmico quale parametro di verifica, a valle, della decisione adottata a monte dal giudice umano»⁶⁵, in un percorso che preveda l'utilizzazione dell'algoritmo in funzione tutoria, per limitare la fallibilità della decisione giudiziale, nel quadro della collaborazione uomo-macchina⁶⁶.

Può essere ricondotta, in qualche modo, all'ordine di idee che vede l'uso degli strumenti di IA in funzione ausiliaria, ma con un ruolo sempre crescente della *machina sapiens*, la proposta, di recente prospettata, di un sistema che salvaguardi il primato necessario del giudice umano, ma che assegni alla macchina un ruolo formale, ancorché ancillare.

Si tratterebbe, in particolare, di un sistema che salvaguardi il primato della decisione umana e la sua libertà di giudizio, ma che gli affianchi «con funzione servente ma ritualizzata, una sorta di avvocato generale-macchina, le cui conclusioni costituiscono

⁶⁰ R. Bichi, *Intelligenza digitale, giurometria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio*, cit., p. 447.

⁶¹ R. Bichi, *Intelligenza digitale, giurometria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio*, cit., p. 424.

⁶² S. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, Mondadori, 2020, p. 108.

⁶³ A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., p. 119 ss.

⁶⁴ V. Manes, *Intelligenza artificiale e giustizia penale*, in A. Ruffolo (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 283.

⁶⁵ V. Manes, *Intelligenza artificiale e giustizia penale*, cit., p. 283.

⁶⁶ V. Manes, *Intelligenza artificiale e giustizia penale*, cit., p. 283 ss.

una sorta di parere obbligatorio ma non vincolante: un progetto di sentenza che il giudice umano resta libero di disattendere, ma con decisione motivata»⁶⁷.

Nella prospettiva delineata dall'autore della proposta, dovrebbe lavorarsi a soluzioni volte a superare l'opacità delle conclusioni algoritmiche⁶⁸; essa, però, potrebbe aiutare a superare l'antagonismo tra prospettiva normativistica ed approccio realistico, tra calcolabilità giuridica e diritto incalcolabile e decisioni per valori; ed anche, secondo l'autore, potrebbe aiutare a tener conto della realtà, che registra la necessità, anche etica, di un giudice umano, ma che nello stesso tempo vede la "mediazione decisoria" affidata «alle sole energie e competenze di un giudice sempre oberato e quasi mai specializzato»⁶⁹.

Certo è che, in un approccio del genere, il ruolo della macchina appare ancora in qualche modo ausiliario, ma cresce significativamente, fino a fare di essa una sorta di co-protagonista della vicenda giudiziaria. Si passerebbe, così, progressivamente, da una macchina che costituisce un rischio per l'uomo, che inquieta e assoggetta, ad una macchina che aiuta e sostiene, che realizza una interazione e collaborazione virtuosa con l'uomo che «senza sovrapporsi al suo interlocutore, ma anzi svolgendo la funzione di "levatrice", lo aiuti a fare uscire da sé la risposta più informata, efficiente, giusta in relazione al caso concreto e così elevarla al rango di pronuncia, consacrata dal timbro (digitale) del Tribunale dello Stato»⁷⁰.

Si tratta di una prospettiva che, nel tentativo di superare sia la resistenza tecnofobica all'uso di strumenti di IA nell'attività giurisdizionale sia l'illusione di una giustizia "esatta", esente dal mondo dell'incertezza⁷¹, prospetta una sorta di "terza via" ancora, tutto sommato, lontana dal divenire realtà concreta a causa delle difficoltà che spesso le "terze vie" sembrano comportare.

Deve, infine, essere ricordato, che, nell'ottica del superamento della contrapposizione uomo-macchina e di una cooperazione che assegna, comunque, all'uomo un ruolo fondamentale, vengono suggerite, sia pure attraverso esperienze limitate, forme che, almeno per quanto riguarda la *small claims*, ed eventualmente previo consenso degli interessati, prevedano l'intervento di un agente intelligente per la decisione della controversia, sulla base delle domande, delle allegazioni dei documenti introdotti dalle parti, a sostegno della propria pretesa, con la possibilità del ricorso successivo da parte del soggetto soccombente al giudice umano. Viene, in proposito segnalata l'iniziativa assunta dall'Estonia⁷² che, nel quadro di un più ampio progetto di digitalizzazione di attività di carattere pubblico, ha in caso di elaborazione un programma di giustizia predittiva da applicare a tutte le controversie di valore non superiore ad una certa cifra, che prevede

⁶⁷ V. Ruffolo, *La machina sapiens come avvocato generale e il primato del giudice umano: una proposta di interazione virtuosa*, in V. Ruffolo, *XXVI lezioni*, cit., p. 209.

⁶⁸ V. Ruffolo, *XXVI lezioni*, cit., p. 221 ss.

⁶⁹ V. Ruffolo, *XXVI lezioni*, cit., p. 222.

⁷⁰ A. Punzi, *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituire l'umanità del giudicare?*, in A. Carleo, *Decisione robotica*, cit., p. 330.

⁷¹ A. Punzi, *Judge in the machine*, cit., p. 328.

⁷² Per alcune indicazioni sull'esperienza dell'Estonia, si veda C. Giannaccari, *Il processo civile nell'era digitale: spunti di diritto comparato*, in G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, Il Pensiero Scientifico, 2020, p. 632 ss.; E. Niiler, *Can al be a fair Judge in Court? Estonia think so*, in *Wired*, 25 marzo 2019.

l'affidamento della decisione a un agente intelligente, con la possibilità del ricorso successivo ad un giudice umano. In questo modo, il ricorso agli strumenti di IA realizzerebbe una sorta di sistema di ADR, con possibilità di accesso successivo al giudice.

Le indicazioni che precedono riguardano utilizzazioni, in parte ancora futuribili, di strumenti di intelligenza artificiale nel processo giurisdizionale. Sono, tuttavia in corso vari progetti sperimentali di giustizia predittiva presso alcuni uffici giudiziari, frutto, in genere, della sinergia con istituzioni universitarie. In proposito, deve essere ricordato il progetto “prevedibilità delle decisioni” iniziato nel 2016 presso la Corte di appello di Bari⁷³, volto a realizzare schede tematiche della giurisprudenza consolidata su materie e casistiche ricorrenti; il progetto, iniziato nell'aprile 2018, a seguito di una Convenzione tra la Corte di appello di Brescia e l'Università della stessa città⁷⁴, volto a realizzare banche dati condivise contenenti informazioni sugli orientamenti giurisprudenziali del distretto, utilizzabili dagli operatori del diritto e dagli stessi cittadini, in modo da poter avere una rappresentazione dei tempi prevedibili di definizione delle controversie, e saggiare la probabilità di esito positivo della domanda nelle materie prese in considerazione dai predetti orientamenti giurisprudenziali; l'iniziativa, sorta nel 2017, frutto della sinergia tra la Corte di appello di Venezia e l'Università Ca' Foscari, volta a selezionare gli orientamenti giurisprudenziali e le soluzioni fornite in determinate materie economicamente sensibili (diritto dell'impresa, dell'intermediazione finanziaria, bancaria, societaria, del lavoro) al fine di rendere conoscibile l'orientamento, nelle stesse materie, dei giudici del distretto, in una ottica di deflazione del contenzioso.

11. La giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'uso degli algoritmi nella funzione pubblica: utili suggerimenti anche per l'attività giurisdizionale

L'uso di forme di giustizia predittiva nel processo suppone, naturalmente, l'uso di algoritmi, rispetto ai quali, come è noto, si pongono problemi di possibile opacità, di riservatezza per ragioni industriali, di erroneità (essi possono incorporare i pregiudizi di chi li ha progettati). Appaiono in proposito, significative alcune sentenze del Consiglio di Stato che, nell'esaminare le decisioni amministrative assunte con l'uso di algoritmi, hanno precisato le condizioni fondamentali della legittimità di tali provvedimenti. Tale giurisprudenza, pur dettata per l'uso degli algoritmi nell'esercizio della funzione amministrativa⁷⁵, appare utile anche con riferimento all'uso di algoritmi nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

⁷³ Si veda <https://www.giustizia.bari.it/buoneprassi4aspx>.

⁷⁴ Si veda <https://www.giustiziapredittiva.unibs.it>.

⁷⁵ Sull'uso di algoritmi nella funzione amministrativa e sul sindacato giurisdizionale si veda G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; P. Otranto, *Riflessioni interne di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in V. Ruffolo, *XXVI Lezioni*, cit., p. 251 ss.; F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisprudenza*, Ibidem, p. 475 ss.; Id., *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in A. Carleo, *Decisione robotica*, cit., p. 165 ss.

In particolare, con una prima pronuncia⁷⁶, il Consiglio di Stato, dopo aver sottolineato che l'uso di algoritmi nell'attività amministrativa, particolarmente in relazione a procedure seriali o standardizzate, appare conforme ai canoni di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa ed al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., ha affermato che la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, che deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa (art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241), non può lasciare spazi amministrativi discrezionali, esige che l'amministrazione ponga in essere un'opera *ex ante* di mediazione e di composizione degli interessi, nonché *test* di aggiornamento dell'algoritmo, deve essere tale da consentire al giudice di valutare la correttezza del procedimento automatizzato in tutte le sue componenti.

I principi sopra esposti sono stati confermati ed approfonditi con una successiva pronuncia⁷⁷. Il Consiglio di Stato, dopo aver ricordato la piena legittimità e opportunità dell'uso di strumenti amministrativi fondati su algoritmi, ha affermato la possibilità di utilizzo di questi ultimi anche nel caso di provvedimenti non vincolati ma discrezionali, soprattutto espressione di discrezionalità tecnica, sottolineando la necessità di:

a) garantire la piena conoscibilità dell'algoritmo in tutti i suoi aspetti, non potendo assumere rilievo la riservatezza delle imprese produttrici di meccanismi informatici, che «ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza»⁷⁸;

b) assicurare l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, che deve poter svolgere la necessaria verifica di legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo, nell'interesse della stessa amministrazione e dei soggetti coinvolti dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo.

Il Consiglio di Stato ha, così, ricordato i principi da tenere in considerazione nell'esame e nell'utilizzo di strumenti informatici, e cioè il principio di conoscibilità, quello di non discriminazione algoritmica, con l'ulteriore necessità che siano rettificati i fattori che comportino inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, secondo modalità che impediscano effetti discriminatori.

I principi sopra ricordati appaiono di grande utilità anche con riferimento al processo: essi infatti, sono posti dalla disciplina sovranazionale in via generale per l'uso degli strumenti informatici, e quindi anche con riferimento all'utilizzazione di essi nell'esercizio della funzione giurisdizionale. In particolare, il principio di non esclusività della decisione algoritmica evidenzia la permanente esigenza di un intervento umano anche in funzione di controllo, e quindi la speciale rilevanza di tale intervento come condizione dell'esercizio della funzione in presenza dell'uso di strumenti di IA; il principio di conoscibilità pone in luce la necessità che le parti del processo siano avvertite dell'uso di strumenti algoritmici e che tale uso possa costituire oggetto di esame in contraddittorio; il principio di non discriminazione evidenzia la necessità di una verifi-

⁷⁶ Cons. St., VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁷⁷ Cons. St., VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

⁷⁸ Così Cons. St., VI, 13 dicembre 2019.

ca umana, anch'essa oggetto di contraddittorio, e che l'uso dello strumento algoritmico non si risolva nell'adozione di una decisione capace di generare discriminazioni, in violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

12. Intelligenza artificiale e istituti processuali: il futuro nel rapporto fra normativismo e realismo

Le osservazioni sin qui svolte appaiono, infine, utili per cercare di capire in quale misura gli strumenti di intelligenza artificiale possano essere utilizzati nella concretezza degli istituti processuali esistenti, in vista di una applicazione non meramente futuribile, ma effettiva anche se limitata. Una riflessione del genere è resa complessa sia dalla varietà dei riti che i diversi processi giurisdizionali – civili, penali, amministrativi, contabili – conoscono, sia dalla stessa circostanza che sia il processo penale che quello civile sono destinati ad essere profondamente modificati in applicazione delle indicazioni contenute, a proposito delle riforme “orizzontali”, nel Piano nazionale di ripresa e resilienza⁷⁹. Tuttavia, proprio la circostanza che le riforme in preparazione attribuiscono un ruolo decisivo all'uso degli strumenti informatici ed alla piena realizzazione del processo telematico induce a tentare di fornire qualche breve spunto, utile per provocare una riflessione più approfondita. Si tratta, d'altra parte, di prendere atto del fatto che l'evoluzione tecnologica investe già tutte le attività umane e quindi anche quelle legate al processo giurisdizionale, sicché occorre cercare di comprendere sia come e in che limiti le nuove tecnologie potranno influire sul processo, lasciandone intatti i significati ed i valori fondamentali, anche costituzionali, sia come il processo potrà o dovrà adattarsi alle tecnologie ormai diffusamente applicate nella realtà⁸⁰.

Una operazione del genere non è nuova ed è stata già tentata, con riferimento ai momenti più rilevanti del diritto processuale (procedimenti cautelari, valutazione della prova, decisione, rispetto dei diritti umani nel processo)⁸¹. L'operazione è stata tentata anche con riferimento ad alcuni istituti di diritto positivo dell'ordinamento nazionale. Ci si è, così, posti il problema dei rimedi esperibili nei riguardi di una decisione automatizzata⁸² e quello delle utilizzazioni possibili di strumenti algoritmici nelle decisioni di merito⁸³. Si è così osservato che il modello della decisione automatizzata potrebbe essere limitato ad alcune fasi istruttorie con riguardo ad alcune tipologie di controversie nelle quali sia possibile l'utilizzazione di algoritmi di valutazione matematica a supporto del giudice, per le cause semplici, seriali, ripetitive e documentali, nel settore del diritto previdenziale (con riguardo all'accertamento tecnico preventivo, all'infortunistica

⁷⁹ Sul valore giuridico del PNRR si veda M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 21 luglio 2021, 12, 341.

⁸⁰ P. Comoglio, *Prefazione* a J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 13.

⁸¹ Si veda J. Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, cit.

⁸² E. Vincenti, *Il “problema” del giudice robot*, in A. Carleo, *Decisione robotica*, cit., p. 121 ss.

⁸³ M.R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla “decisione robotica?”*, cit., p. 125 ss.

stradale e alla responsabilità civile in reazione alla quantificazione del danno o con riferimento al contenzioso seriale di cui è parte un soggetto pubblico)⁸⁴. È stato, anche osservato che forme di giustizia predittiva potrebbero essere utilizzate per le controversie di lieve entità, anche se bisognerebbe operare una più approfondita riflessione sulla nozione di controversie seriali e su quella di controversie standardizzabili, connotate da una più ampia presenza di elementi di automaticità e da una giurisprudenza ormai consolidata⁸⁵. È stata poi, sottolineata la difficoltà di connettere il giudizio di legittimità della Corte di cassazione ed il correlativo ruolo della Procura generale presso la Corte con l'uso di strumenti algoritmici e ciò perché le funzioni di legittimità innesterebbero un meccanismo giudiziale complesso che non si fermerebbe al presente ma dilaterrebbe lo sguardo nel futuro, con una logica di programmazione normativa che avrebbe i tratti caratteristici della creazione e dell'invenzione⁸⁶. In funzione di deflazione del contenzioso giudiziario è stata prospettata la possibilità di creare, con riferimento a controversie standardizzate, una "fase prognostica", da affidare alla macchina, che preceda l'azione dinanzi all'autorità giudiziaria⁸⁷.

Il discorso sin qui svolto meriterebbe ulteriori sviluppi, anche nella prospettiva delle riforme del codice di procedura civile e del codice di procedura penale previste dal PNRR.

Elementi utili a graduare l'utilizzazione degli strumenti di intelligenza artificiale nel processo possono essere legati o a profili di diritto sostanziale o a questioni legate all'esercizio della discrezionalità del giudice.

Sotto il primo profilo, dovrebbero essere, secondo alcuni, considerati preclusi all'intervento di strumenti di intelligenza artificiale ambiti relativi a diritti della persona, a responsabilità professionale, alla protezione internazionale ed a settori con istruttorie complesse o altamente specialistiche⁸⁸. Si tratta tuttavia di preclusioni che sembrano eccessive, ove volte a vietare del tutto, anche in funzione ausiliaria, l'uso di strumenti algoritmici, posto che proprio l'uso di questi può essere assai utile ai fini dell'esame di documentazioni complesse e riguardanti settori ad alta tecnicità, mentre proprio i sistemi di previsione di pericolosità del soggetto sono quelli che hanno dato luogo a discussioni ma anche all'affermazione della necessità di abbinare all'uso di tali strumenti l'intervento umano.

Sembra, piuttosto preferibile prendere come punto di riferimento l'area della discrezionalità del giudice, per tentare di graduare, rispetto ad essa, il possibile uso di strumenti di intelligenza artificiale. In questo senso l'area che appare riservata esclusivamente all'intervento del giudice umano è quella nel quale il giudice decide di *non decidere*, ma di investire un altro giudice per la soluzione di una questione. La scelta di investire la Consulta di una questione di legittimità costituzionale o di richiedere la pronuncia pregiudiziale della Corte di Lussemburgo non può che essere rimessa esclusi-

⁸⁴ M.R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla "decisione robotica?"*, cit., p. 132 ss.

⁸⁵ L. De Renzis, *Primi passi nel mondo della giustizia "high tech"*, cit., p. 149 ss.

⁸⁶ L. De Renzis, *Primi passi nel mondo della giustizia "high tech"*, cit., p. 155.

⁸⁷ M. Maugeri, *I robot e la possibile "prognosi" delle decisioni giudiziarie*, in A. Carleo, *Decisione robotica*, cit., p. 159 ss.

⁸⁸ M.R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla "decisione robotica?"*, cit., p. 133.

vamente al giudice umano, che può utilizzare strumenti di IA per la valutazione del materiale e per l'esame dei precedenti, ma che non può demandare ad altri la valutazione sulla necessità di non decidere, ma di investire una Corte diversa.

Problemi significativi si presentano, poi, con riferimento ai casi in cui l'intervento del giudice appare caratterizzato da un, per dir così, tasso qualificato o rafforzato di discrezionalità, come quando occorra fare uso di concetti giuridici indeterminati o clausole generali, ovvero nei casi di giudizio secondo equità (art. 113 c.p.c.), ed in particolare in quelli di equità sostitutiva, nei quali in criterio equitativo consente al giudice di modellare il contenuto della pronuncia tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, che non avrebbero potuto essere adeguatamente considerate con una decisione secondo diritto. La natura stessa di tale decisione sembra evidenziare l'impossibilità non solo di sostituire, ma integrare la discrezionalità del giudice con forme e strumenti di intelligenza artificiale. Lo stesso deve dirsi a fronte di un giudizio di equità sui diritti disponibili su richiesta di parte (art. 114 c.p.c.), la cui decisione è non a caso inappellabile.

Un campo significativo di applicazione delle tecnologie di IA può essere identificato in quello della prova e della sua valutazione⁸⁹. Tali tecnologie potrebbero essere utili con riferimento alla prova legale e alla sua valutazione, per la valutazione delle prove documentali ed anche con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio (che come è noto, non costituisce mezzo di prova salvo che si tratti di consulenza percipiente), in relazione alla formulazione dei quesiti ed alla considerazione delle risultanze della relazione tecnica.

Un discorso a parte meritano, infine i procedimenti speciali, in particolare quelli c.d. a contraddittorio eventuale (procedimenti di ingiunzione nel processo civile ed amministrativo; decreto penale di condanna nel processo penale). Proprio la struttura di tali procedimenti sembra attagliarsi a quei principi che, per l'utilizzazione di strumenti di IA, richiedono sempre la possibilità dell'intervento umano. I decreti ingiuntivi ed i decreti penali di condanna potrebbero, infatti, essere adottati ricorrendo a forme di intelligenza artificiale, mentre la possibilità dell'opposizione, e quindi dell'instaurazione del contraddittorio, garantirebbe alla parte interessata che lo ritenga utile, l'intervento del giudice umano⁹⁰.

Molte altre cose potrebbero essere dette e altre stimolanti suggestioni potrebbero venire dalla stessa disciplina processuale positiva (ad esempio, l'art. 118 disp. att. c.p.c., e l'art. 74 c.p.a., che, riguardo alla motivazione, prevedono la possibilità di un riferimento a precedenti conformi, sembrano prefigurare forme di interazione fra l'attività del giudice e l'uso di strumenti algoritmici di catalogazione e analisi dei precedenti); certo è comunque che il rapporto fra strumenti di intelligenza artificiale e processo è destinato non solo a continuare ma ad approfondirsi e a specificarsi. Sarà sicu-

⁸⁹ Si veda quanto fatto presente, sia pure con riferimento all'ordinamento spagnolo, da J. Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 70 ss.

⁹⁰ In questo senso, per il processo civile, M. R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla "decisione robotica?"*, cit., p. 133 e per il processo penale S. Quattrocchio, *Decidere o decidere di non decidere?*, cit., p. 270 ss.; F. Pinelli, *IA e giurisdizione penale: intersezioni e prospettive di convivenza*, in A. Pajano, L. Violante, *Biopolitica, pandemia e democrazia*, cit., p. 230 ss. Lo stesso autore identifica altre possibili modalità di utilizzazione nel processo penale (cit., p. 244 ss.).

ramente di importanza decisiva la disciplina europea che sarà posta in essere a seguito della proposta del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021; un utile contributo potrebbe tuttavia essere fornito anche da norme nazionali volte a definire ambiti e limiti di utilizzabilità di tali strumenti ed i requisiti necessari che devono essere posseduti dagli algoritmi da utilizzare a fini processuali.

Queste norme potrebbero opportunamente accompagnare le attese riforme del processo civile e di quello penale ed estendersi anche al processo tributario ed a quello dinanzi alle giurisdizioni speciali.

Sembra, in ogni caso, opportuno ricordare che le soluzioni via via introdotte costituiranno, in qualche modo, attuazione concreta di riflessioni più ampie, legate al rapporto fra fatto e norma, fra legge e giudice, ed in ultima analisi al dibattito fra un approccio legato alla rilevanza del dato normativo ed uno legato ad una prospettiva realistica e storica, con la necessità di trovare, attraverso la giurisprudenza la possibilità di disciplinare e regolare situazioni nuove. Decisiva, sarà, comunque, anche con riferimento allo sviluppo dell'uso degli strumenti di intelligenza artificiale, la realizzazione di autentiche *Corti del precedente*, di Corti supreme chiamate non a dare la sentenza "esatta" per sempre, ma ad aumentare quel relativo e provvisorio grado di certezza a cui possono aspirare ordinamenti giuridici immersi nella storia e che con la storia fanno corpo.

Diritto dell'economia e dei beni pubblici

Regolazione e autonomia privata, ovvero come liberare la cultura giuridica dai lacci nazionalistici e positivistici: il contributo di Marco D'Alberti

Sabino Cassese

«Gli utenti finali hanno il diritto di utilizzare apparecchiature terminali di accesso ad Internet di loro scelta. Gli accordi tra i fornitori di servizi di accesso a Internet e gli utenti finali sulle condizioni e sulle caratteristiche commerciali e tecniche dei servizi di accesso a Internet quali prezzo, volumi di dati o velocità, e le pratiche commerciali adottate dai fornitori di servizi di accesso a Internet, non limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali di utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta.

Gli operatori di reti pubbliche di comunicazioni e i fornitori di servizi di comunicazione accessibili al pubblico non possono rifiutare di collegare apparecchiature terminali alla rete se l'apparecchiatura terminale scelta dall'utente soddisfa i requisiti di base previsti dalla normativa europea e nazionale, né imporre all'utente finale oneri aggiuntivi o ritardi ingiustificati, ovvero inibire l'utilizzo o discriminare la qualità dei singoli servizi inclusi nell'offerta, in caso di collegamento ad un'apparecchiatura terminale di propria scelta».

Così ha disposto l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera intitolata «Misure attuative per la corretta applicazione dell'articolo 3, commi 1, 2, 3, del regolamento (Ue) 2015/2120 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'internet aperta, con specifico riferimento alla libertà di scelta delle apparecchiature terminali»¹.

Queste disposizioni sono dirette ad assicurare quella che uno studioso della Columbia University definì nel 2012 *net neutrality*, ovvero la non discriminazione degli utenti nell'uso del servizio, un principio stabilito in generale dall'Unione europea² e poi precisato dalle linee guida del *Body of European Regulators for Electronic Communications* (Berec), il regolatore europeo, il 30 agosto 2016.

La decisione dell'Autorità nazionale stabilisce sia il diritto di scelta degli utenti finali, sia l'obbligo dei fornitori di servizi di non limitare tale scelta, con riferimento ad un oggetto specifico, le apparecchiature terminali di accesso ad Internet. Il diritto e il

¹ Delibera AGCOM, 18 luglio 2018, n. 348/18 Cons.

² Reg. UE, 25 novembre 2015, n. 2120.

corrispettivo obbligo sono dettati in funzione della concorrenza, cioè per evitare la “cattura” dell’utente da parte dell’erogatore del servizio. Successivamente, il Consiglio di Stato³ ha stabilito che per la normativa europea l’utente finale non può essere obbligato ad utilizzare un’apparecchiatura terminale fornita dal gestore del servizio e che ciò giustifica la possibilità dell’Autorità di introdurre clausole sostitutive di quelle negoziate in contrasto con i diritti degli utenti finali.

Questa decisione tocca un problema generale su cui Marco d’Alberti (lo studioso che onoriamo e di cui vorrei ricordare molto sinteticamente la carriera accademica: laureato nel 1973, professore incaricato dal 1978, ordinario dal 1985, docente alla Sapienza dal 1992 a Scienze politiche e dal 2007 a Giurisprudenza) è tornato più volte nel corso della sua attività di studioso: esiste un modo peculiare di regolazione delle autorità indipendenti? Se le autorità indipendenti possono limitare l’autonomia privata, in quale modo particolare lo fanno?

Prima di provare a esporre il modo in cui Marco D’Alberti ha affrontato questi problemi nei suoi studi del ventennio che va dal 1985 al 2006 e di tentare di trarne qualche insegnamento generale, ricordo che queste opere celebrative di studiosi non sono soltanto un modo per rendere omaggio ai maggiori studiosi, ma sono anche un’occasione per fare un bilancio degli studi e indicare direzioni di ricerca da intraprendere. È quello che abbiamo fatto da anni agli incontri annuali, in terra greca, dell’European Public Law Center e negli ultimi anni per Paul Craig a Oxford, Jean-Bernard Auby a Parigi, Luis Ortega a Toledo, Vincenzo Cerulli Irelli a Roma, Jacques Caillosse, ancora a Parigi. In tutte queste occasioni, con angolazioni diverse e su temi differenti, in relazione agli interessi degli studiosi onorati e celebrati, abbiamo tentato di fare bilanci dello stato del diritto pubblico in Europa e nel mondo.

Torno al problema dell’autonomia privata e della regolazione da parte delle autorità indipendenti. Di questo problema Marco D’Alberti si è interessato prima in termini più generali, più tardi con riferimento specifico alle autorità indipendenti.

Passo in rassegna i suoi scritti principali sul problema.

Nello studio intitolato *Considerazioni intorno all’articolo 41 della Costituzione* del 1985⁴, D’Alberti affrontava in termini generali la questione dell’intervento dello Stato nell’economia esaminando l’ordinamento americano e quello francese, nonché la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

Più tardi, nel 1998, nello scritto intitolato *La partizione pubblico privato esiste ancora?* osservava: «il momento pubblicistico emerge quando si ha da trovare l’equilibrio tra le diverse posizioni che intervengono in un dato contesto: i diritti dei lavoratori e dell’imprenditore; quelli del risparmiatore, dell’investitore, dell’emittente, e dell’intermediario, quelli dei produttori e dei consumatori, delle imprese e degli utenti»⁵.

Due anni dopo, nelle 2000, nello scritto *Riforma della regolazione e sviluppo dei*

³ Cons. St., VI, 2 agosto 2021, n. 5702.

⁴ M. D’Alberti, *Considerazioni intorno all’articolo 41 della Costituzione*, in M. D’Antonio (a cura di), *La Costituzione economica*, Milano, Edizioni del Sole 24 Ore, 1985.

⁵ M. D’Alberti, *La partizione pubblico privato esiste ancora?*, in F. Spantigati (a cura di), *Sulle trasformazioni dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 33.

*mercati in Italia*⁶, indicava quattro oggetti della regolazione: l'accesso ai mercati, i prodotti e i prezzi, l'attività delle imprese, la struttura delle imprese.

Nello stesso anno, nell'articolo intitolato *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, tracciava le linee di sviluppo e di cambiamento dell'intervento pubblico nell'economia e poi osservava che «le regolazioni pubblicistiche cosiddette asimmetriche, ad esempio quelle a carico dell'*incumbent* e a vantaggio dei *newcomers*, costituiscono uno strumento necessario, fra l'altro, a favorire la concorrenza in mercati a liberalizzazione recente (si pensi alle telecomunicazioni), ove regole paritarie renderebbero illusoria la competizione. D'altra parte, gli interventi pubblici non tradiscono l'attenzione verso i valori sociali. Le regole del "servizio universale", applicate con misure pubblicistiche, possono rafforzare la tutela degli utenti di servizi pubblici, imponendo ai gestori principali di fornire le prestazioni di base a tutti, nell'intero territorio nazionale e a prezzi ragionevoli (ad esempio, nel settore postale)»⁷.

Nel 2006, nello scritto su *La régulation économique en mutation*⁸, D'Alberti, dopo aver passato in rassegna comparativa i principali tipi storici d'intervento pubblico nell'economia, osservava che vi è continuità nella storia della regolazione pubblica dell'economia, per cui non si può parlare di un diritto nuovo della regolazione e che, tuttavia, vi sono importanti trasformazioni di questo diritto rispetto al passato. Tra queste trasformazioni, D'Alberti notava che ve n'è una consistente nella sottoposizione della regolazione pubblica dell'economia ai principi e alle regole della concorrenza. Questi ultimi divengono un criterio di legittimità della legislazione e della regolazione dell'economia.

Infine, nel 2012, nel saggio su *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emergenze di una questione antica*⁹, D'Alberti osservava che non deve parlarsi di privatizzazione del diritto amministrativo, quanto piuttosto di utilizzazione del diritto privato da parte del diritto amministrativo, perché quest'ultimo «prende a prestito dal diritto privato, tramite la legislazione e la giurisprudenza, quel che può tornargli utile», talora modificandoli, talaltra utilizzandoli come tali.

Sulla scorta di questi canoni metodologici fissati da Marco d'Alberti, come possiamo oggi interpretare la decisione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni?

I punti qualificanti mi paiono quattro. In primo luogo, l'inserimento del valore della concorrenza nella regolazione: quest'ultima è disposta con la finalità di lasciare libero l'utente nella scelta. In secondo luogo, la riduzione della discrezionalità della pubblica amministrazione. In terzo luogo, l'assenza di disciplina finalistica, che stabilisca, come i programmi economici, lo scopo dell'azione privata, sottoponendola quindi al principio di funzione. Infine, un rapporto trilaterale tra autorità pubblica, utenti ed erogatori dei servizi.

⁶ M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 180 ss.

⁷ M. D'Alberti, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 2, p. 339.

⁸ M. D'Alberti, *La régulation économique en mutation*, in *Revue du droit public*, 2006, 1, pp. 238-239.

⁹ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emergenze di una questione antica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 4, p. 1027.

Termino con un'osservazione di carattere più generale. Ogni volta che D'Alberti ha esaminato, dal 1985 ad oggi, il problema della regolazione, è partito – come ho cercato di mettere in luce – dall'analisi sia storica, sia comparativa. Egli, quindi, si è impegnato nella duplice direzione indicata, sia pur tra molte contraddizioni, da Massimo Severo Giannini: liberare la cultura giuridica dal nazionalismo del positivismo in modo che il giurista non sia necessariamente cultore di un solo diritto, quello nazionale, e non sia solo legato al metodo giuridico.

Questa, dunque, la lezione che si trae degli studi di D'Alberti. Da un lato, l'esigenza di liberare la riflessione dei giuristi dai vincoli nazionalistici in cui si sono rinchiusi da quando essi sono diventati cultori esclusivi del diritto positivo dello Stato. Dall'altro, il bisogno di decostruire il mito solipsistico per cui il diritto va studiato esclusivamente con metodo giuridico, riconoscendo, quindi, l'appartenenza della scienza del diritto all'ambito delle scienze sociali e morali e abbandonando l'aspirazione alla purezza del cosiddetto metodo giuridico.

Questa aspirazione ha dominato circa un secolo della storia della cultura giuridica europea (quasi soltanto quella europea), che va dalla costituzione degli ultimi Stati-nazione (i *newcomers* Italia e Germania), alla loro disfatta con la seconda guerra mondiale. Prima e dopo – per fare un solo esempio – giuristi come Alexis de Tocqueville, Yves Gaudemet, Pierre Delvolvé, il primo nell'Ottocento, i secondi due oggi, hanno fatto e fanno parte della *Académie des sciences morales et politiques*. Un segno che il diritto fa parte delle scienze morali e politiche. Questa appartenenza del diritto alla più ampia famiglia delle scienze sociali è oggi accettata – e l'opera di Marco D'Alberti ne è una autorevole testimonianza – e non hanno più ragion d'essere frontiere, barriere, recinti nei quali come giuristi ci siamo difesi o siamo rimasti prigionieri. Non ultimo merito di Marco D'Alberti è di aver contribuito ad abbattere questi steccati.

Vorrei terminare con un episodio raccontato da uno dei maggiori maestri italiani del diritto, Vittorio Scialoja, e riferito nella commemorazione che di lui lesse in Palazzo Vecchio, a Firenze, l'11 Aprile 1954, un grande storico del diritto, Francesco Calasso¹⁰. Scialoja scrive: «una sera – io allora facevo lezione d'esegesi dei testi giustiniani – ci eravamo riuniti in una stanza dell'università di Camerino a spiegare frammenti del digesto. Non ci accorgemmo che l'ora era passata; sicché, quando ci avviammo per uscire, trovammo che il bidello aveva chiuso il cancello dell'università, un alto e bel cancello di ferro battuto, presso la piazza. E allora maestro e discepoli, non trovando modo di farci aprire, abbiamo scavalcato il cancello. È un allegro aneddoto, forse un simbolo. Questo, o signori, abbiamo fatto poi maestro e discepoli molte volte: per tutta la vita abbiamo scavalcato vecchi cancelli».

¹⁰ Lo scritto è ora raccolto nel volume di F. Calasso, *Storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 52.

Ancora sull'economia e la mano visibile dello Stato *

Giuliano Amato

Ho scritto “ancora”, nel titolo di questo breve contributo, perché dell’impresa fra mano invisibile del mercato e mano visibile dello Stato mi ero occupato in una grande opera Treccani su *L’impresa italiana*, curata da Marco D’Alberti e Franco Amatori e pubblicata nel 2020. Il tema è sempre attualissimo e basta pensare agli eventi degli ultimi decenni e al dibattito che li ha accompagnati: prima il ritiro dello Stato (molto parziale, per la verità, ma comunque ritiro) con le economie mondiali lasciate al vento del neo liberismo, poi il ritorno dello Stato, accolto da alcuni come una vittoria se non addirittura come una vendetta, da altri come una necessità in singoli momenti ineluttabile, ma foriera ciò nondimeno di guai. Sappiamo tutti che da una parte si ritiene lo Stato essenziale per far funzionare l’economia e per mantenerla al servizio della società, impedendo che accada il contrario. Dall’altra si pensa che lo Stato meno fa e meglio è e che è il mercato, con la libertà dei suoi operatori, a trovare le migliori soluzioni dei problemi che vi si creano¹.

Ebbene, questa a me è sembrata e sembra tuttora la sterile ripetitività di una disputa fondamentalmente ideologica, alla quale è sano sottrarsi per verificare ciò che oggi serve di più. Vale a dire se la indubbia utilità di interventi pubblici volti a contrastare fallimenti o comunque carenze del mercato, che nessuno può in buona coscienza negare, sia anche tale da resistere al rischio di quegli inquinamenti e di quelle patologie che – non dimentichiamolo – nell’ultima decade del secolo scorso aprirono la strada al neo-liberismo. Insomma, dimostrare che l’intervento pubblico risponde a un fine coerente con le ragioni della crescita economica, od anche della crescita economica sostenibile, ed è anzi un ingrediente non rinunciabile per la loro realizzazione, non chiude la partita, ma la apre. Il terreno in cui scavare, infatti, non è (solo) quello degli argomenti a

* Questo scritto ripercorre, con adattamenti e variazioni, la traccia del capitolo introduttivo di un libro “Bentornato Stato, ma”, pubblicato da il Mulino nel 2022.

¹ Le citazioni qui riempirebbero un volume. Sia consentito limitarsi a un campione per parte, citando M. Mazzucato, M. Jacobs, *Ripensare il capitalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2017 e F. Debenedetti, *Scegliere i vincitori, salvare i perdenti. L’insana idea della politica industriale*, Venezia, Marsilio, 2016. Lavori orientati, ma non in assetto da combattimento, sono quelli di F. Kistoris Padoa Schioppa, *Italy, the Sheltered Economy. Structural Problems of the Italian Economy*, Oxford, Clarendon Press, 1993 e, più di recente, sul versante comunque del favor per l’intervento pubblico, A. Boitani, *L’illusione liberista. Critica dell’ideologia del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2021 e M. Salvati, N. Dilmore, *Liberalismo inclusivo. Un futuro possibile per il nostro angolo di mondo*, Milano, Feltrinelli, 2021.

supporto di tale coerenza, ma è quello della verifica che altri fini, altre ragioni non entrino nella sua conformazione o nella sua attuazione, giacché altri fini ed altre ragioni entrano sempre e inevitabilmente in campo quando in campo sono chiamate le istituzioni. Ed è allora che i guai possono effettivamente arrivare.

Ecco, è quando ci si trova a scrivere parole come queste che ci si rende conto di trovarsi, non casualmente, sulla scia di un grande maestro dal quale di sicuro io avevo imparato moltissimo negli ultimi decenni del secolo scorso, allorché più mi ero accostato all'analisi economica del diritto e al diritto dell'economia: Douglass North, premio Nobel nel 1993 per l'economia (in realtà per la storia economica), autore, con R.P. Thomas, di un fondamentale lavoro su *L'evoluzione economica del mondo occidentale* e poi di *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*². Ha scritto tante altre cose Douglass North, ma questi due libri insieme offrono una ineguagliata cornice agli studi del rendimento degli interventi pubblici nei confronti dell'economia.

In essi, che l'economia abbia bisogno delle istituzioni è un'affermazione che non poggia su convinzioni dottrinali o teoriche. È frutto di una irrefutabile verità storica, che ha un'unica deroga, l'economia del villaggio senza contatti esterni, nella quale tutti gli scambi avvengono fra persone che si conoscono, si sa chi è affidabile o no, si seguono le vite e le vicende di coloro che non saldano subito, ma chiedono una dilazione perché il raccolto è in ritardo o per un altro motivo. È l'unico mercato che riesce a funzionare da solo, senza costi di transazione che i suoi operatori non siano in grado di gestirsi in proprio. Ma non appena il mercato cresce di dimensione e quindi gli scambi avvengono tra persone che non si conoscono, a renderli possibile non è più la fiducia personale, ma un insieme di fattori che nessun operatore potrebbe mettere su di solo. Si noti che è proprio a questo punto che nasce quello che si chiama "il mercato" e cioè la piazza commerciale nel centro cittadino nella quale confluiscono, da luoghi diversi, venditori e compratori. Il mercato, dunque, è già di per sé frutto delle istituzioni, che lo organizzano, che prepongono delle autorità al suo funzionamento, che fissano le regole per i documenti necessari a vendere e a comprare, che asseverano le modalità di pagamento non immediato (le cambiali), che mettono a disposizione un tribunale per dirimere le vertenze.

Qualcuno dirà: ma che c'entra, queste sono le istituzioni per il mercato, le istituzioni che nascono proprio per assorbire i costi di transazione che gli operatori non potrebbero sostenere da soli. Nessuno le ha mai messe in discussione, non sono loro il problema. Sì, certo, c'è differenza fra le istituzioni per il mercato e quelle che assumono come fine l'orientamento, la promozione o a volte, all'opposto, il divieto di scelte che il mercato matura al suo interno. E una differenza evidente, perché lo Stato che entra nell'economia, non per assorbirne i costi, ma per altri fini pone in primo luogo il problema della coerenza di tali fini con le logiche e le convenienze degli operatori con i quali interferisce e poi quello dei modi con i quali lo fa. Può infatti creare a sua volta dei costi, può far sparire economie esterne che c'erano ovvero generare diseconomie esterne che non c'erano. Insomma, l'intervento dello Stato per fini di politica economica, industriale o sociale entra in aree nelle quali l'efficienza delle imprese e delle loro relazioni viene messa in gioco ed è chiamata a realizzarsi in un nuovo contesto, che

² L'uno pubblicato in Italia da Mondadori nel 1976, l'altro pubblicato da il Mulino nel 1997.

può migliorarla; oppure no. È fuor di dubbio, allora, che questo va ben oltre gli esiti possibili degli interventi volti semplicemente a rendere praticabili gli scambi, assistendoli con le certezze e le garanzie necessarie. Ed esigerà di conseguenza metodologie di analisi diverse.

Ma questo non significa che le stesse istituzioni che abbiamo appena definito per il mercato non abbiano una vita propria, delle proprie finalità, se non altro quella di assicurare un trattamento dignitoso a coloro che le incarnano. E quel trattamento, come tutti i costi dell'intero assetto istituzionale, gravano sull'economia, giacché le istituzioni non vengono da un altro mondo, non trovano altrove le risorse di qui hanno bisogno. Anche in questo ambito, perciò, ci si può trovare di fronte ad interventi pubblici disfunzionali, perché in realtà ispirati ad una finalità che si sovrappone a quella di assorbire i costi di transazione privati: ad esempio quella di assicurare ai funzionari un livello di vita superiore, facendo pagare quell'assorbimento ben più di quanto valga e "dissanguando", come si suol dire, l'economia; quella di ricavare nell'azione pubblica spazi di discrezionalità, entro i quali svolgere negoziazioni che possono rivelarsi lucrose. Ed ecco allora le regole sulla proprietà e sui contratti, che sono le prime a dare al mercato della grande piazza commerciale le certezze e le garanzie di cui esso ha bisogno per funzionare, congregate tuttavia in modo da lasciare spazio a dubbi e quindi a verifiche. Oppure le regole sulla giurisdizione, che risultano magari definite a priori (come la *rule of law* vorrebbe ...), ma che possono essere contraddette *ex post* sulla base di cavilli o di interpretazioni maliziose. Sono i problemi, ben noti, che hanno segnato nel Novecento i primi passi di tante economie nei paesi in via di sviluppo.

Ed ecco il punto, sempre e comunque ineludibile. Il rischio che le istituzioni, anziché agevolare la crescita economica, le siano di ostacolo è presente quali che siano il fine e la natura del loro intervento; si tratti cioè di un pedaggio troppo elevato, chiesto agli operatori economici da uno Stato impegnato in una guerra dopo l'altra, che essicca così la fonte a cui si abbeverava, o si tratti invece di incentivi pubblici erogati (per favorire un territorio, o una produzione di interesse nazionale) da istituzioni non imparziali, ma mosse da motivazioni familiste o clientelari, che mettono così a repentaglio la competitività e quindi l'efficienza del mercato.

La storia – ci spiega North – presenta questi ed altri casi, dimostrando che neanche l'intervento pubblico astrattamente più commendevole garantisce per ciò stesso il raggiungimento dei suoi commendevoli fini, perché tutto dipende dalle circostanze in cui viene effettuato, dalle pressioni contingenti che lo sollecitano, dalla cultura dei suoi applicatori, dalle loro momentanee priorità. E questa interazione, che certo non è spiegata dalla sola economia, determina singoli episodi, ma determina anche, in tutti i suoi aspetti, la storia di interi paesi. Perché all'inizio del 1500 la Spagna e l'Inghilterra sono paesi più o meno di pari forza, economica e militare, ma poi, nonostante – si noti – entrambe attraversino le stesse esperienze di costosissime guerre, nel 1600 l'Inghilterra sarà alla guida dello sviluppo europeo, mentre la Spagna sarà preda di un duraturo declino? L'Inghilterra fiuta le grandi potenzialità del capitalismo commerciale e ne getta le basi, liberando le industrie dai vincoli delle corporazioni medievali, riducendo le restrizioni mercantili, riconoscendo e premiando i brevetti in modo da favorire l'innovazione. La Spagna, prigioniera di un gettito fiscale a cui non si sente in grado di rinunciare per non mettere a repentaglio le esigenze militari, tiene fermo l'uso a pascolo

delle sue terre, che garantisce un'entrata fissa per ogni capo di bestiame. E via via che questo stesso gettito si riduce, anziché cambiare strada, anziché liberare l'economia dai vincoli che la stanno soffocando, si cimenta in una irrilevante *spending review*. Nel 1623 una apposita commissione propone a Filippo IV, fra l'altro, di limitare il numero dei servi possedibili, di proibire l'importazione di beni di lusso, di chiudere i bordelli, di non insegnare il latino nei paesi, in modo da non incentivare i giovani di quei paesi ad allontanarsi dall'agricoltura. Solo una proposta di tale lista verrà messa in pratica, quella di abolire la gorgiera, che costringeva l'aristocrazia a spese eccessive di lavanderia. Ma l'economia spagnola non ne fu vivificata, rimase prigioniera di un impianto politico ed economico che poteva portarla soltanto al declino³.

Il caso della Spagna del XVI secolo è il caso di uno Stato che adotta con consapevole ostinazione una politica economica e fiscale ispirata dalle esigenze militari come esclusiva priorità e che interviene così sull'economia con un programmato disinteresse per gli effetti che essa potrà subirne. Teniamolo presente, anche questo caso è accaduto e quindi può accadere, ma non è certo l'unico, è anzi, forse, più marginale di altri. È più probabile, infatti, che siano gli attori istituzionali a infilare finalità proprie antieconomiche in politiche e in misure che hanno altre finalità proclamate e che finiscono così per diventare serventi verso entrambe, con effetti inevitabilmente inquinati. Riferendo un precedente lavoro di John Coatsworth, North così ci descrive l'ambiente istituzionale messicano del XIX secolo: «La natura oppressiva, inquisitiva e arbitraria dell'ambiente istituzionale obbligò ogni impresa, urbana o rurale, a operare secondo una logica fortemente politicizzata, usando relazioni di parentela influenza politica e prestigio familiare per ottenere accessi privilegiati al credito agevolato, per reclutare illegalmente forza lavoro, per accumulare debiti o fare applicare i contratti, per evadere le tasse o chiedere il giudizio dei tribunali e per difendere o affermare titoli di proprietà sulla terra»⁴. Sono sullo stesso piano, in questo resoconto un po' agghiacciante, pretese legali e pretese illegali, dando così la sensazione che, con le relazioni personali giuste, tutto si potesse ottenere. Ma ai nostri fini non è questo che conta di più. Conta l'inquinamento ambientale (dell'ambiente istituzionale, si intende) come fonte possibile di inquinamenti degli interventi pubblici nell'economia, anche in situazioni meno estreme di quella ora descritta.

Di qui la questione cruciale che North pone nell'ultimo capitolo del suo secondo lavoro qui citato. E la questione non riguarda l'ammissibilità/utilità dell'intervento pubblico in economie. Riguarda i fattori dai quali dipende se un dato sistema dispone, o meno, di "istituzioni efficienti". Dove efficienti sono le istituzioni che diminuiscono, non aumentano, i costi di transazione, che concorrono alla crescita e non ne distorcono i frutti ai propri fini, che, a prescindere anche da ciò, perseguono fini che non sono bastoni fra le ruote dell'economia. Non so quanto la sua risposta sia appagante, di sicuro lo è meno delle sue analisi storiche. Forse operava in lui la convinzione che al nostro tempo i problemi principali su questo terreno vengano dai paesi in via di sviluppo nei quali è addirittura in dubbio la sicurezza dei diritti di proprietà ed è quindi su temi pre-

³ Si veda D. C. North, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 167.

⁴ D. C. North, *Istituzioni*, cit.

liminari come quello, appunto, di tale sicurezza che vedeva la necessità di rafforzare le certezze dell'economia e dello stesso mercato. Non a caso, pur ponendo la questione per l'oggi, ne cercava la risposta, ancora una volta, nella storia e tornava alle istituzioni britanniche successive alla Grande Rivoluzione del 1688, trovando in esse – nella supremazia del Parlamento, nella riduzione delle prerogative regie e nell'indipendenza dei giudici – i tratti essenziali di quella efficienza istituzionale capace di garantire, in primis, i diritti di proprietà. Per il resto, pur attribuendo una elevata importanza, di qualunque paese si parli, al rispetto dei valori tradizionali di integrità e di onestà da parte degli attori istituzionali, la conclusione era molto cauta ed aperta: siamo appena agli inizi di studi e analisi che bisognerà estendere e approfondire. A questo stadio – scriveva – possiamo dire che forse non si avranno mai risposte definitive a tutti i problemi, ma è sempre possibile migliorare⁵.

Tra il tempo in cui North concludeva il suo lavoro con queste parole – i primi anni '90 – e la realtà odierna molti studi hanno accresciuto le nostre conoscenze e le nostre chiavi di lettura, mentre molte innovazioni sono intervenute per migliorare quell'efficienza delle istituzioni nella quale lo stesso North riassumeva il risultato da raggiungere. Nel passaggio che prima ho evocato, la identificava – l'efficienza delle istituzioni – con i capisaldi della *rule of law* britannica. Possiamo aggiungere che di sicuro bisogna partire da lì, ma che c'è molto, molto da costruirci sopra; e molto del resto è già stato costruito. Gli antidoti contro le disfunzioni e le patologie dell'intervento pubblico sono diventati numerosi e mirati, al punto, in più casi, di diventare essi stessi fonte di inefficienze e ritardi. Tanto che stiamo arrivando agli antidoti degli antidoti e alla ricerca, con essi, del difficile equilibrio fra rimedi alle patologie originarie e rischi di riemersione delle stesse patologie sotto le semplificazioni introdotte nei rimedi. Ma è questa, è questa la vicenda di cui occuparsi.

Al riguardo, c'è un ultimo punto da chiarire, che investe proprio il significato del legato di North del quale parliamo: da un lato ci sono in esso le variabili, non ideologiche, ma storiche, che incidono sulla qualità e sugli effetti dell'intervento dello Stato nell'economia; e qui non c'è francamente molto da chiarire, trattandosi di circostanze fattuali, che, quando ci sono, si chiariscono da sole. Dall'altro c'è l'estensione dal mercato alle istituzioni del requisito dell'efficienza, giacché – questo è l'assunto – istituzioni che ne mancano, nella migliore delle ipotesi non riescono a perseguire i fini virtuosi che si danno, nella peggiore perseguono già in partenza fini non virtuosi. Ebbene, un tale utilizzo dell'efficienza è concettualmente chiaro ed univoco sino a quando si riferisce alla maggiore o minore permeabilità delle istituzioni ad interessi – in genere interessi privati dei loro titolari – che prevaricano con successo quelli che per legge dovrebbero essere tutelati; il che invero il caso delle istituzioni inefficienti, che proprio in quanto inefficienti consentono che un intervento dello Stato nell'economia, volto ad un determinato fine, ne realizzi in concreto altri, corrispondenti ad interessi infiltratisi nella sua attuazione. Ma la domanda che a questo punto rimane sospesa è se inefficienti le istituzioni lo sono solo in casi del genere, e cioè quando fanno passare patologie e devianze, o anche quando sono esse a perseguire fini che, anziché migliorare, danneggiano l'economia. È ben possibile che questo intendesse dire North, per il quale erano si-

⁵ D.C. North, *Istituzioni*, cit., p. 199.

curamente inefficienti le istituzioni spagnole del '600, che avevano vessato con le loro tasse un'economia bisognosa di risorse per rinnovarsi. Certo si è che la nozione di inefficienza, a questo punto, non è più soltanto relativa (relativa al fine perseguito), ma acquista una valenza assiologica, che la misura e la valuta rispetto al fine generale del buon funzionamento dell'economia. Inefficiente diviene l'azione pubblica che, di proposito o per devianza (questo poco conta), contrasta con il buon funzionamento dell'economia.

Si arriva così ad un tema delicato, che si colloca in un'area nella quale ci si confronta con argomenti prima ancora ideologici che storici e fattuali. È l'area degli interventi pubblici accentuatamente restrittivi dell'autonomia imprenditoriale in nome di esigenze pubbliche trasparentemente enunciate, che, in un ordinamento come il nostro, possono essere ritenute coerenti con i limiti che l'art. 41 Cost. impone alla libertà di iniziativa privata, ma possono anche apparire contestabili in base al medesimo articolo, per l'eccessiva compressione di tale libertà. Si pensi a una ipotetica norma che imponga la produzione interna e vieti quindi l'importazione da fuori di beni, finali o strumentali che siano, rilevanti per la sicurezza nazionale. In una discussione al riguardo, nella quale la Corte costituzionale – non ho dubbi – entrerebbe avvalendosi dei suoi usuali e cauti criteri della “ragionevolezza” e della “proporzionalità” delle scelte adottate dalle istituzioni politiche⁶, la stessa nozione di inefficienza rischia ciò nondimeno di diventare ideologica, risultando così pregiudicato un suo uso non partigiano ed oggettivo.

Ma non è questo a preoccupare di più. Preoccupa che nei contesti creati dalla pandemia e dal cambiamento climatico lo Stato possa essere indotto – e qualche segno già lo cogliamo – a servirsi di strumenti che aprono questo fronte. C'è un ritorno dello Stato che rispetta confini entro i quali tutti si sentono sicuri, Sarebbe, e forse sarà per più ragioni allarmante, che esso senta il bisogno di superarli.

⁶ Criteri sui quali si può leggere M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola.

L'unione bancaria europea e il diritto amministrativo. Questioni aperte

Mario Pilade Chiti

Sommario: 1. L'unione bancaria europea nuovo modello di diritto amministrativo? – 2. Diritto bancario dell'Unione e unione bancaria. – 3. La disciplina. – 4. L'organizzazione. – 5. Le procedure. – 6. Le forme di tutela. – 7. Uno sviluppo settoriale nel processo di integrazione.

1. L'unione bancaria europea nuovo modello di diritto amministrativo?

In questo inizio di secolo i temi del diritto bancario europeo e dell'unione bancaria europea sono stati tra i più dibattuti del diritto nazionale e dell'Unione europea; con ragione.

Nella prospettiva del diritto pubblico, sin dal momento in cui le istituzioni dell'Unione europea hanno principiato a configurare l'unione bancaria europea¹, per i suoi caratteri originali essa è parsa un nuovo sistema di amministrazione; senza reali precedenti. Tanto più le novità sono risultate evidenti con il progredire della regolamentazione di settore e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e dei giudici degli Stati membri.

Dopo quasi un decennio di esperienza merita verificare se l'unione bancaria europea rappresenti un modello nuovo di amministrazione, oppure uno sviluppo settoriale, per quanto molto significativo, dell'amministrazione dell'Unione e del sistema amministrativo composto dell'Unione e degli Stati membri che si usa definire lo “spazio

¹ L'avvio viene solitamente individuato nel Rapporto dei quattro Presidenti (del Consiglio europeo, in stretta cooperazione con i Presidenti della Commissione, dell'Euro Gruppo e della Banca centrale europea) del 26 giugno 2012, *Verso un'autentica Unione economica e monetaria*. Già negli anni precedenti erano state avviate varie iniziative a tal fine; come il Rapporto del gruppo di lavoro presieduto da J. de Larosière, *The High Level Group on Financial Supervision in Europe*, del 2009, di diretta influenza per la creazione nel 2010 del sistema europeo di vigilanza finanziaria; ma che, a breve distanza dall'istituzione del Meccanismo Unico di Vigilanza nel 2013, escludeva l'accentramento della funzione di vigilanza. Dimostrazione dell'accelerazione fortissima e di segno nuovo impressa dalla crisi alle riforme che hanno condotto all'unione bancaria europea. Su queste vicende cfr. P.G. Teixeira, *The Legal History of the European Banking Union*, Oxford, Hart, 2020.

amministrativo europeo”²; se non, addirittura, un mero insieme di innovazioni non ancora adeguatamente coordinate.

L’unione bancaria europea (UBE³) è un sistema amministrativo di settore con molte originali caratteristiche; tuttavia lungi da un assetto compiuto. Che l’UBE costituisca un modello amministrativo⁴ è presto per dire, se per “modello” si intende un sistema giuridico coerente, adeguatamente strutturato e funzionante. Il disegno originario dell’UBE è ancora incompleto per essere ristretto solo ad alcuni Stati membri, per la perdurante mancanza del “terzo pilastro” (il sistema europeo di garanzia dei depositi⁵); la regolamentazione è straordinariamente complessa, da rivedere con misure normative di semplificazione e razionalizzazione, come avvenuto in altri settori fortemente comunitarizzati (ad esempio i contratti pubblici di appalto e concessione); la sussidiarietà, che si è sviluppata in direzione “ascendente”⁶, ha portato a forme di centralizzazione federativa che andranno in parte riequilibrare nei rispetti degli Stati; la prima giurisprudenza non segue linee sempre coerenti. La Commissione rimane competente per aspetti essenziali del diritto bancario – come le crisi bancarie – quando sono in gioco la concorrenza e gli aiuti di stato.

In breve, il sistema non è compiuto, né perfetto; la qualifica di “modello” può quindi considerarsi eccessiva. Rimane però certo, per i motivi di seguito esposti, che l’UBE è un settore con una disciplina coerente e, forse, più di ogni altro, segnato dal diritto amministrativo; tanto da meritare la qualifica di “un’unione specializzata di diritto

² Da intendere come un modello di diritto positivo, non solo come obiettivo ultimo da raggiungere nel processo di integrazione europea. *Amplius* in M.P. Chiti, *Introduzione*, in M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo Spazio Amministrativo Europeo*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 18 ss. Nel seguito non saranno pochi i riferimenti a miei scritti sugli argomenti qua trattati; ma è parso utile per chi voglia meglio comprendere la base delle questioni qua trattate in forma necessariamente sintetica.

³ Nel testo si usa quasi sempre la dizione italiana dei vari termini ed espressioni che si ritrovano nella UBE; con qualche inevitabile utilizzo di espressioni in lingua inglese quando queste si sono affermate in modo quasi esclusivo nel gergo degli addetti e si ritrovano anche negli atti ufficiali. Ad esempio, il documento dell’Autorità Bancaria Europea denominato *Single Rulebook*.

⁴ Aperture in questo senso da F. Giglioni, *The European Banking Union as a New Model of Administrative Integration?*, in E. Chiti, G. Vesperini, *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 123 ss.; e ivi la *Introduzione* dei due curatori. Cfr. anche A. de Gregorio Merino, *The Banking Union in EU Law: Institutional Law Perspective*, in G. Lo Schiavo (ed.), *The European Banking Union and the Role of Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, p. 29 ss. Nonché le importanti monografie di M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, e A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

⁵ Avviato su proposta della Commissione (COM(2015)586 final) per modificare il regolamento n. 806/2014, recependo le indicazioni del Rapporto dei cinque Presidenti (della Commissione, in stretta collaborazione con i Presidenti dell’Euro Summit, dell’Euro Gruppo, della BCE e del Parlamento europeo) del 2015, che finalmente sembra essere stato riavviato per l’occasione offerta dal programma *Next Generation EU* (cfr. le dichiarazioni del Presidente dell’Eurogruppo del 18 giugno 2021). Tra i molti commenti alla precedente situazione di stallo: C. Brescia Morra, *The Third Pillar of the BU and Its Troubled Implementation*, M.P. Chiti, V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, London, Palgrave MacMillan, 2019, p. 393 ss.; P.G. Teixeira, *The Future of the European Banking Union. Risk Sharing and Democratic Legitimacy*, *ivi*, p. 140 ss.

⁶ Come era ben possibile, malgrado la *vulgata* sulla sussidiarietà necessariamente dal basso, cfr. M.P. Chiti, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 504.

amministrativo”⁷, caratterizzata da rilevanti novità nell'organizzazione, nei procedimenti e nelle forme di tutela.

È probabile che il programma di azione deciso dalle istituzioni dell'Unione europea per rispondere alla crisi economica determinata dalla pandemia da Covid 19 – definito *Next Generation EU*, approvato dal Consiglio europeo nel luglio 2020 e sviluppato dal Consiglio con la decisione “risorse proprie” del 14 dicembre 2020, n. 2020/2053 – darà vita ad un sistema amministrativo altrettanto complesso ed originale. Peraltro, con ambito di applicazione riferito a tutti gli Stati membri dell'UE e con una configurazione inversa nella direzione. Si tratta infatti di un programma quadro, con una regolamentazione europea assai leggera, il cui elemento centrale sta nei piani di ripresa elaborati dagli Stati membri, approvati dalla Commissione e da questa continuamente monitorati secondo il criterio del *control over the implementation*. Espressione del principio posto dall'art. 197.1 TFUE secondo cui «l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune».

Al momento, il programma *Next Generation EU* è appena al suo inizio e non consente alcun serio paragone con l'UBE; salva la notazione che ambedue le novità hanno carattere prettamente amministrativo e sono originate da situazioni di crisi di particolare gravità; l'una e l'altra non imprevedibili, ma certo inattese per dimensioni ed impatto. Come sempre, le crisi favoriscono incisive riforme; nel caso, l'avvio del programma *NGEU* è stato colto dall'Eurogruppo quale speciale occasione per rilanciare il completamento dell'unione bancaria e la *Capital Market Union*⁸.

2. Diritto bancario dell'Unione e unione bancaria

L'origine dell'UBE – componente fondamentale dell'unione economica e monetaria dell'Unione europea – si colloca usualmente nel quadro delle politiche dell'Unione per rispondere alla grande crisi finanziaria del 2008, presto interconnessa con le crisi dei debiti sovrani, che minava la stabilità finanziaria dell'intera UE. Senza dubbio, tali circostanze sono state determinanti per realizzare le riforme⁹ con decisione e massima speditezza (inusuale nel tradizionale incedere compassato dell'Unione)¹⁰; ma le sue radici sono ben precedenti.

⁷ Applico qua, settorialmente, la nota qualificazione generale della Comunità europea come “una Comunità di diritto amministrativo” proposta da J. Schwarze, *European Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 3 (versione inglese dell'originario testo del 1988 in lingua tedesca); qualificazione al tempo malintesa e criticata. Per una prima ricostruzione in questo senso della UBE, rinvio a due miei lavori: *The New European Economic Governance and the Banking Union*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 363 ss.; *The European Banking Union and EU Administrative Law*, in G. Lo Schiavo (ed.), *The European Banking Union and the Role of Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, p. 49 ss.

⁸ Cfr. le conclusioni dell'*Eurosummit* del 26 giugno 2021. Allo stato, la maggiore difficoltà riguarda la disciplina degli investimenti bancari in titoli di Stato del Paese in cui le banche hanno sede principale.

⁹ Per la loro genesi, cfr. P.G. Teixeira, *The Regulation of the European Financial Market After the Crisis*, in P. Della Posta, L.S. Talani (eds.), *Europe and the Financial Crisis*, London, Palgrave MacMillan, 2011, p. 44.

¹⁰ M.P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra gli Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, p. 1 ss.

Per i diciannove Stati che sono membri dell'eurozona, l'UBE rappresenta uno sviluppo, forse tardivo, ma inevitabile dell'istituzione dell'euro come loro moneta comune, superando la riluttanza espressa nell'ambigua previsione dell'art. 127.6 del TFUE, che, da un lato, rimanda al futuro il possibile sviluppo, ma assicura che a tale momento la riforma non necessiterebbe di una modifica dei Trattati; dall'altro, non consente un completo trasferimento di competenze, ma solo missioni specifiche. È anche uno sviluppo delle funzioni economiche e monetarie dell'Unione europea, a lungo rimaste non ben definite ed incomplete.

L'UBE riflette la nuova dimensione delle attività bancarie in Europa che, ormai significativamente connesse, fuoriescono dalle tradizionali discipline nazionali, specie per la funzione di vigilanza svolta dalle banche centrali e per la funzione ora definita di "risoluzione", in caso di situazioni di crisi di impresa non sostenibili. L'idea fondamentale alla base dell'UBE è che l'applicazione coordinata delle regole comuni di supervisione e risoluzione da parte delle autorità nazionali competenti non risulta sufficiente a superare lo stretto legame tra banche e rispettivi Stati nazionali e la frammentazione dei mercati finanziari¹¹. È invece strettamente connessa alla crisi apertasi nel 2008 la motivazione di creare un sistema bancario capace di interrompere il precedente vincolo perverso tra crisi bancarie e del debito sovrano degli Stati; il c.d. trilemma tra la stabilità finanziaria, il carattere internazionale dell'attività bancaria e le politiche finanziarie nazionali¹².

Ferma l'unanime condivisione che dal punto di vista economico e finanziario l'UBE sia risultata un fondamentale sviluppo per l'economia europea, dal punto di vista giuridico ed istituzionale non mancano interpretazioni riduttive: l'UBE unisce solo gli Stati membri la cui moneta è l'euro, quindi una porzione della più vasta UE; è tuttora incompiuta; è costruita in modo eccessivamente complesso, inadatto per iniziative flessibili e rapide come quelle richieste dal settore.

Non è dubbio che, come anticipato, nell'Unione europea l'UBE sia un sistema settoriale, dal punto di vista oggettivo e soggettivo; con la conseguente difficoltà di parlarne come di un "modello" generale di nuova amministrazione. Tuttavia, è altrettanto certo che ne sono parte i principali Stati membri dell'UE, con effetto di guida anche per gli altri. L'ambito bancario di riferimento dell'UBE è molto vasto perché circa l'80% delle attività bancarie dell'eurozona ricade nell'ambito della nuova vigilanza della BCE e della funzione di risoluzione del Comitato di risoluzione unico, più noto come *SRB*. Alcune regolamentazioni di particolare importanza – come quelle previste nel *Single Rulebook*¹³ – si applicano a tutti gli enti creditizi degli Stati membri dell'UE, quindi anche quelli che non hanno l'euro come moneta comune; così uniformando per tutti le principali regole bancarie. Una disciplina base, comune a tutta l'UE, per le banche e le

¹¹ G. Tosato, *The Legal Base of the Banking Union*, in E. Barucci, M. Messori (a cura di), *The European Banking Union*, Firenze, Passigli, 2014, p. 23 ss.

¹² Cfr. D. Schoenmaker, *Governing of International Banking, The Financial Trilemma*, Oxford, OUP, 2013.

¹³ Elaborato principalmente dall'Autorità Bancaria Europea per il regolamento UE n. 1093/2010. Il *Single Rulebook*, che rappresenta un vero e proprio testo unico bancario, è composto anche da regole tecniche, buone pratiche e linee guida. Cfr. A. Lefterov, *The Single Rule Book, Legal Issues and Relevance in the SSM context*, in ECB *Legal Working Papers*, 15, 2015.

istituzioni finanziarie è un requisito essenziale per un reale mercato unico dei servizi finanziari¹⁴.

La Corte di giustizia e il Tribunale stanno definendo cause che, pur se specificamente relative alla UBE, si rifanno a principi generali che assumono una tendenza espansiva. Comune a tutti gli Stati membri dell'Unione è poi la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa in tema di tutela della proprietà; anche negli svolgimenti relativi ai titoli azionari ed i diritti di credito; così come per le sanzioni amministrative di carattere afflittivo.

3. La disciplina

In un seminale studio del 2014, agli inizi della vicenda, Sabino Cassese descriveva il processo normativo della nuova architettura finanziaria europea in termini letterari, proustiani, come «un movimento legislativo nel quale gli spazi bianchi sono almeno altrettanto quanto quelli scritti»¹⁵. La situazione oggi è molto cambiata; per quanto rimangano residui spazi bianchi (anche di rilievo, come il III Pilastro), la normativa forma un corpo imponente, addirittura eccessivo, ove si può individuare una trama, che permane però in parte fluida e non consente ancora una valutazione compiuta.

Quello che nella prospettiva del diritto amministrativo merita rilevare è che nell'UBE la disciplina normativa è affiancata da un'amplissima disciplina amministrativa, con atti regolatori, di indirizzo, pareri, comunicazioni, decisioni. Nell'effettività del suo funzionamento, l'unione bancaria europea opera principalmente sulla base della multiforme regolamentazione amministrativa.

Come in altri settori di grande rilevanza economica e cruciali per un effettivo mercato interno, i soggetti privati si erano mossi per tempo con un'autonoma disciplina delle principali attività finanziarie. Accompagnata dall'inizio degli anni settanta del secolo scorso da direttive “leggere” dell'allora Comunità economica europea, finalizzate all'armonizzazione delle condizioni base per una comune autorizzazione e, poi, al mutuo riconoscimento. Per il crescere dell'interdipendenza dei mercati finanziari, larga parte della disciplina “sociale” è stata consolidata in atti dell'Unione¹⁶; le direttive sono divenute più dettagliate e pervasive; si è fatto ricorso a taluni atti intergovernativi ed a norme “passarella” con trattati internazionali. Nell'insieme un'evoluzione della disciplina in senso pubblicistico, sovranazionale, centripeto sulle istituzioni dell'Unione; sempre più di carattere amministrativo.

3.1. Precisamente, la disciplina dell'UBE è formata da un sistema di normative pubbliche, adesso principalmente dell'Unione europea, di ogni genere, tipizzate, *soft law*, ed anche intergovernative. Un ruolo importante è svolto entro questo ordine dall'Au-

¹⁴ Per una visione d'insieme del diritto bancario europeo, cfr. M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica*, 2016, 81, p. 11 ss.

¹⁵ S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, relazione ad un convegno della Banca d'Italia del 2013, pubblicata in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 79.

¹⁶ Ad esempio il regolamento n. 575/2013 (c.d. CRR) e la direttiva 2013/36 (c.d. CRD IV).

torità Bancaria Europea¹⁷, nonché dalle normative elaborate da soggetti internazionali come il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria. Nell'ambito della disciplina pubblica rimane comunque un ruolo non irrilevante per le discipline nazionali. I diritti nazionali possono inoltre rientrare nel diritto dell'Unione nei casi in cui questo richiama la possibilità che la BCE lo applichi. È il caso, ad esempio, previsto nel regolamento sul MUV all'art. 4.3 per cui la BCE per assicurare standard elevati di vigilanza applica anche il diritto nazionale di attuazione delle direttive europee o quando il diritto dell'Unione concede opzioni agli Stati membri.

3.2. La disciplina dell'UBE è caratterizzata dal ruolo di alcuni dei principi generali del diritto dell'Unione, quali l'indipendenza delle istituzioni e degli organismi che operano nell'UBE, la stabilità finanziaria, la proporzionalità. Si tratta di principi generali già presenti nei Trattati o nel diritto derivato dell'Unione europea, ma che nell'UBE hanno assunto carattere di principi di riferimento secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale.

Nella UBE, più che in altri settori, i principi generali svolgono un ruolo di grande importanza per orientare l'interpretazione dell'estesissima normativa e, allo stesso, quasi paradossalmente, per colmare le eventuali lacune (fenomeno tipico delle normative specialistiche).

Con un effetto circolare, i principi generali valorizzati nell'UBE tendono ad ampliare i propri effetti anche oltre tale ambito ed a divenire punto di riferimento nei diritti nazionali. In quest'ultimo caso come fonte di ispirazione della giurisprudenza o addirittura come principi direttamente applicabili dai giudici e dalla pubblica amministrazione.

3.3. Il principio di "indipendenza" di talune amministrazioni pubbliche¹⁸ era entrato esplicitamente nei Trattati in relazione alla Banca centrale europea ed alle banche centrali nazionali (art. 108 Trattato CE, come sostituito dal Trattato sull'Unione europea). L'accezione di indipendenza è, nel caso, quella per cui gli organi della BCE (e delle banche centrali nazionali) non possono chiedere né ricevere istruzioni da alcuna istituzione od organo dell'Unione, dai governi degli Stati membri e da qualsiasi altro organismo; con impegno ad agire sempre nell'interesse dell'Unione. Nel settore bancario si ritrova il medesimo principio nello Statuto del Sistema europeo delle banche centrali e nello Statuto della BCE (art. 7), con recenti applicazioni di grande interesse¹⁹. Il Trattato di Lisbona ha confermato il principio dell'indipendenza della BCE (art. 130 TFUE), ma, con previsione alquanto inaspettata, il principio dell'indipendenza è stato

¹⁷ Cfr. S. Cappiello, *Il meccanismo di adozione delle regole e il ruolo della European Banking Authority*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica*, cit., p. 35 ss.

¹⁸ M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 151 ss.; D. Sorace, *Una nuova base costituzionale europea per la pubblica amministrazione*, in M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo*, cit., p. 45 ss., p. 56; S. Battini, *Indipendenza e amministrazione tra diritto interno ed europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, p. 947.

¹⁹ Come nel caso del governatore della Banca centrale della Lettonia, deciso dalla Corte di giustizia con la sentenza, Grande Sezione, 26 febbraio 2019, cause riunite C-202/18 e C-238/18. Sulla quale il commento di M. Macchia, *L'indipendenza delle banche centrali presa sul serio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, p. 774.

esteso a tutta l'amministrazione dell'UE (art. 298 TFUE: «nello svolgimento delle loro missioni, le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie dell'Unione devono contare sul sostegno di un'amministrazione europea aperta, efficiente e indipendente»). Si conferma così che il principio di indipendenza, previsto inizialmente solo per un'amministrazione “tecnica” come la BCE, si è ampliato a principio generale delle amministrazioni dell'Unione di ogni tipo, incluse le agenzie.

Nel caso della BCE e dei soggetti dell'UBE è palese la connessione tra il principio di indipendenza e l'attribuzione di funzioni specialistiche, ad alto tasso di discrezionalità tecnica²⁰. Tale connotazione è stata talora espressamente prevista da atti dell'UE, come nel caso dell'assistenza alla Grecia nel 2010, quando la BCE è stata qualificata come organizzazione tecnica indipendente di consulenza e assistenza²¹.

È tuttora molto discusso che cosa effettivamente significhi il principio di indipendenza per le amministrazioni dell'Unione e se tale principio sia originale del diritto UE oppure tragga le sue origini, come la maggior parte dei principi generali, dal diritto degli Stati membri per poi essere consolidato quale principio dell'UE dai Trattati o dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Per il settore di interesse, la portata del principio fu chiarito in un'approfondita sentenza della Corte di giustizia (10 luglio 2003, C-11/00, *Olaf*) secondo cui l'indipendenza della BCE non implica un suo isolamento totale o una completa assenza di cooperazione con le istituzioni e gli organi della Comunità; bensì la proibizione di qualsiasi influenza che possa minare la capacità di azione della BCE per la realizzazione dei propri compiti. La successiva giurisprudenza ha confermato che pure le decisioni della BCE sono soggette a controllo giurisdizionale dei giudici che compongono il giudiziario europeo.

Rimane comunque inevitabile una certa tensione tra il principio di indipendenza della BCE e l'intrinseca politicità di alcune sue iniziative; come ad esempio è stato il caso *Gauweiler* (C-62/14) sui limiti del divieto di finanziamento monetario degli Stati membri della zona euro.

3.4. Specificamente connesso all'UBE è il principio di “stabilità finanziaria”, con i connessi criteri relativi al risanamento ed alla risoluzione delle banche in crisi (ad esempio, i criteri per la valutazione di una banca che sta fallendo o è prossima a fallire), che possono denominarsi “il regime giuridico di una istituzione finanziaria”.

La stabilità del sistema finanziario è uno degli “scopi costituzionali” dell'UE²². È riconosciuta come principio direttamente dal TFUE all'art. 127.5, in riferimento al SEBC, e dallo Statuto della BCE (art. 25.1). Il principio è anche richiamato espressamente nel regolamento n. 1024/2013 sul Meccanismo Unico di Vigilanza (art. 19) e in

²⁰ Per la connessione in riferimento al Meccanismo Unico di Vigilanza, cfr. R. D'Ambrosio, *Il Meccanismo di Vigilanza Unico: profili di indipendenza e di accountability*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica*, cit., p. 81 ss.

²¹ Su questa vicenda, C. Zilioli, *The ECB's Powers and Institutional Role in the Financial Crisis*, in *Maastricht Law Journal*, 2016, pp. 171, 178.

²² Il contributo più interessante è di G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU Law and Policy*, The Hague, Wolters Kluwer, 2017.

quello n. 806/2014 sul Meccanismo Unico di risoluzione (art. 25.1).

È opinione prevalente, da condividere, che il principio della stabilità finanziaria sia originale della disciplina finanziaria e bancaria dell'Unione; poi applicato con particolare rilievo all'UBE. Certamente non era sconosciuto in alcuni ordinamenti nazionali; primo tra tutti quello della Germania. Tuttavia, la circostanza che la stabilità finanziaria sia principio di riferimento di un sistema complesso come il sistema europeo delle banche centrali e dell'ordinamento sovranazionale ne fa un principio sostanzialmente nuovo.

Non esiste ancora una definizione comunemente accettata del principio di stabilità finanziaria; anche la Corte di giustizia è restia a definirlo nelle non poche occasioni in cui è stato richiamato dalle parti in giudizio. Ma è certo che l'obiettivo di garantire la stabilità del sistema finanziario, evitando l'eccessiva spesa pubblica e riducendo al minimo le distorsioni della concorrenza, costituisce un interesse pubblico prevalente. Applicato nei primi casi di risoluzione bancaria, la stabilità finanziaria è stata confermata come uno degli obiettivi generali dell'Unione che può financo consentire limitazioni a diritti riconosciuti come fondamentali dalla Carta di Nizza e dalla CEDU. Inoltre, vale come parametro di legalità per l'azione della BCE e degli altri soggetti dell'UBE.

3.5. Il principio di proporzionalità ha assunto un ruolo assai importante nel diritto finanziario e bancario dell'Unione e nell'UBE, specie in riferimento all'azione della BCE²³.

La proporzionalità, di origini antiche, è stata richiamata da fine Ottocento nel dibattito sulla pubblica amministrazione sia come principio guida della regolazione sia per controllare l'uso del potere; quindi, allo stesso tempo, un principio di buona amministrazione e di protezione dei diritti degli interessati.

Il suo successo nei tempi più recenti è dipeso dalla flessibilità di adattamento alle diverse situazioni di esercizio del potere; specialmente a fronte del sempre maggiore uso di poteri discrezionali da parte delle amministrazioni pubbliche, nelle varie declinazioni della discrezionalità tecnica e di quella amministrativa. Un ottimo esempio nel nostro campo è la sentenza del Tribunale nel caso T-721/15, *Crédit Mutuel Arkea*.

Il principio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con portata che va ben oltre quella riconosciuta in alcuni ordinamenti nazionali, è stato consolidato nel TUE all'art. 5.1 in riferimento al principio delle competenze attribuite all'Unione. Presiede all'esecuzione del suo diritto in modo che "il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limiti a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati" (art. 5.4 TUE). Il principio è ulteriormente svolto nello specifico Protocollo n. 2 e nella Carta dei diritti fondamentali, art. 52.1²⁴. È naturale che il principio abbia avuto rapida espansione nel diritto dell'unione bancaria europea, in entrambi i profili sopra richiamati.

²³ Cfr. M.P. Chiti, M. Macchia, A. Magliari, *The Principle of Proportionality and the European Central Bank*, in *European Public Law*, 2020, saggio pubblicato in due parti, nel volume 3, p. 643 ss. e nel vol. 4, p. 843 ss. Con specifico riferimento alla rilevanza del principio nel *Single Rulebook*, B. Jonsen, M. Lehman, *Proportionality in the Single Rule Book*, in M.P. Chiti, V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook*, cit., p. 65 ss.

²⁴ «Nel rispetto del principio di proporzionalità possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o dall'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Pur essendo molto frequentemente invocato sia nei ricorsi diretti che nelle procedure di rinvio pregiudiziale, il principio di proporzionalità non è stato mai la base delle conclusioni dei giudici dell'Unione nel contenzioso di diretto interesse. Tuttavia, ha consentito ai giudici di verificare in modo molto penetrante l'esercizio dei poteri discrezionali; aumentando l'intensità del controllo, ben oltre la tradizionale attitudine "deferente" dei giudici nazionali sugli atti delle banche centrali. Come test di controllo giurisdizionale la proporzionalità si è affiancata ad altri criteri tradizionali, come quelli di errore manifesto e di irragionevolezza, talvolta senza una precisa distinzione. Con un impatto potenziale rilevante, considerato che la Corte propende per un uso del test di proporzionalità anche d'ufficio.

È diffusa la valutazione che lo sviluppo della portata del principio di proporzionalità possa attentare all'autonomia della BCE e rappresentare un nuovo caso di intrusione eccessiva dei giudici nelle vicende amministrative; la c.d. "giuristocrazia"²⁵.

In realtà, allo stato della giurisprudenza, le cose non stanno così. Pur essendo assai utilizzato come test di legittimità nei ricorsi diretti *ex art.* 263 TFUE, il principio di proporzionalità non è divenuto il test dominante. Tanto meno si può dire che la proporzionalità sia divenuto un super principio che influenza gli altri principi generali. Il timore più importante, relativo alla possibile riduzione dell'indipendenza della BCE – che avrebbe potuto provocare una sorta di conflitto di poteri all'interno del sistema dell'Unione – non si è per ora avverato; né sembra prossimo. Il contendere si è incentrato sulla verifica dell'uso del "margine di discrezionalità" riconosciuto alla BCE, senza attentare alla sua indipendenza.

4. L'organizzazione

L'organizzazione dell'UBE ha caratteristiche particolari, assai interessanti; malgrado la configurazione tuttora incompiuta tanto rispetto all'Unione europea nel suo insieme quanto al proprio interno.

Nel primo senso, si consideri che hanno competenze che riguardano l'UBE anche istituzioni dell'Unione, come la Commissione, e vari soggetti, come l'EBA e le tre autorità di vigilanza istituite nel 2010, la cui competenza è generale per l'intera Unione. Ciò determina regimi articolati e non poche aporie operative; come dimostrano il contenzioso sulle decisioni della Commissione per la risoluzione di alcune banche italiane²⁶ e il non chiaro rapporto tra le funzioni regolatrici svolte dall'EMA e dalla BCE.

²⁵ Si riprende il titolo del noto libro di R. Hirschl, *Towards Juristocracy*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 2004.

²⁶ Cfr. i casi Tercas e Banca Marche, oggetto di contenziosi con esiti diversi. Nel primo caso, Tercas, la Corte di giustizia, in Grande Sezione, con sentenza 2 marzo 2021, C-425/19P, ha confermato la conclusione del Tribunale secondo cui la Commissione ha errato nel ritenere che le misure del Fondo Interbancario di tutela dei depositi (FITD) siano configurabili come aiuti di Stato. Nel secondo, il Tribunale ha invece dichiarato che Banca Marche è andata in dissesto per proprie ragioni, non perché la Commissione abbia impedito il suo salvataggio. Al di là del merito dei due casi (la sentenza Banca Marche è invero molto discutibile), merita ai presenti fini porre in evidenza il non ben risolto problema della interazione tra disciplina dell'UBE e degli aiuti di Stato.

Nel secondo senso, poi, manca tuttora il terzo “Pilastro”; vari organismi sono stati configurati *ad hoc* non seguendo un modello unitario; che è insieme un criterio di saggezza organizzatrice per coordinare le funzioni con l’organizzazione, ma anche fattore di scoordinamento complessivo. Caratteristica dell’UBE è anche di non essere composta solo da organismi europei, dato che ne fanno parte anche le “autorità nazionali competenti” secondo quanto previsto dai due Meccanismi.

Nel complesso, la creazione dell’UBE è stata chiaramente influenzata dal precedente Sistema delle banche centrali europee – SEBC – dal quale tuttavia si discosta per l’ampliamento delle proprie funzioni, per l’ambito soggettivo di riferimento e per il più rilevante ruolo della Banca centrale europea (BCE).

4.1. L’UBE è basata su tre “Meccanismi” – dei quali solo due, come detto, sono ad oggi istituiti e funzionanti²⁷ – e su vari soggetti giuridici, alcuni dei quali come il SRB operanti esclusivamente nell’ambito della UBE; altri, come la BCE, con competenze più ampie.

Considerato che i Meccanismi non sono organismi e non hanno personalità giuridica, ma rappresentano “reti di procedure svolte da vari soggetti”, può apparire inconferente che se ne tratti in riferimento all’organizzazione della UBE. In realtà, la funzione svolta dai Meccanismi è proprio quella di strutturare le due procedure di vigilanza e risoluzione in modo da realizzare complessivamente le funzioni svolte da varie persone giuridiche. I Meccanismi hanno dunque una “funzione organizzatrice”. Tra di loro, i due Meccanismi esistenti sono porosi, come dimostrano i casi di passaggio dalle procedure di vigilanza a quelle di risoluzione²⁸.

Il MUV, come anticipato, ha dal punto di vista organizzativo un diretto antecedente nel SEBC, “sistema” anch’esso privo di personalità giuridica, composto dalle competenti autorità nazionale e con al vertice la BCE, finalizzato alla realizzazione dell’unione monetaria. Tuttavia, mentre la funzione monetaria è competenza esclusiva dell’Unione per gli Stati la cui moneta è l’euro (art. 3.1, lett. c), TFUE) e la funzione decisionale è stata concentrata nella BCE, sì che le banche centrali risultano sostanzialmente “agenti della BCE”, la funzione di vigilanza bancaria, connessa al mercato interno (art. 4.2, lett. a), TFUE), ha carattere concorrente. Il regolamento del MUV e la successiva giurisprudenza della Corte di giustizia hanno però inteso le competenze di vigilanza della BCE come molto simili a quelle monetarie, almeno per quello che riguarda le “autorità nazionali competenti”.

A rigore, non fa parte della UBE l’Autorità Bancaria Europea (ABE) istituita dal regolamento UE n. 1093/2010²⁹. Ente regolatore della funzione di vigilanza finanziaria (la cui amministrazione è stata poi disciplinata dal MUV con riferimento primario alla

²⁷ Il Meccanismo Unico di Vigilanza, istituito con regolamento UE del Consiglio n. 1024/2013 e il Meccanismo Unico di Risoluzione, istituito con regolamento UE del Consiglio e del Parlamento europeo n. 806/2014. Sulle ragioni della mancata istituzione del terzo pilastro, oltre alle opere citate alla nota 5, cfr. A. Carmazzi ed altri, *Completing the Banking Union with a Deposit Insurance Scheme: Who is Afraid of cross-subsidization?*, in ECB Occasional Papers, 2018.

²⁸ M.P. Chiti, *The Transition from Banking Supervision to Banking Resolution: Players, Competences, Guarantees*, in E. Barucci, M. Messori (a cura di), *The European Banking Union*, cit., p. 89 ss.

²⁹ Poi modificato con il regolamento n. 1020/2013.

BCE). L'ABE, oltre a gestire il *Rulebook* cui si è già accennato, ha anche il compito di realizzare nuovi strumenti di convergenza, come il manuale denominato *European Supervisory Handbook*. Pur essendo un organismo dell'Unione, ha taluni caratteri di segno intergovernativo; come dimostra la composizione dei consigli di sorveglianza e di gestione. La sua base sta nell'art. 114 TFEU, diversamente che per il MUV, basato sull'art. 127.6 TFEU. Molto si è discusso sulla sensatezza della scelta di questa divaricare la base giuridica, che in effetti non è giustificata dalle due funzioni di regolazione e di amministrazione della vigilanza³⁰. La circostanza è emblematica del modo incrementale con cui è stato costituito il diritto bancario dell'Unione. Merita un'adeguata sistemazione non appena possibile, anche per ovviare alle oggettive tensioni determinate dalla scissione dei poteri dei ABE e BCE in tema di regolazione e vigilanza.

I due Meccanismi sono composti da organismi, talora con personalità giuridica propria, come il SRB³¹; in altri casi da organismi, come il Consiglio di vigilanza, inseriti nella BCE quali sue articolazioni. Ne fanno parte anche le istituzioni nazionali per quanto residua delle funzioni di supervisione e risoluzione. Si forma così un'amministrazione "composta" di organismi europei e nazionali. Essendo i Meccanismi "reti di procedure", le varie decisioni assunte nel loro contesto sono riferibili ai soggetti che ne sono competenti. Con intuibili problemi per quanto attiene il loro controllo giurisdizionale.

Due soggetti hanno attratto particolare attenzione per la loro struttura, non solo a cagione dei rilevanti compiti loro affidati: il SRB e l'Organismo di vigilanza della BCE. Il primo configurato quale "agenzia dell'Unione europea" funzionalmente connessa al MVU, l'altro quale "organo interno della BCE".

Il SRB, malgrado la formale qualificazione di "agenzia europea" con propria personalità giuridica, ha caratteristiche particolari³²; ancora più eccentriche rispetto al già composito modello delle agenzie. L'organo di governo è composto da esperti indipendenti, membri nominati dalla Commissione, dal Consiglio e dalle autorità dell'UBE. Opera a composizione variabile a secondo delle questioni da trattare. Verifica la situazione delle banche "significative" degli Stati membri dell'UBE e delle banche transfrontaliere. Come gli altri soggetti dell'UBE deve agire in piena indipendenza e nell'interesse generale.

Il Consiglio di vigilanza, istituito nel contesto del nuovo regime di vigilanza sostanzialmente accentrato nella BCE, è un organismo particolare vuoi per i compiti che il regolamento MUV gli ha attribuito, che per la sua composizione. Compiti di carattere istruttorio per le decisioni in tema di vigilanza e di consulenza agli organi della BCE in cui è inserito (ma non sulle questioni di politica monetaria) le cui decisioni non sono vincolanti per il Consiglio direttivo della Banca. di possibile composizione dei contrasti. Un organo multifunzionale, dunque, "essenziale nell'esercizio dei compiti di vigilanza della BCE" (considerando n. 69 del regolamento n. 1024/2013). La composizione

³⁰ Sentenza 22 gennaio 2014, C-270/12, nota anche come causa *Shortselling*.

³¹ Cfr. A. De Aldino, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico. La distribuzione dei compiti tra il Comitato di risoluzione unico e le autorità di risoluzione nazionali e altri aspetti istituzionali*, in Banca d'Italia, *Quaderni di ricerca giuridica*, cit., p. 137 ss.

³² Cfr. M. Macchia, *Il Single Resolution Board*, in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'unione bancaria europea*, cit., p. 321 ss.

è mista, con rappresentanti della BCE e per ognuna delle autorità nazionali³³; il presidente è una persona di riconosciuto prestigio ed esperienza, scelta a seguito di selezione aperta. L'intero Consiglio deve assicurare la massima indipendenza; circostanza rafforzata dal divieto per qualsiasi organismo, europeo o nazionale, di dare istruzioni ai suoi membri.

4.2. Nel quadro della nuova disciplina dell'UBE, la BCE è stata rimodellata verticalmente, nei suoi rapporti con le banche centrali nazionali, e nel suo ambito³⁴. Si conferma quale il fulcro del sistema bancario dell'euro; ha acquisito assoluta centralità nella funzione di vigilanza e rilevanti poteri per la risoluzione delle banche, in intesa con il SRB. Opera tuttavia in modo diverso nelle due funzioni di vigilanza e di risoluzione. Nel primo caso, con competenza esecutiva diretta; nel secondo, verificando la corretta esecuzione dei programmi di risoluzione da parte delle autorità nazionali competenti³⁵. Soprattutto, può intervenire con politiche e decisioni che si estendono anche oltre lo stretto ambito formale dell'unione monetaria³⁶; come confermato dai notissimi casi *Gauweiler* – deciso dalla Corte di giustizia nel 2015³⁷ – e *Weiss* deciso dalla Corte con sentenza 11 dicembre 2018, C-493/17.

La BCE è così divenuta un'istituzione plurifunzionale che si colloca al centro dei due Meccanismi e presiede alla tutela complessiva della stabilità finanziaria dell'Unione, non solo dell'eurozona. Il cammino percorso a partire dalle riforme avviate dal 2010 è andato ben oltre la previsione dell'art. 127.6 TFUE di attribuzione alla BCE, con la particolare procedura legislativa ivi indicati, di "specifici compiti in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie".

4.3. L'architettura complessiva della UBE comprende funzionalmente anche tre soggetti istituiti nel 2010³⁸, dotati di propria personalità giuridica, che formalmente non fanno parte degli organismi dell'UBE. Si tratta delle tre Autorità "indipendenti" denominate Autorità di vigilanza: l'Autorità europea di vigilanza, (meglio nota come *EBA*); l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (meglio nota come *ESMA*); l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (meglio nota come *EIOPA*). I loro compiti hanno sono vari: regolamentazione, indirizzo e decisionali.

³³ La Commissione può partecipare come osservatore; aumentando così la varietà delle presenze.

³⁴ R.M. Lastra, *Evolution of the ECB*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 1274 ss.

³⁵ Per una tassonomia delle principali modalità di esecuzione in via amministrativa delle competenze previste dal regolamento MUV, cfr. A. Magliari, *Vigilanza bancaria*, cit., p. 183.

³⁶ Cfr. M. Lamandini, D. Ramos, J. Solana, *The ECB as a Catalyst for Change in EU Law*, in *ECB, Working Papers*, 2016; T. Beukers, *The New ECB Powers and its Relationships with the Eurozone Member States. Between Central Banks Independence and Central Banks Interventions*, in *CMLR*, 2013, p. 1579 ss.

³⁷ Sentenza 16 giugno 2015, C-62/14. Tra i moltissimi commenti: C. Zilioli, *The ECB's Powers*, cit., p. 171 ss.; M.P. Chiti, *The European Banking Union in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 120 ss.

³⁸ Con i regolamenti nn. 1093/2010, 1095/2010, 1094/2010. Riformati parzialmente con il regolamento UE del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/2175.

La Corte di giustizia ha considerato che la loro istituzione è compatibile con il diritto dei Trattati. Di particolare importanza la sentenza 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, in cui la Corte ha interpretato in modo estensivo l'art. 114 TFUE, dichiarando che questa disposizione concede alle istituzioni dell'Unione un'ampia discrezionalità nella selezione del metodo di armonizzazione per il raggiungimento dei risultati desiderati.

L'organizzazione del settore bancario è stata l'occasione per la Corte di giustizia per riconsiderare finalmente il dogma del diritto comunitario sull'equilibrio istituzionale, noto come “dottrina *Meroni*” dalla celebre sentenza nelle cause congiunte nn. 9 e 10/56. La “dottrina *Meroni*”, come noto, non ammette la legittimità della delega di poteri ad organi diversi dalle istituzioni, quando ciò implica il conferimento di poteri discrezionali. Malgrado le diffuse critiche, specie per la rigidità con cui la Corte aveva mantenuto fermo il principio, la “dottrina *Meroni*” è rimasta punto di riferimento anche nei decenni successivi pur nel contesto di un'organizzazione dell'Unione profondamente evoluta. Il caso *ESMA* è stato l'occasione per una cauta, ma assai significativa, modifica della posizione della Corte di giustizia³⁹. Con la sentenza 22 gennaio 2014, C270/12, la Corte ha affermato che il margine di discrezionalità di *ESMA* – essendo stato circoscritto da molti requisiti e con decisioni che si basano su valutazioni tecniche fattuali – è compatibile con i criteri generali “*Meroni*” perché in tal modo è escluso che si esercitino competenze di natura politica. Compatibile anche con la “dottrina *Romano*”⁴⁰ perché la competenza attribuita ad *ESMA* per adottare provvedimenti normativi di portata generale è circoscritta dal carattere esecutivo, senza forza di modifica degli atti legislativi.

Complessivamente, risulta chiaro che l'apparente destrutturazione dell'organizzazione della UBE, è tale se letta nella prospettiva classica di un sistema basato su soggetti personificati collegati tra loro da precise formule organizzative e funzionali. In realtà, la compresenza con la BCE delle agenzie di vigilanza, di un'agenzia di risoluzione con soggettività propria e poteri di particolare importanza e di altri vari organismi non implica necessariamente un sistema poco coerente⁴¹. La loro attività si svolge infatti nel contesto dei due Meccanismi di cui si è detto e, per altra parte, del Sistema europeo delle banche centrali nazionali.

La vera novità sta dei due Meccanismi che assicurano una funzione organizzatrice tramite procedure coordinate. Se la formula non è troppo azzardata, i Meccanismi costituiscono “organizzazioni di procedure”.

Merita ribadire che i Meccanismi non potrebbero comunque svolgere appieno le loro funzioni se al centro dell'UBE non vi fosse la BCE. Istituzione in cui si ritrovano e si ricompongono tutti gli interessi e le funzioni, come la stabilità dei prezzi, la politica monetaria dell'Unione, la stabilità del sistema finanziario e la vigilanza sugli enti creditizi e le istituzioni finanziarie.

³⁹ E. Chiti, *In the Aftermath of the Crisis. The EU Administrative System between Impediments and Momentum*, in *EUI Law Working Papers*, 2013; Id., *European Agencies Remaking: Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 2013, p. 93 ss.; J. Pelkmans, M. Simoncini, *Mellowing Meroni: The Esma Case and the Single Market*, in *CEPS Commentary*, 2014.

⁴⁰ Sentenza 14 maggio 1981, C-98/80.

⁴¹ E. Chiti, G. Vesperini (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration*, cit., p. 13 ss.

5. Le procedure

A proposito della disciplina delle procedure amministrative svolte nei due Meccanismi si è sviluppato un dibattito tra chi ritiene che non abbia tratti di particolare originalità, seguendo i modelli più diffusi di procedure di settore nel diritto dell'Unione e nella c.d. amministrazione composta e chi, invece, considera innovativo l'ampio spazio riconosciuto ai diritti partecipativi ed alle forme di attività giustiziali.

L'attuale disciplina certamente non segue il modello di procedura proposto nel 2016 dal Parlamento europeo⁴², apprezzato dalla scienza giuridica⁴³, ma non recepito dalle altre istituzioni; specie per opposizione della Commissione. Si tratta di un'altra disciplina di settore, che si aggiunge alle molte già conosciute; nella quale comunque si può individuare una trama, come nelle discipline di settore nell'ordinamento italiano prima della l. n. 241/1990. La progressiva chiarificazione della disciplina procedurale sta avvenendo anche per la giurisprudenza dei giudici dell'Unione; secondo una tradizione, ben conosciuta nei diritti nazionali, di interazione tra norme e *case-law*.

Le caratteristiche principali sono la piena autonomia funzionale riconosciuta ai soggetti dell'UBE, liberi in linea di principio da ogni influenza esterna; lo spazio riconosciuto a decisioni "tecniche" (variante del principio di autonomia funzionale); le opportunità procedurali formalmente riconosciute ai soggetti coinvolti, in considerazione degli incisivi poteri che nei loro confronti possono essere esercitati; lo spazio dato a procedure quasi-giudiziali, che aggiungono altre possibilità di tutela alle parti interessate, oltre il procedimento decisionale.

La disciplina dei due Meccanismi conferma questa interpretazione. Così, per la funzione di vigilanza⁴⁴, il regolamento n. 1024/2013 prescrive (art. 22) che il procedimento di vigilanza si svolga nel rispetto dei diritti di difesa degli interessati e, in generale, del giusto processo. Con l'ovvio corollario che la decisione finale deve essere motivata e che l'intero fascicolo completamente accessibile. La prima esperienza attuativa della funzione di vigilanza lascia intendere che esistono problemi sia nell'esercizio della funzione di vigilanza che per un effettivo diritto di accesso.

Anche nel Meccanismo di risoluzione, le regole del *SRB* prevedono che il suo procedimento sia finalizzato a gestire le crisi bancarie "stragiudiziali" in modo da tutelare la stabilità finanziaria, preservare funzioni sistemiche vitali nonché tutelare i depositanti minimizzando gli impatti negativi sui contribuenti. Considerata l'incidenza – normalmente devastante per i soggetti coinvolti – delle procedure di risoluzione, la relativa

⁴² Risoluzione 9 giugno 2016, 2016/2610 (RSP), per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficiente e indipendente.

⁴³ D.U. Galetta, H.C.H. Hofmann, O.M. Puigilat, J. Ziller, *Context and Legal Elements of a Proposal for a Regulation on the Administrative Procedure of the EU's Institutions*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 313 ss. Sui lavori preparatori, M.P. Chiti, *Towards an EU Regulation on Administrative Procedure?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1 ss.; S. Cassese, *Una legge sul procedimento amministrativo europeo?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 1133 ss. Dopo la proposta "seminale" del Parlamento europeo si sono sviluppate importanti iniziative degli studiosi europei, come il *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Ue*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁴⁴ E. Chiti, F. Recine, *The Single Supervisory Mechanism in Action. Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position*, in *European Public Law*, 2018, p. 101 ss.

disciplina è ispirata ai principi del *due process* e di proporzionalità; con garanzie nel corso della procedura decisionale e di un pieno controllo giurisdizionale sulle decisioni assunte. A differenza che per la funzione di vigilanza, complessivamente sinora svolta in linea con i principi generali del procedimento amministrativo, la funzione di risoluzione sta manifestando serie carenze nelle garanzie partecipative per gli interessati; giustificate in caso di crisi dall'urgenza del provvedere e dalla prevalenza dell'interesse pubblico nel bilanciamento con quello degli interessati. Quasi inevitabilmente, le questioni che sorgono nelle procedure di risoluzione sono considerate nei rimedi giustiziali e giurisdizionali garantiti dall'ordinamento, più che nell'ambito delle procedure stesse.

Come in altre parti del diritto dell'UE, nell'EBU si rinvencono vari procedimenti composti, ovvero svolti in parte a livello nazionale e in parte a quello europeo.

I procedimenti amministrativi composti sono sempre stati presenti nel diritto dell'Unione, ovviamente aumentando in quantità e spessore con l'aumento delle competenze comunitarie. Ma se ne è parlato apertamente solo a fine del secolo scorso a causa della persistente *vulgata* sulla mancanza, o massima limitatezza, di un'amministrazione comunitaria (e del suo diritto); accompagnata dalla credenza (tutta ideologica) sulla persistente validità del modello ad "amministrazione indiretta", della Comunità che "fa fare alle amministrazioni nazionali" anziché operare direttamente⁴⁵. La stessa locuzione, "procedimenti amministrativi composti", ora codificato dalla giurisprudenza, è recente.

I procedimenti composti sono particolarmente diffusi. La loro configurazione non segue un modello costante, ma varia a seconda delle materie e delle specifiche circostanze. Abbiamo dunque procedimenti che iniziano negli Stati membri e poi proseguono e si concludono con decisioni dell'Unione (modello *bottom up*); altri che invece sono iniziati da organismi dell'Unione e poi coinvolgono le amministrazioni nazionali (modello *top down*), talora tornando all'Unione per i provvedimenti finali; altri casi ancora in cui sono coinvolte anche le amministrazioni di più Stati membri. Quindi combinazioni diverse, ma sempre caratterizzate dal "fare insieme" tra amministrazioni nazionali e amministrazioni comunitarie, che in questi casi divengono tutte "amministrazioni comuni" dell'Unione.

Molto resta da perfezionare, come ha dimostrato l'esperienza dei primi anni di funzionamento dei due Meccanismi; specie quello di risoluzione. Un caso assai rilevante è stato quello delle procedure che portano a decidere se una banca fallisce o è probabile che fallisca. Nel caso, l'intreccio tra discipline nazionali ed europea non è sempre chiaro e possono verificarsi lacune tanto per i diritti partecipativi che per la tutela degli interessati.

⁴⁵ Si vedano, tra le trattazioni della fine degli anni Novanta del secolo scorso: G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi della Comunità europea*, in M.P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 225, 238 ss.; M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, I ed., Milano, Giuffrè, 1999, p. 331; G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'UE*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 307. In precedenza, A. Weber, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, p. 393. Tra gli scritti successivi, S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami, S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2004, p. 31, e G. Mastrodonato, *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, Cacucci, 2007.

Merita notare infine che la maggior parte delle regole procedurali di vigilanza è applicabile anche al di fuori dell'area euro. Il *Single Rulebook* fornisce un unico complesso di regole prudenziali armonizzate che tutti gli enti creditizi devono rispettare nel mercato unico; con la differenza (non procedurale) che solo le banche più importanti dell'area euro (definite come "più significative") sono controllate a livello centrale secondo le regole previste dal Meccanismo di vigilanza.

6. Le forme di tutela

La disciplina delle garanzie nella UBE presenta alcune caratteristiche, quali lo sviluppo di rimedi amministrativi di natura giustiziale (con varianti di rimedi di pura legalità oggettiva) e un sindacato giurisdizionale svolto con particolare intensità. Accomuna entrambe le caratteristiche ora richiamate la natura altamente tecnica delle decisioni cui gli interessati si oppongono, con l'opportunità di affidare un possibile (non condizione processuale di procedibilità) rimedio amministrativo di tipo tecnico, affidato ad organismi composti da esperti del settore, di regola non giuristi. Con un intenso sindacato giurisdizionale che tende a ripercorrere il percorso seguito dalla BCE e dagli organi dell'UBE, utilizzando al massimo i test di ragionevolezza e di proporzionalità. Si tratta di caratteristiche che per la parte giurisdizionale sono simili a quelle previste in tema di concorrenza, ma che nella UBE assumono carattere più distintivo.

L'esperienza giurisprudenziale sinora acquisita – a partire dalla prima sentenza del Tribunale, 16 maggio 2017, T-122/15, *LandesBank*, offre interessanti indicazioni per la tutela giurisdizionale⁴⁶. Meno sicure le indicazioni che si ricavano dalle procedure di riesame amministrativo, per il numero ridotto dei casi e per una loro limitata conoscibilità.

6.1. I ricorsi amministrativi si sono di recente diffusi in varie parti del diritto europeo⁴⁷, a partire dal regime dei marchi e della proprietà intellettuale. Non seguono un modello unitario, né per gli organismi decisori né per le procedure utilizzate⁴⁸. Così abbiamo casi di ricorsi amministrativi decisi da organi dell'amministrazione di settore ed altri decisi invece da speciali organismi creati a tal fine. La maggioranza dei ricorsi amministrativi sono configurati in senso giustiziale, ma non mancano ricorsi interni al procedimento amministrativo. In alcune materie gli organismi giustiziali sono organizzati come agenzie; ulteriore variante del genere agenzie.

⁴⁶ La giurisprudenza dei giudici dell'Unione sino al 2018 è esaminata nel mio scritto *The European Banking Union in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in M.P. Chiti, V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook*, cit., p. 105 ss.

⁴⁷ Cfr. S. Cassese, *A European Administrative Justice*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, p. 1319; Id., *A New Framework of Administrative Arrangements for the Protection of Individual Rights*, in *ECB Legal Conference 2017*, p. 239 ss.; L. De Lucia, *A Microphysics of European Administrative law: Administrative Remedies after Lisbon*, in *European Public Law*, 2014, p. 277; P. Chirulli, L. De Lucia, *Specialised Adjudication in EU Administrative Law: the Boards of Appeal of the EU Agencies*, in *European Law Review*, 2015, p. 832 ss.

⁴⁸ Il lavoro più organico sul tema è quello di G. Greco, *Le Commissioni di ricorso nel sistema di giustizia dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2021.

Nella UBE operano tre organismi cui possono essere presentati ricorsi amministrativi: la Commissione amministrativa del riesame della BCE con competenza di revisione sulle decisioni adottate dalla BCE nel quadro del Meccanismo unico di vigilanza (art. 24 regolamento UE n. 1024/2013⁴⁹); la Commissione per i ricorsi (art. 85 regolamento UE n. 806/2014) del Comitato di risoluzione unico; la Commissione unica di ricorso sulle decisioni delle tre citate Autorità di vigilanza, *EBA*, *EIOPA* ed *ESAMA* (art. 60 regolamento del 2010).

Il ricorso alle procedure di riesame non è, di regola, una condizione di procedibilità per le azioni giudiziarie, ma un'opportunità per gli interessati di ottenere un riesame più tecnico (considerata la composizione delle Commissioni) e veloce rispetto ai tempi medi dei giudizi davanti alle due Corti europee.

Il potere esercitato dalle Commissioni di riesame nei due Meccanismi è assai diverso. Nel caso di MUV, la Commissione di riesame esprime un "parere" non vincolante per il Consiglio di vigilanza della BCE; con ultima parola lasciata al Consiglio direttivo⁵⁰. Pur avendo un ruolo oggettivamente di tutela degli interessati, aumentando le opportunità di revisione delle decisioni, i pareri della Commissione rimangono all'interno del procedimento di vigilanza. Al contrario, la Commissione del sistema di risoluzione decide i ricorsi ad essa presentati in modo vincolante per il Comitato⁵¹.

Pur nella diversità delle due procedure, le prime indicazioni sono analoghe. Il numero di casi sinora esaminati dalle Commissioni citate è alquanto modesto, se comparato con il vasto contenzioso giurisdizionale; circostanza che indica un certo scetticismo degli interessati sull'efficacia dei ricorsi amministrativi di riesame. Inoltre, laddove sono state adite le Commissioni giustiziali, gli interessati nella maggior parte dei casi hanno proseguito le loro azioni in sede giurisdizionale; dimostrazione dell'insoddisfazione per le conclusioni raggiunte in sede amministrativa.

Si discute se l'eventuale ricorso giurisdizionale successivo ai ricorsi amministrativi abbia un effetto devolutivo pieno, oppure se la revisione di merito effettuata dalle Commissioni di riesame sia seguita dall'usuale controllo giurisdizionale di stretta legalità. La giurisprudenza evidenzia un ampio controllo da parte della Corte di giustizia.

6.2. A parte la possibile fase dei ricorsi amministrativi, le decisioni in materia bancaria prese dalla BCE e dai soggetti della UBE sono soggette a controllo giurisdizionale, secondo i principi generali che sono stati ribaditi per il settore⁵². Quindi, vi possono essere ri-

⁴⁹ Sviluppato con la decisione della BCE del 14 aprile 2014 (BCE/2014/16), che ne ha definito anche le regole operative.

⁵⁰ Cfr. C. Brescia Morra, *The Administrative and Judicial Review of Decisions of the ECB in the Supervisory Field*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica*, cit., p. 109 ss.; M. Clarich, *The System of Administrative and Jurisdictional Guarantees Concerning the Decisions of the ECB*, in M.P. Chiti, V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook*, cit., p. 91; E. Koupepidou, *Administrative Pre-Litigation Review Mechanism in the SSM: the Administrative Board of Review*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (eds.), *Judicial Review in the European Banking Union*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, 3.01.

⁵¹ M. Lamandini, D. Munoz, *Administrative Pre-Litigation Review Mechanism in the SRM Appeal Panel*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (eds.), *Judicial Review*, cit., 4.01.

⁵² Dalla Corte di giustizia nel caso *Gauweiler*, C-62/14. Per un'efficace visione d'insieme cfr. C. Zilioli, K.P. Wojcik, *European Banking Union: a Giant Step Forward European Integration and a Challenge for Judicial Review*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (eds.), *Judicial Review*, cit., 1.01 ss. Con riferimento particolare

corsi diretti degli interessati al Tribunale *ex art. 263 TFUE*, nonché azioni risarcitorie *ex art. 340 TFUE* per danni ingiusti derivanti da atti illeciti della BCE nell'esercizio delle sue funzioni. Un modo di verifica indiretto, ma tradizionalmente molto efficace, è il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali *ex art. 267 TFUE*; ovviamente nei casi di contenzioso sull'attuazione in sede nazionale sulle decisioni assunte nel quadro della UBE.

I ricorsi diretti degli interessanti sono in numero nettamente superiore a quello medio del contenzioso giurisdizionale nell'Unione, per l'ovvia ragione che tanto la funzione di vigilanza quanto quella di risoluzione hanno effetti di particolare e diretta incidenza sugli interessati. Sta pure giovando per tale sviluppo un certo rilassamento dei giudici dell'Unione sulle condizioni di ammissibilità dei ricorsi diretti, a lungo intese in modo assai rigido dalla Corte di giustizia secondo il criterio *Plaumann*⁵³; non potendosi non riconoscere che gli interessati, come ad esempio gli azionisti di una banca soggetta ad una decisione di risoluzione, sono "direttamente e individualmente interessati dalla decisione impugnata" (così, tra le altre, la sentenza del Tribunale 12 settembre 2017, T-247/16, *Trasta*).

La sentenza *Berlusconi Fininvest* (19 dicembre 2018, C-219/17) è di primaria importanza per il tema dei procedimenti composti. Rilegge la questione nella prospettiva della tutela giurisdizionale effettiva, principio inizialmente posto dalla giurisprudenza e poi consolidato nel TFUE (art. 19) e nella Carta dei diritti fondamentali (art. 47). In tale prospettiva, la Corte afferma il principio della "unicità del controllo giurisdizionale". Per un verso, tale principio evita il rischio di valutazioni divergenti tra giudici nazionali e comunitari, che vi sarebbe ove si avesse una coesistenza tra mezzi di ricorso nazionali avverso atti preparatori e ricorso al giudice dell'Unione *ex art. 263 TFUE*. Per altro verso, non mette in discussione la competenza esclusiva della Corte a statuire sulla legittimità della decisione finale, «in particolare quando quest'ultima accolga l'analisi e la proposta di detta autorità»; le ANC (punto 50)⁵⁴.

I rinvii pregiudiziali mostrano le frizioni tra il nuovo diritto europeo e le discipline nazionali, sino a tempi molto recenti pressoché esclusive. Ne sono esempi casi divenuti celebri sui presupposti dell'ampliato ruolo della BCE, come i citati casi *Gauweiler e Weiss*, ambedue da rinvii della Corte costituzionale tedesca molto controversi perché hanno messo in discussione il ruolo della Corte di giustizia nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea.

Molto discussa è la portata del controllo giurisdizionale sulle decisioni prese dai soggetti dell'UBE competenti per la vigilanza e la risoluzione⁵⁵. Possono i giudici

ai diritti fondamentali cfr. anche C. Zilioli, *Justiciability of Central Banks' Decisions and the Imperative to Respect Fundamental Rights*, in *ECB Legal Conference 2017*, cit., p. 94 ss.

⁵³ Anticipazioni importanti già in altri settori, come dimostra per la Corte di giustizia la sentenza 3 ottobre 2013, C-583/11, *Inuit*; e per il Tribunale la sentenza 7 marzo 2013, T-96/10, *Ruetgers*. Il punto è considerato da A. Witte, *Standing and Judicial Review in the new Financial Market Architecture*, in *Oxford Journal of Financial Regulation*, 2015, p. 226, e M. Lehmann, *Jurisdiction, Locus Standi and the Circulation of Judgements in the Banking Union*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (eds.), *Judicial Review*, cit., 6.01.

⁵⁴ M.P. Chiti, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, p. 187.

⁵⁵ T.M.C. Arons, *Judicial Protection of Supervised Credit Institutions*, in D. Bush, G. Ferrarini (eds.), *European Banking Union*, Oxford, OUP, 2015, p. 445 ss.

esercitare un sindacato completo su tali decisioni o devono limitarsi ad un controllo esterno di legalità? La questione non è certo originale né nel sistema comunitario, né negli ordinamenti nazionali; specialmente a seguito della generale espansione delle decisioni “tecniche”. La Corte di giustizia applica in questo campo un approccio simile a quello seguito per la concorrenza o la parte del diritto bancario al di fuori del perimetro dell'UBE. Così è affermazione costante (ad esempio, sentenza 11 settembre 2014, C-382/12) che quando il Tribunale è adito con un ricorso di annullamento, il giudice esercita un controllo completo sull'adempimento delle condizioni della normativa di riferimento; senza rinunciare ad un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto⁵⁶.

6.3. Se possibile, le decisioni assunte nell'ambito della UBE sono ancora più specialistiche e complesse rispetto alla media delle decisioni tecniche; e, allo stesso tempo, incidono su diritti fondamentali degli interessati, come il diritto di proprietà e il diritto di impresa. Talora hanno anche carattere intrinsecamente politico. Tutta circostanze che fanno indubbiamente discutere sul ruolo del controllo giurisdizionale.

Sinora, la risposta istituzionale a queste domande problematiche è che il controllo giurisdizionale non può estendersi sino al merito della decisione; ovvero che le corti europee, nel controllare l'attività della BCE, devono evitare il rischio di sostituirsi alla Banca, avventurandosi in un terreno altamente tecnico in cui è necessario avere una competenza ed esperienza che, secondo i Trattati, è propria esclusivamente della BCE. Pertanto, l'intensità del controllo giurisdizionale sull'attività della BCE dovrebbe essere caratterizzato da un notevole grado di cautela. Non sempre le corti dell'Unione europea si sono conformate a questo buono proposito.

Sinora la Corte di giustizia ha considerato conformi al diritto dell'Unione tutte le decisioni della BCE, anche quelle più originali; confermandosi anche in un settore così “sensibile” quale istituzione “attiva” per rafforzare il processo di integrazione. La circostanza, scontata la posizione negativa della Corte costituzionale tedesca, è anche criticata da una parte della dottrina⁵⁷.

⁵⁶ Secondo consolidata giurisprudenza, «qualora la decisione sia il risultato di valutazioni tecniche complesse, queste ultime, in linea di principio, sono soggette ad un sindacato giurisdizionale limitato, il quale implica che il giudice comunitario non può sostituire la sua valutazione degli elementi di fatto a quella dell'autorità; tuttavia, se il giudice comunitario riconosce all'autorità un potere discrezionale in materia economica o tecnica, ciò non implica che egli debba astenersi dal controllare l'interpretazione da parte di tale autorità; di dati di tale natura. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se essi siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono» (così Tribunale, 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft*).

⁵⁷ D. Sarmiento, J.H.H. Weiler, *The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice*, in *iconnectblog.com*, maggio 2020.

7. Uno sviluppo settoriale nel processo di integrazione

Da quanto sopra esposto risulta che l'UBE è un importante nuovo settore del diritto amministrativo europeo, nella sua accezione "composta" che comprende i diritti nazionali che sono chiamati a prendervi parte. Un settore amministrativo con un'ampia serie di caratteristiche originali. In particolare, con un accentuato trasferimento di potere amministrativo alle istituzioni ed organi sovranazionali, di tipo quasi federale.

I problemi maggiori che sono emersi nel primo periodo di funzionamento della UBE sono cinque: la perdurante incompletezza a causa della mancata istituzione del "terzo pilastro" (il sistema unico di garanzia dei depositi); l'estrema complessità della disciplina amministrativa; i rapporti con le istituzioni dell'Unione europea e, in generale, con la restante organizzazione dell'Unione; la carenza di un'effettiva fiscalità europea; il rapporto tra la disciplina sovranazionale e le residue norme nazionali in materia, come per le risoluzioni bancarie.

Nessuno di questi problemi appare tale da impedire il funzionamento dell'UBE, come dimostra l'esperienza acquisita; ad eccezione della carenza di un'effettiva fiscalità europea, senza la quale nel medio periodo la stessa zona euro non sarà più sostenibile; così contravvenendo alle indicazioni di fondo date dal Parlamento europeo – istituzione dell'Unione sinora alquanto negletta in questo contesto – per il rafforzamento dell'UBE come obbiettivo fondamentale per la stabilità finanziaria della zona euro e per un'autentica unione economica e monetaria.

In conclusione, l'UBE non può essere considerata, allo stato, né un nuovo "modello" di diritto amministrativo, né il cuore di un'Unione europea rimodellata; ma un ambito amministrativo di alta specializzazione, occasione di messa in opera di nuove forme organizzative, procedimentali e di tutela. Un importante passo avanti settoriale nel processo di integrazione europea.

Il *Green Deal* e la costruzione di una nuova Europa

Edoardo Chiti

Sommario: 1. Il *Green Deal* preso sul serio. – 2. Il contesto. – 2.1. La crisi multidimensionale dell'Unione. – 2.2. La de-istituzionalizzazione dell'Unione. – 2.3. Le disfunzioni dell'unione economica e monetaria. – 2.4. Le risposte all'emergenza pandemica. – 3. Il *Green Deal* come progetto regolatorio: uno strumento per avviare una nuova fase del processo di integrazione. – 4. Gli obiettivi. – 4.1. Un ripensamento della costituzione economica europea. – 4.2. L'integrazione della sostenibilità nelle discipline pro-concorrenziali. – 4.3. Oltre la regolazione economica? – 4.4. Tra regolazione sociale e politiche sociali. – 4.5. Una rinnovata politica industriale. – 4.6. Un nuovo obiettivo: la salute degli ecosistemi. – 5. I problemi. – 6. Una nuova idea di prosperità? – 7. Gli strumenti. – 7.1. Un patrimonio consolidato di tecniche regolatorie. – 7.2. Un quadro relativamente fragile. – 8. Conclusioni.

1. Il *Green Deal* preso sul serio

Il *Green Deal* europeo mette in gioco le finalità dell'Europa. Lungi dal rappresentare un'iniziativa puramente interna alla tutela ambientale, prospetta un rinnovamento della costruzione europea e un superamento del suo *acquis*. Com'è ovvio, il suo macro-obiettivo, individuato nella riduzione irreversibile e graduale delle emissioni di gas a effetto serra e nell'aumento degli assorbimenti¹, rientra nell'ambito dell'azione europea a protezione dell'ambiente e contrasto del cambiamento climatico. Ma le sue ambizioni sono più ampie e profonde. All'obiettivo della neutralità climatica, infatti, è associata la costruzione di una nuova società europea, che la Commissione descrive allo stesso tempo come «giusta e prospera», sostenuta da un modello di crescita più avanzato di quello attuale e fondata su relazioni più positive e armoniche tra esseri umani e ambiente. All'obiettivo essenzialmente tecnico della neutralità climatica, in altri termini, si accompagna il tentativo di riorientare la missione fondamentale del progetto di integrazione europea².

Questo scritto, dedicato a un Maestro del diritto amministrativo particolarmente

¹ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 2021/1119, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 (Normativa europea sul clima), in GUUE 2021 L243, art. 1; si veda anche la proposta originaria della Commissione europea, COM(2020)80 def.

² Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, COM(2019)640 def.

sensibile ai temi e ai problemi del processo di integrazione europea, mira a ricostruire la *ratio* e i modi di funzionamento del *Green Deal*. Conviene chiarire sin d'ora che con questa espressione ci si riferisce non ad alcuni atti puntuali, ma piuttosto al complessivo progetto regolatorio avviato dalla Commissione europea, con la sua Comunicazione del dicembre 2019, come prima e fondamentale manifestazione di una Europa «that strives for more»³. Si tratta di un processo che si snoda attraverso una notevole varietà di misure, che spaziano dalle proposte di legislazione europea (come quella che ha portato all'adozione di una "Normativa europea sul clima" e quelle relative a settori strategici quali l'energia e i combustibili, i trasporti, l'edilizia, l'uso del suolo e la silvicoltura presentate nella Comunicazione del luglio 2021 "Pronti per il 55%") a strategie europee settoriali (esemplificate dalla Nuova strategia industriale per l'Europa e dalla Strategia per il suolo per il 2030, adottate, rispettivamente, nel marzo 2020 e nel novembre 2021), a vari tipi di documenti politici (come il Piano d'azione per l'economia circolare e il Piano di investimenti del Green Deal europeo), il cui elenco ordinato si trova nella *timeline* presentata nel sito web della Commissione⁴.

Per esplorare e ricostruire la *ratio* e le dinamiche di tale processo regolatorio, si presenterà, anzitutto, il contesto nel quale il *Green Deal* è stato avviato ed è in corso di sviluppo da parte della Commissione (§ 2); il riferimento al contesto è importante perché permette di porre il *Green Deal* in prospettiva e di capire la sua potenziale rilevanza nel processo di integrazione europea (§ 3). Si esamineranno, poi, gli obiettivi e gli strumenti regolatori del *Green Deal*: l'analisi dell'interazione tra queste due dimensioni, quella sostanziale e quella strumentale, quella relativa alle finalità del *Green Deal* e quella relativa alle tecniche attraverso le quali tali finalità dovrebbero essere realizzate, consentirà di mettere a fuoco i modi di funzionamento del progetto regolatorio (§§ 4-7). Un ultimo paragrafo tirerà le fila dell'analisi, richiamandone le conclusioni principali (§ 8).

Le tesi che si propongono sono quattro. In primo luogo, il *Green Deal* può essere interpretato come un processo che mira a gestire la transizione da una fase all'altra del processo di integrazione europea: si tratta, in particolare, di un tentativo di superare la presente fase del processo di integrazione europea, caratterizzata da una crisi multidimensionale dell'Unione, per aprire una fase nuova e più positiva, che dovrebbe condurre, nelle aspettative della Commissione, alla costruzione di una nuova società europea. In secondo luogo, il nuovo assetto prospettato dal *Green Deal* non si presenta come un mero aggiornamento della tradizionale costruzione europea. Pur fondandosi sui valori profondi e sulle strutture consolidate di quella costruzione, il *Green Deal* ne arricchisce l'impianto in un modo significativo, là dove riconosce che i comportamenti economici e sociali debbano essere vincolati sul piano ecologico. Da questo punto di vista, quella che il *Green Deal* vuole realizzare è una transizione essenzialmente ecologica. Restano da chiarire, però, le implicazioni del vincolo ecologico rispetto ai principi della costituzione economica: la compatibilità del *Green Deal* con l'attuale quadro dei trattati è

³ U. von der Leyen, *A Union that strives for more: My agenda for Europe. Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024*, 2019, disponibile alla pagina https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_en_0.pdf.

⁴ Si veda https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en.

tutt'altro che ovvia. In terzo luogo, la visione innovativa promossa dal *Green Deal* non è sostenuta da un insieme adeguato di strumenti regolatori: vi è una tensione, in altri termini, tra le ambizioni del *Green Deal*, che sono grandi, e le tecniche per il loro raggiungimento, decisamente più limitate.

2. Il contesto

2.1. La crisi multidimensionale dell'Unione

Sono vari i contesti che potrebbero essere utilmente presi in considerazione per ricostruire la *ratio* e i modi di funzionamento del *Green Deal*⁵: tra questi, ad esempio, il contesto culturale, dato dai diversi filoni del pensiero ecologico che fioriscono dentro e fuori dall'Europa; quello economico e sociale, relativo alle trasformazioni in corso negli ordinamenti degli Stati membri; oppure, ancora, il contesto politico globale, caratterizzato dalle negoziazioni e dai conflitti tra i governi degli Stati, oltre che dalle iniziative che coinvolgono entità sub-nazionali e soggetti privati, come le reti di città e organizzazioni non governative interessate alla sostenibilità.

Ai fini del presente scritto, però, conviene esaminare il *Green Deal* nel contesto dell'attuale fase del processo di integrazione europea, apertasi nell'autunno del 2008 e non ancora conclusa. Si tratta di una fase complessa, spesso rappresentata come un periodo relativamente lungo caratterizzato da una «crisi multidimensionale» dell'Unione, espressione con la quale si indica il fatto che alla crisi bancaria e finanziaria esplosa nel 2008 hanno fatto seguito una crisi del debito pubblico e una crisi economica, sulle quali si è innestata, poi, anche una crisi istituzionale e politica⁶. Questa crisi multidimensionale, inoltre, è stata acuita dall'emergenza pandemica, oltre che dalle questioni che rilevano diversi orientamenti su valori comuni quale la *rule of law* e mettono in discussione tra le reciproca fiducia tra gli attori europei⁷.

Questo periodo storico si caratterizza per le sue contraddizioni. Alla difficoltà degli Stati membri a raggiungere soluzioni condivise su alcune questioni di fondo del processo di integrazione europea, infatti, si è accompagnata la capacità delle istituzioni

⁵ Per una discussione dei fondamenti teorici dell'approccio di '*law in context*' nella scienza giuridica europea, si veda, in particolare, F. Snyder, *Out on the Weekend: Reflections on European Union Law*, in G.P. Wilson (ed.), *Frontiers of Legal Knowledge*, London, Chancery, 1995, p. 120 ss.; e Id. *New Directions in European Community Law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1990, ove si analizza il rapporto tra diritto e contesti (sociale, politico, economico, ecc.) e si discutono le tecniche per il suo studio.

⁶ Per una visione d'insieme, si vedano i contributi raccolti nel volume E. Chiti, A.J. Menéndez, P.G. Teixeira (eds.), *The European Rescue of the European Union? The Existential Crisis of the European Political Project*, Arena Report, 2012 e Recon Report, 2012; e nel fascicolo monografico della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, dedicato alla «Unione europea e le crisi». Si vedano, inoltre, E. Chiti, P.G. Teixeira, *The Constitutional Implications of the Financial and Public Debt Crisis*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 683 ss.; J.H.H. Weiler, *Europe in Crisis – On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and the 'Rule of Law'*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, p. 248 ss.

⁷ Si veda, ad esempio, *Editorial Comments: "Compromising (on) the general conditionality mechanism and the rule of law"*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 267 ss.

dell'Unione di mettere a punto discipline che permettono l'avanzamento dell'integrazione in alcuni specifici settori, esemplificati dall'unione bancaria⁸. La rigidità dell'architettura istituzionale europea è stata compensata dalla disponibilità degli attori politici a dare vita a soluzioni innovative, come l'uso di strumenti internazionalistici per raggiungere obiettivi europei. I progressi compiuti sul piano dell'integrazione amministrativa si sono rivelati in grado di supplire ai limiti dell'integrazione politica.

Rispetto al problema che qui interessa, in ogni caso, è importante cogliere soprattutto la dimensione dinamica e trasformatrice della crisi multidimensionale⁹. In questa prospettiva, gli aspetti più importanti sono tre.

2.2. La de-istituzionalizzazione dell'Unione

Il primo è un processo molto sottile di de-istituzionalizzazione dell'Unione: per effetto della riforma del mercato dei servizi finanziari e dell'unione economica e monetaria, all'interno dell'Unione è venuta emergendo una organizzazione a sé stante, quella dell'Eurozona, dotata di proprie istituzioni politiche, di propri apparati amministrativi e capace di produrre una propria agenda politica, non necessariamente coincidente con quella dell'Unione nel suo complesso.

Così, ad esempio, al Consiglio europeo, che opera per l'intera Unione, si è affiancato il cosiddetto Vertice Euro (*Euro-Summits*), che riunisce i capi di Stato o di governo dei paesi della zona euro, mentre al Consiglio Economia e finanza si è aggiunto l'Eurogruppo, limitato ai ministri delle Finanze dei paesi della zona euro¹⁰. Sul piano amministrativo, la struttura propria dell'Eurozona, incentrata sulla Banca centrale europea (BCE), si è arricchita di vari apparati, tra i quali spicca il Meccanismo di vigilanza unico, istituito nel 2013 per garantire una più incisiva vigilanza del settore bancario: esso è aperto, in principio, alla partecipazione di tutti i paesi membri dell'Unione, ma opera

⁸ Su questo sviluppo, di grande rilievo per gli studi di diritto amministrativo europeo, si vedano in particolare M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018; M.P. Chiti, V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Cham, Palgrave MacMillan, 2019; e P.G. Teixeira, *The Legal History of the European Banking Union*, Oxford, Hart, 2020.

⁹ Nonostante la natura multidimensionale della crisi, che ha toccato vari profili dell'ordinamento europeo, la scienza giuridica si è per lo più concentrata sul suo impatto costituzionale: si vedano, ad esempio, B. de Witte, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 434 ss.; K. Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; P. Craig, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, Hart, 2014, p. 19 ss.; M. Dawson, F. de Witte, *Constitutional Balance in the EU After the Euro-Crisis*, in *Modern Law Review*, 2013, p. 817 ss.; E. Chiti, P.G. Teixeira, *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 683 ss.; e J.H.H. Weiler, *Europe in Crisis – On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and the 'Rule of Law'*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, p. 248 ss.

¹⁰ Un'analisi istituzionale dell'Eurogruppo è svolta da P. Craig, *The Eurogroup, Power and Accountability*, in *European Law Journal*, 2017, p. 234 ss.

essenzialmente come amministrazione della zona euro, in parallelo rispetto all'Autorità bancaria europea, competente per l'intera Unione¹¹.

L'Eurozona, in altri termini, si è gradualmente trasformata da "giurisdizione", gruppo di Stati membri soggetti a specifiche normative dell'Unione, a vera e propria "organizzazione", dotata di suoi membri, sue politiche e suoi apparati politico-amministrativi: un'innovazione importante, non solo perché supera la logica storica del processo di integrazione europea, che ha gestito i molti tipi di differenziazione giuridica all'interno di un quadro complessivo inteso come sostanzialmente unitario, ma anche perché pone un problema ineludibile, quello della chiarificazione e della razionalizzazione dei rapporti tra Unione europea ed Eurozona, in funzione sia della efficacia della loro azione, sia della tenuta delle loro fondamenta costituzionali.

2.3. Le disfunzioni dell'unione economica e monetaria

Il secondo aspetto riguarda la costituzione economica dell'Unione, invece che quella strutturale. Le due principali dimensioni della crisi esplosa nel 2008, relative rispettivamente, alla finanza privata e al debito pubblico, hanno posto l'Unione di fronte a un limite strutturale del proprio progetto di integrazione. L'unione economica e monetaria, costruita per sostenere la crescita economica e l'integrazione politica, si è rivelata, nel momento della crisi, non solo sprovvista degli strumenti istituzionali necessari a gestire l'emergenza, ma anche impossibilitata a metterli a punto senza modificare i principi dei trattati, come mostra, ad esempio, l'art. 123 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che vieta l'acquisto diretto di titoli di debito pubblico nazionale da parte della BCE o delle banche centrali nazionali.

Questa lacuna di fondo riflette, su un piano generale, la tradizionale prospettiva dell'integrazione europea, costruita, sin dagli albori dell'esperienza comunitaria, come un processo di riconciliazione attraverso un progetto di crescita economica per i paesi aderenti e per le loro collettività, secondo un disegno ispirato a una «cultura dell'ottimismo totale»¹². È una comunità di soli benefici, piuttosto che una comunità di condivisione del rischio, quella che ha attraversato la seconda metà del Novecento e si è affacciata nel nuovo secolo. La mancata previsione di strumenti istituzionali utili a gestire l'emergenza, però, è anche coerente con la logica economica neo-liberale sottesa all'unione economica e monetaria, che ha giustificato, alla fine degli anni Novanta, la scelta di combinare una politica monetaria sovranazionale fortemente orientata al controllo dell'inflazione con una rigida disciplina europea delle politiche fiscali nazionali. Se l'Eurozona è stata capace di elaborare una serie di strumenti utili a uscire dalle secche della crisi finanziaria e del debito pubblico – acquistando proprio in questo modo i caratteri di una organizzazione autonoma rispetto all'Unione – la concreta utilizzazione

¹¹ Per una ricostruzione della autonomizzazione amministrativa dell'Eurozona, E. Chiti, *In the Aftermath of the Crisis. The EU Administrative System between Impediments and Momentum*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, p. 311 ss.

¹² Così G. Majone, *The Deeper Euro-Crisis or: The Collapse of the EU Political Culture of Total Optimism*, EUI Working Paper LAW, 2015.

di questi strumenti, incentrata sull'austerità e sulle riforme strutturali, non ha risolto il problema, ma lo ha anzi acuito. Non solo tali strumenti non hanno permesso all'Eurozona la crescita economica che sarebbe stata altrimenti possibile¹³, ma hanno prodotto l'effetto di distinguere nettamente tra Stati creditori e Stati debitori.

L'Eurozona che emerge dalle complesse vicende dell'ultimo decennio, dunque, è una organizzazione che risolve la questione della solidarietà tra i paesi accettando una netta distinzione tra paesi creditori e paesi debitori e la possibilità che tale distinzione si protragga nel tempo.

2.4. Le risposte all'emergenza pandemica

Il terzo e ultimo elemento che caratterizza l'attuale fase del processo di integrazione è di segno parzialmente diverso. In risposta all'emergenza pandemica e alla crisi economica determinata dal *lockdown* deciso in vari paesi europei, le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri hanno messo a punto uno strumento realmente originale di solidarietà transnazionale, al quale possono fare ricorso i paesi più colpiti dalla pandemia, appartenenti o meno all'Eurozona, e che prevede, seppure in via eccezionale, l'erogazione di prestiti e sovvenzioni in funzione di «una ripresa sostenibile e resiliente, capace di creare posti di lavoro e di riparare i danni immediati causati dalla pandemia di Covid-19, sostenendo nel contempo le priorità verdi e digitali dell'Unione»¹⁴.

L'avvio del processo in corso è stato salutato, con una qualche enfasi, come il momento hamiltoniano dell'Unione europea. Al di là delle esagerazioni retoriche¹⁵, l'aspetto che qui interessa del nuovo strumento è lo specifico tipo di solidarietà che esso incapsula e promuove. In questo meccanismo, infatti, la solidarietà coinvolge l'intera Unione europea, anziché la sola Eurozona: l'effetto solidaristico atteso, cioè, serve anche a ristabilire un rapporto armonico tra l'Eurozona e l'Unione nel suo complesso. La seconda ragione è che la solidarietà sottesa al *Next Generation EU* risponde a una logica vicina a quella propria di un ordinamento federale, perché attenua la distinzione tra Stati creditori e Stati debitori e presuppone un rafforzamento dello *spending power* dell'Unione. Nonostante i forti limiti del quadro tratteggiato dal Consiglio europeo, il disegno complessivo del *Next Generation EU* permette all'Unione di acquisire, prima attraverso l'indebitamento e in prospettiva attraverso un bilancio europeo parzialmente rinnovato, sostenuto non solo da trasferimenti statali ma anche da entrate proprie, la capacità di esercitare una funzione redistribuiva. Pone le condizioni, in altri termini, perché l'Unione, che è stata a lungo un "gigante regolatorio" e un "nano finanziario", si irrobustisca anche in materia di bilancio¹⁶.

¹³ Su questo punto, J.E. Stiglitz, *The Euro and its Threat to the Future of Europe*, London, Allen Lane, 2016, p. 63 ss.

¹⁴ Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo (17-21 luglio 2020), EUCO 10/20, punto A2.

¹⁵ M. Dani, E. Chiti, J. Mendes, A.J. Menéndez, H. Schepel, M.A. Wilkinson, 'It's the political economy!' *A moment of truth for the eurozone and the EU*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, p. 309 ss., § 6.

¹⁶ L'asimmetria tra il gigantismo regolatorio e il nanismo finanziario dell'Unione è posta in evidenza

3. Il Green Deal come progetto regolatorio: uno strumento per avviare una nuova fase del processo di integrazione

La caratterizzazione che si è proposta dell'attuale fase del processo di integrazione europea – incentrata sulla autonomizzazione dell'Eurozona, le disfunzioni dell'unione economica e monetaria e le risposte innovative all'emergenza pandemica – richiederebbe, naturalmente, di essere articolata e approfondita in varie direzioni. Ciò che è importante ai fini di questa indagine, però, è mettere a fuoco la capacità trasformatrice della crisi che ha dominato l'Europa a partire dal 2008, insieme alle tensioni sottese ai mutamenti in corso. L'attuale fase del processo di integrazione europea non può essere rappresentata come una serie progressiva e lineare di risposte ad eventi critici. Si tratta, piuttosto, di una storia di successi e fallimenti, passi in avanti e difficoltà a gestire problemi complessi ed emergenze.

È in tale contesto che occorre posizionare il *Green Deal*. Esaminato nel quadro più ampio della crisi multidimensionale dell'Unione, quest'ultimo rivela immediatamente i propri collegamenti con alcuni degli sviluppi menzionati, in particolare il *Next Generation EU*, con il quale condivide alcuni obiettivi e da cui è sostenuto sul piano finanziario. Per quanto connesso al *Next Generation EU*, tuttavia, il *Green Deal* dovrebbe essere considerato come un progetto regolatorio dotato di una propria autonoma e specifica rilevanza nel processo di integrazione. Per mettere a fuoco la sua specificità, conviene osservarne alcuni tratti distintivi.

Il primo e più ovvio è che non si tratta di un programma puramente difensivo, di una risposta emergenziale a una serie di eventi critici e inattesi nei quale l'Europa si è trovata coinvolta e le cui implicazioni restano in buona misura imprevedibili. Al contrario, esso mira esplicitamente a sviluppare un progetto politico e riflette la volontà della Commissione di orientare l'agenda presente e futura dell'Unione.

Da questo punto di vista, il *Green Deal* europeo è una iniziativa dichiaratamente innovativa. A differenza di tutti i tentativi istituzionali dell'ultimo decennio, e nonostante la asserita continuità con alcune iniziative regolatorie della Commissione Juncker, il suo scopo è quello di offrire una visione politica del futuro dell'Europa, piuttosto che una risposta a una nuova dimensione della crisi in corso. Il *Green Deal*, in altri termini, non mira tanto a “domare la tigre”, ovvero a gestire un evento inatteso per attenuarne l'impatto potenzialmente distruttivo, quanto, piuttosto, a definire i caratteri di una futura e migliore società europea. Ciò spiega la prospettiva di lungo termine del *Green Deal*, così come la circostanza che esso presupponga «cambiamenti nell'intero spettro delle politiche e uno sforzo collettivo di tutti i settori dell'economia e della società»¹⁷. Chiarisce, inoltre, il suo rapporto funzionale con il *Next Generation EU*: quest'ultimo è una risposta

con la consueta efficacia da S. Cassese, *Radiografia dell'azione economica comunitaria*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 giugno 2020. Sulla *fiscal capacity* dell'Unione si veda la sintesi di F. Fabbrini, *Fiscal capacity*, in F. Fabbrini, M. Ventoruzzo (eds.), *Research Handbook on EU Economic Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, p. 107 ss. Per un'analisi istituzionale del *Next Generation EU*, si veda B. De Witte, *The European Union's COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 635 ss.

¹⁷ Normativa europea sul clima (n. 1), Considerando n. 25.

eccezionale e straordinaria allo *shock* economico prodotto dalla crisi pandemica; potrà essere perfezionato e stabilizzato nel prossimo futuro, ma lo strumento fondamentale del cambiamento politico resta, per il momento, il *Green Deal*, che definisce la direzione complessiva dell'evoluzione dell'Europa e gli strumenti necessari per la sua realizzazione.

Il *Green Deal*, inoltre, è costruito come un progetto regolatorio che riguarda l'intera Unione europea, anziché la sola Eurozona. Anche questo aspetto vale a distinguerlo dalle iniziative precedenti: diversamente da queste ultime, il *Green Deal* avvia un processo che non conferma la tendenza alla progressiva autonomizzazione della eurozona, consolidatasi, come si è detto, nell'ultimo decennio, ma coinvolge, al contrario, tutti gli Stati membri dell'Unione. La Commissione, peraltro, non presenta il *Green Deal* europeo come un processo di unificazione giuridica e istituzionale, cioè come un insieme di strumenti volti a gestire le tensioni e i conflitti tra le varie ramificazioni del progetto di integrazione europea e a integrare i diversi sottosistemi in una costruzione giuridica e istituzionale unitaria. Piuttosto, presuppone che l'Unione europea sia già una costruzione unitaria e prefigura un processo orientato a rendere tale costruzione più solida e robusta. Una simile rappresentazione non corrisponde, com'è ovvio, all'attuale stato di maturazione dell'Unione. Sarebbe un errore, però, considerarla un errore di valutazione o di analisi da parte della Commissione. Essa riflette e promuove, infatti, uno specifico orientamento, l'intenzione di fare del *Green Deal* una forza capace di mobilitare tutti gli attori europei e di coinvolgerli in un'impresa collettiva.

Il *Green Deal*, ancora, si caratterizza per i suoi contenuti sostanziali. Nella prospettiva della Commissione, il macro-obiettivo di una Europa climaticamente neutrale dovrebbe essere realizzato attraverso varie misure interconnesse, che tagliano trasversalmente e collegano tra loro diverse politiche pubbliche, dall'energia alla tutela ambientale, dalla politica industriale ai trasporti, dall'agricoltura alla silvicoltura. Il cambiamento climatico, inoltre, è articolato in numerosi sotto obiettivi, che specificano e danno concretezza al macro-obiettivo della neutralità climatica: è il caso, ad esempio, dell'introduzione di un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, funzionale a definire il prezzo d'importazione di alcuni beni altamente inquinanti; dello sviluppo di una nuova politica industriale per l'Europa, basata sulla economia circolare e sulle cosiddette tecnologie pulite; del passaggio alla mobilità sostenibile e intelligente. L'obiettivo di una Europa climaticamente neutrale, tuttavia, non è puramente tecnico-scientifico. Pur essendo presentato in questa veste in varie misure del *Green Deal*, esso è esplicitamente collegato, nel testo della Comunicazione del dicembre 2019, alla costruzione di una nuova società europea, rappresentata dalla Commissione come "giusta e prospera", sostenuta da un nuovo modello di crescita e basata su una relazione più armonica tra esseri umani e ambiente.

Considerata in questa prospettiva, la Comunicazione sul *Green Deal* è diversa da altre iniziative storiche della Commissione, come il Libro bianco del 1985. È infatti più scopertamente politica, perché presenta in modo chiaro le opzioni di fondo della Commissione, invece che nasconderle o presentarle nella forma tecnocratica di opzioni strettamente funzionali e politicamente non controverse¹⁸. Più precisamente, il lin-

¹⁸ La «political subtlety» del Libro bianco del 1985 è sottolineata da J.H.H. Weiler, *The Transformation*

guaggio della Comunicazione sul *Green Deal* è quello di un testo che dialoga con altri testi costitutivi dell'integrazione europea, a partire dalla dichiarazione Schumann del 9 maggio 1950, e che prospetta un cambiamento nella direzione del processo di integrazione europea: il *Green Deal* è presentato come un tentativo di uscire dalla attuale fase del processo di integrazione, quella della crisi multidimensionale europea, esacerbata dalla emergenza pandemica, e di aprire una fase nuova e più positiva, che porti a un nuovo ordine sociale europeo.

Quello che la Commissione ha lanciato nel dicembre 2019, insomma, è un processo regolatorio che articola un progetto politico pensato per l'Unione nel suo complesso, dall'orizzonte temporale ampio, capace di coprire un grande numero di politiche pubbliche e volto a gestire la transizione da una fase all'altra del processo di integrazione europea. Le ambizioni del *Green Deal* sono grandi. Ma come possiamo descrivere più precisamente i caratteri sostanziali del nuovo ordine sociale che il *Green Deal* vuole stabilire? E quali sono gli strumenti regolatori attraverso i quali questo obiettivo dovrebbe essere realizzato?

4. Gli obiettivi

4.1. Un ripensamento della costituzione economica europea

Per capire la direzione nella quale il *Green Deal* vuole portare l'Europa, occorre ricordare da dove essa venga. Il nostro punto di riferimento è la costituzione economica sviluppata dall'Unione nel corso del tempo.

L'insieme delle scelte fondamentali sui contenuti del progetto di integrazione europea hanno modellato, attraverso una serie di passaggi successivi, una costituzione economica incentrata su quattro componenti principali: i) un progetto di integrazione economica, orientato alla eliminazione graduale delle frontiere economiche tra gli stati membri, che combina il mercato interno con l'unione economica e monetaria ed è affiancato dalle discipline della concorrenza e degli aiuti di Stato, oltre che da varie altre discipline pro-concorrenziali, come quella sugli appalti pubblici¹⁹; ii) una modalità di regolazione economica, alternativa alla proprietà pubblica e alla pianificazione, ampiamente utilizzata dall'Unione europea a partire dai primi anni Novanta in settori quali l'energia, le comunicazioni elettroniche e i trasporti²⁰; iii) una regolazione che si può de-

of Europe, in *The Yale Law Journal*, 1991, p. 2403, 2457, che osserva come il Libro bianco «delineated the ostensibly uncontroversial goal of realizing an internal market, and, in the form of a technical list of required legislation, the uncontroversial means necessary to achieve that goal».

¹⁹ La letteratura giuridica sull'integrazione economica europea è vastissima e non può essere qui utilmente richiamata. Si veda, però, la complessiva ricostruzione di J.H.H. Weiler, *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods*, in P. Craig, G. De Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, I ed., Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 349; si veda anche J. Baquero Cruz, *Between competition and free movement: the economic constitutional law of the European Community*, Oxford, Hart, 2002.

²⁰ G. Majone, *The rise of the regulatory state in Europe*, in *West Politics*, 17, 1994, p. 77; M. D'Alberty, *La régulation économique en mutation*, in *Revue du droit publique*, 2006, p. 231; M. D'Alberty, A. Pajno (a

finire sociale, perché volta ad approfondire e articolare il mercato in modo tale da garantire alcuni interessi sociali all'interno del mercato stesso; questo tipo di regolazione è divenuta una componente fondamentale della costituzione economica europea almeno dalla metà degli anni Ottanta, quando la sua importanza ai fini della costruzione del mercato interno è stata riconosciuta dal Libro bianco della Commissione, ed è esemplificata dalle discipline nei settori della tutela dei consumatori e della protezione ambientale²¹; iv) la politica industriale, entrata più di recente nella costituzione economica europea è rimasta, sin qui relativamente poco sviluppata²².

Il *Green Deal* incide su questa costruzione in vari modi, che conviene presentare separatamente.

4.2. L'integrazione della sostenibilità nelle discipline pro-concorrenziali

Per cominciare, il *Green Deal* lascia sostanzialmente inalterato il cuore del progetto di integrazione economica, rappresentato, come si è detto, dal mercato interno e dall'unione economica e monetaria, la cui struttura di fondo resta immutata. Modifica indirettamente, però, i contenuti delle discipline pro-concorrenziali, là dove rafforza la rilevanza di obiettivi alternativi alla concorrenza, ed in particolare delle finalità di tutela ambientale, nell'attuazione e nell'applicazione di tali discipline. Non si tratta di una vera novità. La Commissione ha promosso l'integrazione di obiettivi ambientali e sociali nelle normative concorrenziali sin dalla fine degli anni '90: ad esempio, nel valutare le cosiddette "intese sostenibili", che sono accordi tra imprese volti a migliorare la loro *performance* ambientale ma potenzialmente restrittivi della concorrenza, la Commissione ha spesso ritenuto che vi fossero margini per l'applicazione dell'esenzione di cui al paragrafo 3 dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), promuovendo in questo modo una concezione sfumata e articolata della concorrenza²³. Il *Green Deal* si innesta su questi sviluppi e offre, ora, una giustificazione generale per il consolidamento di pratiche giuridiche e istituzionali orientate ad applicare il diritto della concorrenza in modo tale da prevenire o mitigare l'effetto negativo delle attività economiche sulle collettività e sulla natura, come esemplificato dalla nuova attenzione dedicata agli appalti circolari²⁴. Può aprire la strada, inoltre, a uno svi-

cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2019.

²¹ T. Prosser, *The Regulatory Enterprise*, Oxford, Oxford University Press, 2010; G. Majone, *The transformation of the regulatory State*, 2010, disponibile alla pagina www.osservatorioair.it.

²² A. Ambroziak (ed.), *The New Industrial Policy of the European Union*, Cham, Springer, 2017.

²³ M. Dolmans, *Sustainable Competition Policy*, in *Competition Law and Policy Debate*, 5-6, 2020, p. 8; si veda anche O. Brook, *Struggling With Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts, and Five Competition Authorities*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 121.

²⁴ K. Pouikli, *Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the EU Green Deal: reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool*, in *ERA Forum*, 2021, p. 699. Su un piano più generale, si veda l'invito a presentare contributi pubblicato dalla Commissione europea per raccogliere idee e proposte sul contributo che la disciplina della concorrenza può dare allo svilup-

luppo più radicale della disciplina della concorrenza come disciplina multifunzionale, che prevede il bilanciamento di interessi pubblici diversi, quali la concorrenza, la sostenibilità e l'equità sociale. Un ruolo importante può essere svolto anche dalla scienza giuridica, che ha già presentato, ad esempio, varie proposte per adottare l'*enforcement* del diritto *antitrust* al nuovo quadro regolatorio del *Green Deal*²⁵.

4.3. Oltre la regolazione economica?

Il *Green Deal* può produrre, poi, una torsione significativa degli obiettivi della regolazione economica, sino a prefigurare lo sviluppo di una diversa modalità di regolazione. Si pensi, ad esempio, alla transizione energetica. Nel quadro del *Green Deal*, essa implica il passaggio da un modello di produzione interamente basato su fonti di energia non rinnovabili, in particolare combustibili fossili come gas naturale o carbone, a un modello incentrato sulle energie rinnovabili. L'obiettivo della neutralità climatica, infatti, può essere realizzato solo a condizione che le misure di decarbonizzazione dei processi industriali siano accompagnate da politiche a sostegno di tecnologie pulite e capaci di rendere disponibili energie alternative in modi economicamente vantaggiosi. La transizione energetica è destinata a ridefinire la rilevanza e la qualità della regolazione amministrativa. La proposta di revisione della direttiva sull'efficienza energetica²⁶, per esempio, suggerisce che i regolatori avranno un ruolo centrale nello stimolare lo sviluppo economico e nel ponderare interessi pubblici confliggenti, a partire dalla tutela ambientale e dalla concorrenza. Nell'affermare il principio della «efficienza energetica al primo posto», la direttiva impone agli Stati membri una serie di obblighi che non sono volti solo alla rimozione degli ostacoli alle libertà di circolazione, ma anche a prendere in considerazione «una sostenibilità di più ampio respiro ed aspetti economici sociali, ambientali e circolari», al di là dei tradizionali compiti di promozione della concorrenza e di correzione delle esternalità del mercato.

4.4. Tra regolazione sociale e politiche sociali

Considerazioni non dissimili possono essere svolte rispetto alla regolazione sociale, i cui scopi tradizionali sono arricchiti dal *Green Deal* in un modo che rende meno netta la distinzione tra regolazione sociale e politiche sociali. Un esempio è offerto dalla nuova Strategia «Dal produttore al consumatore», pubblicata nel maggio 2020²⁷. Nel-

po delle politiche verdi: DG Concorrenza, *La politica di concorrenza a sostegno del Green Deal. Invito a presentare contributi*, ottobre 2020, disponibile alla pagina https://ec.europa.eu/competition/information/green_deal/call_for_contributions_it.pdf.

²⁵ Si veda, tra gli altri, G. Monti, *Four options for a greener competition law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, p. 124 ss.

²⁶ COM(2021)558, *Proposta di Direttiva sull'efficienza energetica*.

²⁷ COM(2020)381, *Strategia «Dal produttore al consumatore» per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente*.

l'individuare l'obiettivo dell'Unione nel passaggio a un sistema alimentare sostenibile, strumentale al più ampio scopo della neutralità climatica, la Strategia collega tra loro diversi obiettivi di regolazione sociale, dalla qualità dei prodotti alimentari alla protezione ambientale, al benessere degli animali. Caratterizza queste finalità, inoltre, come interessi sociali che devono essere garantiti nel contesto del mercato: la loro cura, infatti, è funzionale alla transizione verso la "sostenibilità competitiva", una formula evidentemente ambigua che tiene insieme le esigenze, diverse e in alcuni casi confliggenti, di «garantire la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare, la nutrizione e la salute pubblica», da un lato, e di generare «rendimenti economici più equi nella catena di approvvigionamento»²⁸. Ancora, ed è questo l'aspetto di maggior importanza, la nuova Strategia riafferma e chiarisce il nesso tra le due dimensioni della sicurezza alimentare espresse dalla distinzione, possibile nella lingua inglese, tra *food safety* e *food security*, là dove orienta espressamente il sistema alimentare all'«accessibilità economica» dei prodotti e richiede che gli alimenti più sostenibili siano anche «i più accessibili dal punto di vista economico»²⁹. In questo modo, la Commissione non si limita ad articolare e sviluppare il modello di regolazione sociale già ampiamente consolidato nel settore alimentare, ma rafforza anche la rilevanza di una finalità, quella della sicurezza alimentare intesa nel senso specifico dell'accessibilità (*affordability*) e della *food security*, che non è orientata alla tutela di alcuni interessi sociali all'interno del mercato, ma fa propria, piuttosto, la *ratio* della indipendenza strategica dell'Unione e, soprattutto, della liberazione di tutti dal bisogno che è propria del *welfare state*. Sebbene il modello resti quello della regolazione sociale, la distinzione tra questa forma di regolazione e le politiche sociali diventa più incerta e meno netta.

4.5. Una rinnovata politica industriale

Il *Green Deal* incide anche sulla quarta componente della costituzione economica europea. Non modifica le caratteristiche essenziali della politica industriale, ma rafforza la sua rilevanza e ridefinisce i suoi obiettivi, avviando un processo di mobilitazione dell'industria europea e sostenendo un modello di crescita "circolare" e "rigenerativo"³⁰. Circolarità e rigenerazione sono due termini che suggeriscono, in questo contesto, la necessità di dissociare la crescita economica dall'uso delle risorse: nelle parole della Commissione, «dobbiamo abbandonare il vecchio modello economico che consiste nel prendere dall'ambiente le materie per produrre prodotti che, poi, finiscono tra i rifiuti una volta utilizzati», per passare a un nuovo quadro di politiche per i prodotti sostenibili che «promuoverà i principi di sostenibilità di tutti i prodotti, contribuendo a rendere l'industria europea più competitiva»³¹.

²⁸ *Ibidem*, p. 5.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Il nuovo modello è stato presentato dalla Commissione in due comunicazioni: COM(2020)102, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, p. 10 ss.; e COM(2020)98, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, p. 3 ss.

³¹ COM(2020)102, p. 10.

Il tempo dirà se questo modello di crescita implichi una ridefinizione dei rapporti tra esseri umani e ambiente o se non presupponga piuttosto, in linea con la consolidata tradizione politica ed economica del progetto di integrazione, che economia ed ecologia non entrino inevitabilmente in conflitto l'una con l'altra, ma possano essere riconciliate attraverso l'innovazione. Ciò che occorre notare, tuttavia, è che il *Green Deal* sta ponendo le condizioni per un nuovo ruolo delle politiche pubbliche nel processo di integrazione. Sin qui, la costituzione economica europea ha sviluppato un progetto che si basa su un modello regolatorio di *policy-making*. Gli obiettivi della integrazione economica, della regolazione sociale e della regolazione pro-concorrenziale sono, naturalmente, obiettivi politici. Ma il loro raggiungimento non richiede l'elaborazione e l'attuazione di vere e proprie politiche pubbliche, che implicano un bilanciamento tra interessi pubblici diversi da parte di istituzioni politiche e amministrative. Si svolge, invece, attraverso discipline giuridiche attuate da organismi amministrativi che esercitano per lo più poteri non discrezionali. Il *Green Deal* è destinato a cambiare questa architettura complessiva, là dove tratteggia un modello di crescita che non può realizzarsi per mezzo dei soli strumenti di regolazione, ma richiede una cornice strategica capace di orientare il sistema economico-produttivo in questa fase del processo di integrazione³². L'imprescindibilità di questa cornice, nella forma specifica di una rafforzata politica industriale dell'Unione, è confermata dal pacchetto di misure proposte con la Comunicazione "Pronti per il 55%"³³.

4.6. Un nuovo obiettivo: la salute degli ecosistemi

L'ultima trasformazione prodotta dal *Green Deal* è anche la più notevole è potenzialmente importante. Nella sua Strategia dell'Unione europea sulla biodiversità per il 2030, la Commissione fissa un obiettivo politico che è possibile rappresentare nei termini della sostenibilità o salute degli ecosistemi. Al centro della Strategia sta l'idea che gli esseri umani esistono e conducono le proprie vite, nelle loro diverse dimensioni, individuale, sociale ed economica, all'interno di una varietà di ecosistemi la cui salute è essenziale tanto per la salute umana quanto per le attività economiche. Ciò richiede due interventi tra loro complementari, quello della «protezione» della natura e quello del suo «ripristino»³⁴. La prima è volta a contrastare le principali cause di impoverimento della biodiversità, come i cambiamenti dell'uso del suolo e del mare e lo sfruttamento eccessivo delle risorse, mentre il secondo dovrebbe invertire il processo di perdita della biodiversità. Entrambi riflettono i presupposti fondamentali dell'ecologia degli ecosi-

³² Sul punto si vedano, in particolare, A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, p. 32, in particolare a p. 43 ss.; ed E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2021, p. 415 ss.

³³ COM(2021)550, "Pronti per il 55%": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica.

³⁴ COM(2021)380, *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030 Riportare la natura nella nostra vita*, p. 1.

stemi³⁵, a partire dall'assunto che la diversità biologica presenta molte diverse componenti, che spaziano dalla diversità genetica e delle specie alla varietà dei processi di energia interni a ciascun ecosistema.

Questo sviluppo potrebbe essere interpretato a partire dall'architettura tradizionale della costituzione economica europea. Si potrebbe ritenere, in particolare, che la finalità della salute degli ecosistemi rappresenti solo una specificazione della tradizionale comprensione della tutela ambientale come regolazione sociale: nel riferirsi alla protezione e al ripristino della biodiversità, l'Unione starebbe superando la tradizionale rappresentazione dell'ambiente come spazio fisico "non vivente", composto di suolo, acqua ed altre forme di materia ed energia, senza però modificare l'assunto di fondo che la tutela dell'ambiente – vivente e non vivente – debba essere realizzata nel quadro del mercato. Una simile interpretazione, però, non terrebbe conto del fatto che la tutela e il ripristino della biodiversità non rappresentano un obiettivo interno al mercato, ma esterno. Sebbene la salute degli ecosistemi sia strumentale alla salute e alla vita economica degli esseri umani, non sono la crescita economica e il mercato a dover essere sostenibili, ma gli stessi ecosistemi.

Si tratta di un punto importante: nell'articolare l'obiettivo politico della tutela e del ripristino degli ecosistemi, il *Green Deal* si discosta dal movimento della *ecological modernization* che ha plasmato il diritto e la politica ambientale dell'Unione europea negli anni Ottanta del secolo scorso³⁶ per fare propria il concetto irriducibilmente diverso di "primazia ecologica". In effetti, l'idea di integrità ecologica, sulla quale l'obiettivo di tutela e ripristino di ecosistemi sostenibili si fonda, presuppone che i limiti ecologici debbano prevalere sulle discipline sociali ed economiche. Da questo punto di vista, la neutralità climatica si dimostra una forza realmente trasformatrice. Richiede che la costituzione economica europea sia modificata in modo tale da portare al proprio interno la tutela dell'ambiente fisico nel quale viviamo. Ma richiede anche che l'Unione si misuri con un nuovo obiettivo, quello della tutela e del ripristino degli ecosistemi e della biodiversità, che è autonomo da quello della tutela ambientale là dove è esterno al mercato, piuttosto che interno: preso sul serio, questo nuovo obiettivo non plasma il mercato ma opera invece come un suo limite esterno, perché ridefinisce la sostenibilità come il dovere di proteggere e ripristinare l'integrità dei sistemi ecologici e presuppone che la salute degli ecosistemi prevalga sulle esigenze sociali ed economiche.

³⁵ Per una introduzione della materia ai non addetti ai lavori, si veda A. Plutynski, *Ecology and the Environment*, in M. Ruse (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Biology of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 504; e G. Tyler Miller, Jr., S.E. Spoolman, *Essentials of Ecology*, XV ed., Singapore, Brooks/Cole, Cengage Learning, 2015.

³⁶ L'influenza della *ecological modernization* sulla disciplina europea dell'ambiente è sottolineata, ad esempio, da D. Chalmers, *Inhabitants in the Field of Environmental Law*, in P. Craig, G. De Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, p. 653; si vedano anche M.S. Andersen, I. Massa, *Ecological Modernization – Origins, Dilemmas and Future Directions*, in *Journal of Environmental Policy & Planning*, 2000, p. 337.

5. I problemi

Nel considerare i diversi modi nei quali modifica la costituzione economica europea, è difficile sottrarsi all'impressione che il *Green Deal* vada al di là di un suo mero adattamento a nuovi bisogni sociali. Si tratta, in effetti, di un processo regolatorio che ne arricchisce le finalità tradizionali, pone le condizioni per lo sviluppo di vere e proprie politiche pubbliche dell'Unione, che implicano un bilanciamento tra interessi pubblici da parte di istituzioni politiche e amministrative, e introduce il nuovo obiettivo della sostenibilità degli ecosistemi, il quale si affianca a quella del mercato e della crescita.

Un simile sviluppo, tuttavia, è problematico. Alcune delle innovazioni prefigurate dal *Green Deal*, quali, ad esempio, l'integrazione della sostenibilità nelle discipline pro-concorrenziali e il rafforzamento della politica industriale, possono essere realizzate per mezzo di discipline coerenti con il quadro dei principi e delle regole fondamentali della costituzione economica europea. Altre, invece, implicano l'adozione di normative la cui riconducibilità a tali principi e regole fondamentali non può essere data per scontata. L'esempio più evidente è quello della tutela e del ripristino di ecosistemi sostenibili. Quando si riconosca che questo nuovo obiettivo dell'Unione acquista un senso compiuto nel particolare orizzonte della primazia ecologica, si deve ammettere che il *Green Deal* sta introducendo nell'ordinamento giuridico europeo una finalità che può entrare in conflitto con gli obiettivi più tradizionali della costituzione economica, la cui *ratio* di fondo è quella, sostanzialmente diversa, dello sviluppo sostenibile. Quali sono, allora, gli strumenti giuridici e istituzionali di cui l'Unione si può avvalere per risolvere tali tensioni? Esistono, ad esempio, procedure per gestire la composizione di eventuali conflitti o principi giuridici in grado di orientarne la composizione?

A questa domanda si potrebbe rispondere osservando che il quadro dei trattati garantisce la tradizionale architettura della costituzione economica europea, articolata nei pilastri sopra menzionati e cementata dal principio unificante dello sviluppo sostenibile. In quella costruzione, l'obiettivo della sostenibilità e della salute degli ecosistemi non può che essere perseguito come uno specifico sviluppo della tutela ambientale, cioè come particolare campo di applicazione della regolazione sociale. Non vi è alcuna garanzia o riconoscimento costituzionale della tutela della biodiversità come obiettivo potenzialmente confliggente con quelli della concorrenza e delle altre componenti della costituzione economica europea, alla cui logica di fondo il nuovo obiettivo non può che essere ricondotto e piegato.

Vi è, però, anche un modo meno sbrigativo e formalistico per affrontare la questione. In una prospettiva attenta alle continue trasformazioni del diritto, il *Green Deal* può essere interpretato come un processo, non necessariamente lineare, di cambiamento e di evoluzione del sistema giuridico dell'Unione. Identificando un nuovo ambito politico, quello della sostenibilità degli ecosistemi, la Commissione viene promuovendo un obiettivo dell'Unione che non è necessariamente coerente con la *ratio* complessiva della costituzione economica europea, incentrata sulla sostenibilità del mercato piuttosto che degli ecosistemi. Inoltre, tale obiettivo è prefigurato in una serie di misure legislative che dovrebbero essere adottate a trattati invariati, ovvero senza modificare l'attuale quadro costituzionale europeo. Non si tratta di un aspetto marginale. Il processo giuridico in corso, come già osservato, si discosta dalla impostazione della *ecological mo-*

dernization per promuovere il diverso orientamento della primazia ecologica. Ma il *Green Deal* non è stato capace, almeno per il momento, di anticipare e di risolvere le tensioni sottese a questo processo. Al contrario, opera come una forza realmente destabilizzante, capace di generare conflitti giuridici tra gli obiettivi consolidati della costituzione economica europea e la nuova ed emergente finalità della biodiversità, senza prevedere alcuno strumento istituzionale e giuridico per la loro composizione.

La gestione dei conflitti giuridici generati dal *Green Deal* sarà inevitabilmente una delle principali sfide regolatorie del prossimo futuro. Per affrontarla, occorrerà individuare i principali problemi di diritto positivo posti dalla graduale costruzione del nuovo quadro di regole, riflettere sulla possibile riconciliazione tra il principio dello sviluppo sostenibile e il nuovo concetto della primazia ecologica, mettere a punto soluzioni giuridiche ragionevoli, senza escludere la possibilità di una revisione del quadro costituzionale.

6. Una nuova idea di prosperità?

Il processo di cambiamento giuridico avviato dal *Green Deal*, in ogni caso, rileva anche su un diverso piano. L'identificazione del nuovo obiettivo della tutela e del ripristino di ecosistemi sostenibili, infatti, offre alcune indicazioni sul tipo di ordine sociale che il *Green Deal* vuole stabilire. In particolare, permette di riconoscere la revisione dell'ideale di prosperità ad esso sottesa.

Il riferimento alla prosperità è un tassello essenziale della rappresentazione del "nuovo mondo" fatta propria dalla Commissione. Nella Comunicazione sul *Green Deal*, la nuova società europea è descritta come giusta e prospera, basata su un nuovo modello di crescita, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitivo, e su relazioni più positive e armoniche tra esseri umani e ambiente³⁷. Un simile riferimento alla prosperità è tutt'altro che irrilevante. Insieme alla pace e al sovranazionalismo, la prosperità è stata uno dei grandi ideali fondativi della Comunità economica europea, come spiegato da Joseph Weiler nella sua riflessione sui valori fondamentali del processo di integrazione europea e sulla loro capacità di animare e orientare questo processo³⁸.

Nel riferirsi a una società «prospera», fondata su un'economia «moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva», il *Green Deal* richiama e riafferma, dunque, una specifica radice del progetto di integrazione europea, una componente fondamentale della trilogia (pace, prosperità e sovranazionalismo) che sta alla base del discorso originario sui valori dell'ordinamento europeo. Questa trilogia è stata integrata nel corso del tempo con altri valori ed è divenuta parte dell'*acquis* comunitario. Rimane, però, una parte essenziale della autocomprendimento dell'Europa quale comunità di valori³⁹. È

³⁷ COM(2019)640 (n. 2), p. 2.

³⁸ Si veda in particolare J.H.H. Weiler, *Europe in Crisis – On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and the 'Rule of Law'*; and J.H.H. Weiler, *Taking (Europe's) Values Seriously*, in R. Hofmann, S. Kadelbach (eds.), *Law Beyond the State. Pasts and Futures*, Frankfurt e New York, Campus Verlag, 2016, p. 93, a p. 112 ss.

³⁹ J.H.H. Weiler, *Taking (Europe's) Values Seriously*, p. 100 ss.

a questa auto comprensione che la Commissione si sta ora richiamando, con l'obiettivo di sostenere e legittimare il processo del *Green Deal*.

Il riferimento alla prosperità, tuttavia, non è una semplice riaffermazione o aggiornamento di una componente essenziale dei valori europei. Porta con sé anche una vera e propria novità. Nel secondo dopoguerra, la tradizionale comprensione della prosperità come ideale era strettamente connessa alle relazioni umane, che implicavano un processo di riconciliazione e dovevano essere ridefinite nel contesto di un progetto di integrazione economica, il mercato comune con le sue libertà di circolazione, espressione dell'assunzione di una responsabilità collettiva da parte dei sei Stati partecipanti. Al centro del discorso sulla prosperità stavano, in altri termini, gli esseri umani e le loro relazioni, come illustrato indirettamente dall'art. 2 del Trattato di Roma del 1957. A distanza di sei decenni, il *Green Deal* ridefinisce la prosperità come valore che coinvolge il rapporto tra gli esseri umani e la natura. Le relazioni umane restano, naturalmente fondamentali. Ma sono ora intrecciate con quelle tra le persone e i molteplici ecosistemi nei quali esse vivono. Attraverso il *Green Deal*, in altri termini, l'Unione europea riconosce che gli esseri umani fanno parte dei sistemi di vita della terra e che i loro comportamenti sociali ed economici sono vincolati sul piano ecologico. Ciò implica un ripensamento della prosperità, la quale viene a farsi carico di un processo di riconciliazione tra esseri umani e natura e, punto ancor più importante, riconosce che i limiti ecologici debbano prevalere sui regimi sociali ed economici.

Non è possibile, per il momento, dire se questa reinterpretazione della prosperità sarà articolata e sviluppata dalla Commissione in un disegno coerente, capace di guidare il progetto europeo. Ciò che è immediatamente chiaro, però, è che la nuova fase del processo di integrazione prospettata dal *Green Deal* non rappresenta un semplice aggiornamento o modernizzazione della tradizionale costruzione europea. Il *Green Deal* si fonda su alcuni valori profondi di quella costruzione. Ma la arricchisce in un modo importante, ovvero accettando che le attività sociali ed economiche siano vincolate sul piano ecologico.

7. Gli strumenti

7.1. Un patrimonio consolidato di tecniche regolatorie

Esaminati gli obiettivi, si può passare, ora, a considerare gli strumenti: attraverso quali tecniche regolatorie il *Green Deal* intende realizzare le proprie finalità? E quale valutazione possiamo darne?

Occorre ricordare, per cominciare, che il *Green Deal* può sfruttare una gamma ricca e articolata di strumenti di regolazione, sviluppata dall'Unione europea nel corso dei decenni. L'elaborazione di una pluralità di tecniche regolatorie è avvenuta nel corso di un lungo e complesso processo storico che ha combinato continuità e innovazione, consolidamento degli sviluppi precedenti e ricerca di nuovi e più adeguati approcci. Ad esempio, la proliferazione disordinata di comitati di esperti a partire dagli anni Sessanta ha rappresentato una strategia relativamente avanzata di inclusione della conoscenza

scientifica nel processo regolatorio, in modo di fornire alle istituzioni coinvolte nel processo di *policy-making* e di valutazione del rischio in numerosi ambiti di azione della Comunità economica europea metodi scientifici e dati affidabili e utilizzabili nelle procedure decisionali: ciò ha condotto allo sviluppo di una «scienza regolatoria» in settori quali quelli della sicurezza alimentare, della qualità dei prodotti chimici e dell'efficacia dei prodotti farmaceutici. Negli anni '90, l'Unione ha sviluppato varie strategie di “governo a distanza”, discostandosi dalle tecniche tradizionali di *command and control*. Un esempio ovvio è quello delle reti transnazionali coordinate da agenzie europee “composite”, chiamate a operare come coordinatori di sistemi comuni europei composti da una pluralità di uffici nazionali ed europei, oltre che, in alcuni casi, da organismi privati, congiuntamente responsabili della formulazione e dell'attuazione di politiche regolatorie settoriali. Tale tecnica è stata usata in numerosi ambiti del mercato interno, dalla proprietà intellettuale alla sicurezza alimentare, dalla tutela ambientale al contrasto alle tossicodipendenze, e ha assunto forme diverse, inclusa quella della *regulation by information*, molto utilizzata dal legislatore europeo. Un ulteriore esempio è quello del “metodo aperto di coordinamento”, funzionale all'attuazione negli Stati membri di programmi regolatori in settori quali l'occupazione, la protezione sociale e l'istruzione.

Tali strumenti regolatori, così come gli altri elaborati dall'Unione europea nel corso del tempo, sono stati messi a punto per rispondere a diverse esigenze. La prima e più importante è stata il rafforzamento dell'effettività del diritto europeo vigente nei singoli settori, che si è cercato di raggiungere per mezzo di strategie volte a integrare meccanismi di *command and control* con strumenti di segno diverso, tra cui quelli incentrati sul coinvolgimento di soggetti privati nell'esercizio dell'azione amministrativa. Ma i meccanismi regolatori sono stati costruiti anche per permettere l'elaborazione e l'attuazione di politiche settoriali efficaci: in particolare, sono stati utilizzati in modo tale da potenziare l'effettività delle misure regolatorie delle amministrazioni competenti, configurando i processi decisionali come uno strumento per orientare le condotte dei poteri pubblici nazionali e dei soggetti privati al raggiungimento degli obiettivi politici e regolatori dell'Unione⁴⁰.

7.2. Un quadro relativamente fragile

Se il *Green Deal* può fare utile riferimento, per il raggiungimento dei propri obiettivi, a questo insieme piuttosto sofisticato di tecniche consolidate, niente vieta, naturalmente, che siano messi a punto strumenti ulteriori.

Ciò non è dovuto solo al carattere inevitabilmente dinamico ed evolutivo delle strategie regolatorie, ma anche al bisogno di individuare metodi di regolazione calibrati rispetto agli specifici obiettivi del *Green Deal*. Non è sorprendente, allora, che la

⁴⁰ Sulla ridefinizione della *compliance*, che diviene una dimensione funzionale dei procedimenti attraverso i quali si snoda la regolazione, piuttosto che un comportamento successivo all'adozione delle misure regolatorie, si veda E. Chiti, *The Governance of Compliance, in Compliance and EU law*, in M. Cremona (ed.), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 31.

Commissione, alla quale si devono le principali iniziative di innovazione regolatoria, oltre che la complessiva promozione del processo del *Green Deal*, abbia già proposto vari strumenti che si discostano almeno in parte dai sentieri più battuti.

Ad esempio, in alcuni settori specifici, tra cui l'energia, la Commissione ha proposto di fare uso di una pluralità di tecniche che spaziano dalla introduzione di sistemi di certificazione alla integrazione nelle strategie delle imprese di una *governance* societaria sostenibile, con l'obiettivo di combinare la dimensione autoritaria sottesa al *command and control* con meccanismi di mercato. Ha presentato proposte, inoltre, volte a rafforzare l'applicazione della legislazione europea nei settori direttamente rilevanti per il *Green Deal*, esemplificate dalla creazione di una *Single Market Enforcement Task Force*, composta da rappresentanti degli Stati membri e della Commissione. Ancora, ha posto l'accento sulla rilevanza degli strumenti di *enabling*, propri del modello di intervento pubblico che possiamo chiamare dello "Stato facilitatore", in settori come quello della politica industriale, nei quali è essenziale la mobilitazione di forze sociali ed economiche. E ha puntato sull'"*empowerment*" di cittadini e consumatori, non solo attraverso il rafforzamento dei loro diritti, ma anche mediante la formazione, la disseminazione della conoscenza e la promozione dell'impegno civico.

Spetterà alla ricerca futura ricostruire la trama complessa di continuità e cambiamento sottesa alla struttura e al processo regolatorio del *Green Deal*. Il compito che attende la scienza giuridica europea, in ogni caso, non è puramente empirico o classificatorio. Richiede una discussione critica della complessiva strategia regolatoria del *Green Deal*. Da questo punto di vista, sono due le dimensioni che dovrebbero essere prese in considerazione: quella della effettività degli strumenti regolatori, da un lato, e quella della loro legalità e *accountability*, dall'altro. Si tratta di due dimensioni essenziali per valutare le politiche regolatorie attraverso le quali si sviluppa il *Green Deal*, in particolare modo in un contesto nel quale il processo è promosso dalla Commissione, vale a dire da una istituzione sovranazionale indipendente dai governi degli Stati membri, e può generare conflitti con il quadro dei trattati, come osservato in precedenza.

Quanto all'effettività degli strumenti regolatori, sarà importante verificare se le tecniche individuate dalla Commissione siano realmente capaci di realizzare i risultati attesi, discutere le possibili alternative e identificare strumenti più efficaci. Ciò che si può osservare sin d'ora è che non affatto evidente che la Commissione stia elaborando strategie regolatorie funzionali agli obiettivi del *Green Deal*. L'attuazione della "Normativa europea sul clima", ad esempio, è affidata a strumenti relativamente tradizionali di *command and control*, basati sui compiti di valutazione delle misure nazionali attribuiti alla Commissione e sul potere di formulare raccomandazioni agli Stati membri che abbiano adottato misure incoerenti con l'obiettivo della neutralità climatica. Si tratta di un disegno che è certamente comprensibile sul piano politico e giustificabile su quello giuridico, ma che solleva ovvi interrogativi quanto alla funzionalità: è realistico attendersi che un modello incentrato su strumenti non vincolanti, che fanno appello, in modo necessariamente elusivo, allo «spirito di solidarietà tra Stati membri e Unione e tra gli Stati membri», sia effettivamente capace di realizzare l'ambiziosa finalità di una graduale ma irreversibile transizione verso la neutralità climatica? Un ulteriore esempio è offerto dalla politica industriale. Nella sua formulazione attuale, il *Green Deal* prevede numerosi strumenti per sostenere la decarbonizzazione e il passaggio a processi di

produzione più puliti. Ma è più che lecito dubitare che questi strumenti siano sufficienti a realizzare gli obiettivi prefissati, là dove la politica europea dovrebbe essere accompagnata da una effettiva e sempre più diffusa disponibilità di soluzioni alternative, da un lato, e da limiti sempre più stringenti al finanziamento di progetti che implicano emissioni di carbonio, dall'altro. Per procedere nella direzione della neutralità climatica, in altri termini, sono necessari almeno tre sviluppi tra loro complementari: una politica industriale europea, alternative economicamente vantaggiose e limitazioni al finanziamento di iniziative non coerenti con la decarbonizzazione. Gli strumenti regolatori sin qui elaborati dalla Commissione puntano effettivamente in questa direzione?

Un discorso solo in parte diverso si può fare rispetto alla legalità e all'*accountability* delle tecniche regolatorie del *Green Deal*. Per essere ritenute legittime, queste ultime devono soddisfare due requisiti: essere coerenti con il quadro costituzionale europeo, per un verso, ed assicurare che i regolatori rendano conto delle proprie attività, per altro verso. Al suo attuale stato di sviluppo, però, il *Green Deal* sembra problematico sotto entrambi i profili. Un esempio del possibile conflitto tra strumenti regolatori e quadro costituzionale è fornito dalla politica industriale. Nell'ordinamento europeo, esiste, secondo la Commissione, un vero e proprio principio giuridico, per quanto implicito, di innovazione: tale principio «*can be deduced from the Treaties by systemic and teleological interpretation*» (ad esempio, l'art. 3/3 del Trattato sull'Unione europea dispone che l'Unione «promuove il progresso scientifico e tecnologico»); e impone di «*optimising the legal framework for innovation*», ovvero di costruire una regolazione funzionale all'innovazione⁴¹. Ma questa affermazione non è né auto-esPLICATIVA né condivisa dalle altre istituzioni politiche e giudiziarie dell'Unione, con la conseguenza che la compatibilità con i trattati di una eventuale regolazione orientata all'innovazione non potrebbe essere data per scontata ma andrebbe vagliata con attenzione.

Quanto alla *accountability* dei regolatori, è agevole rilevare i tentativi della Commissione di mettere a punto strumenti volti a garantire che gli organismi europei e nazionali coinvolti nel processo regolatorio rendano conto delle proprie condotte e subiscano le conseguenze negative di una valutazione negativa da parte di soggetti terzi, come presupposto dal disegno generale dell'*accountability*⁴². Tali strumenti, però, non sono costruiti come componenti tra loro complementari di *accountability regimes*, ossia di discipline che individuano i principi, le regole e le pratiche attraverso le quali le amministrazioni dell'Unione europea spiegano e giustificano ad altri soggetti la propria

⁴¹ Si veda, in particolare, il documento dello *European Political Strategy Centre* (EPSC), *think tank* della Commissione europea impegnato su alcune questioni controverse dell'azione di quest'ultima, *Towards an Innovation Principle Endorsed by Better Regulation*, EPSC Strategic Notes, 14, giugno 2016, a p. 2 e p. 3.

⁴² Si veda, ad esempio, M. Bovens, D. Curtin, P't. Hart (eds.), *The Real World of EU Accountability. What Deficit?*, Oxford, Oxford University Press, 2010; P. Craig, *Amministrazione comunitaria. Storia, tipologia e "accountability"*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, in particolare § 3; R.W. Grant, R.O. Kehane, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, in *American Political Science Review*, 2005, p. 29, che distinguono tra *hierarchical, supervisory, fiscal, legal, market, peer and public reputational accountability*; C. Harlow, *Accountability in the European Union*, Oxford, University Press, Oxford, 2002, a p. 53 e 182; D. Curtin, *Executive Power of the European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 246.

attività, tanto nel suo farsi, quanto a seguito del suo compimento⁴³. Sarebbe un errore, naturalmente, valutare l'apparato regolatorio del *Green Deal* alla luce di un parametro di *accountability* idealizzato ed eccessivamente esigente, che neppure le esperienze degli Stati membri riescono a soddisfare. Ma anche in una prospettiva pragmatica, non si può non riconoscere che i meccanismi di *accountability* sin qui prospettati dalla Commissione sono, come quelli già sviluppati in altri ambiti di azione dell'Unione⁴⁴, relativamente embrionali e meriterebbero di essere affinati ed articolati, con l'obiettivo di rafforzare la qualità e la legittimazione del complessivo processo regolatorio.

Il carattere aperto e dinamico del *Green Deal* suggerisce di non avventurarsi in conclusioni frettolose sulla sua capacità regolatoria, che è compito della ricerca futura analizzare e valutare. Ciò che è importante notare, peraltro, è il rischio sotteso alla strategia regolatoria sviluppata sin qui dalla Commissione: il *Green Deal* si presenta, al momento, come un progetto che intende realizzare obiettivi ambiziosi, ma può contare, per raggiungere i suoi scopi, su strumenti regolatori poco elaborati. Vi è una tensione, cioè, tra le finalità del progetto, che ruotano intorno alla neutralità climatica e alla costruzione di una società europea più giusta e prospera, e i mezzi prospettati per la loro realizzazione, relativamente deboli tanto sotto il profilo funzionale quanto sotto quello normativo. La messa a punto di strategie regolatorie più solide sotto entrambi i profili sarà di vitale importanza per sciogliere tale tensione e sostenere la transizione ecologica dell'Unione attraverso il *Green Deal*.

8. Conclusioni

Questo scritto ha proposto una interpretazione della *ratio* e dei modi di funzionamento del *Green Deal* europeo come progetto regolatorio.

Le conclusioni che si traggono dall'analisi svolta sono tre. Anzitutto, il *Green Deal* è un tentativo ambizioso di uscire dalla attuale fase del processo di integrazione, quella della crisi multidimensionale europea, acuita dalla emergenza pandemica, e di gestire la transizione verso una fase più positiva, che dovrebbe condurre, nelle intenzioni della Commissione, alla costruzione di una nuova società europea.

In secondo luogo, la nuova fase del processo di integrazione non rappresenta un semplice aggiornamento o modernizzazione della tradizionale costruzione europea. Gli obiettivi del *Green Deal*, infatti, modificano alcune componenti essenziali della costi-

⁴³ La nozione di *accountability regime* è utilizzata da J.L. Mashaw, *Structuring a "Dense Complexity": Accountability and the Project of Administrative Law*, in *Issues in Legal Scholarship*, 5, 2005, pp. 1-38.

⁴⁴ Per un'analisi, E. Chiti, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 29; e E. Chiti, J. Mendes, *The Evolution of EU Administrative Law*, in P. Craig, G. De Búrca (eds.), *Evolution of EU Law*, III ed., Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 339; E.M. Busuioc, *European Agencies. Law and Practices of Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 2013; E.M. Busuioc, M. Groenleer, *The Theory and Practice of EU Agency Autonomy and Accountability: Early Day Expectations, Today's Realities and Future Perspectives*, in *European Agencies in between Institutions and Member States*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2014, p. 175.

tuzione economica europea, introducono il nuovo obiettivo della sostenibilità degli ecosistemi, accanto a quello consolidato della sostenibilità del mercato e del modello di crescita, e ridefiniscono uno dei valori fondativi del processo di integrazione, quello della prosperità. Nel complesso, l'innovazione più importante consiste nel riconoscimento che le attività sociali ed economiche sono vincolate sul piano ecologico, anche se restano da chiarire le implicazioni di questa affermazione, potenzialmente assai significative, rispetto ai principi della costituzione economica.

In terzo luogo, c'è una tensione evidente tra le ambizioni del *Green Deal*, che sono grandi, e gli strumenti regolatori sin qui prospettati dalla Commissione, che sono rudimentali, sia in termini funzionali, sia in termini normativi, e richiedono di essere articolati e perfezionati.

Il quadro complessivo che emerge da tali conclusioni è inevitabilmente mosso. Se la *ratio* del *Green Deal* è sufficientemente chiara, i suoi modi di funzionamento sollevano molte questioni giuridiche e istituzionali. La ridefinizione di alcuni obiettivi della costituzione economica europea è destinata a generare, nel prossimo futuro, conflitti giuridici e problemi di diritto positivo relativi, direttamente o indirettamente, al rapporto tra il principio dello sviluppo sostenibile e il nuovo concetto di primazia ecologica. E gli strumenti regolatori disponibili pongono problemi di effettività, coerenza con il quadro costituzionale europeo e *accountability*. Questi problemi rappresentano una sfida che la scienza giuridica è chiamata a raccogliere, con l'obiettivo di contribuire alla semplificazione, razionalizzazione e miglioramento del quadro regolatorio del *Green Deal*. Non si tratta di un compito puramente tecnico, limitato alla individuazione dei problemi di diritto positivo e alla messa a punto di soluzioni giuridiche ragionevoli. Si tratta, inevitabilmente, di un contributo alla costruzione dell'Europa del futuro.

L'intervento pubblico nell'economia al tempo della crisi pandemica

Francesco Manganaro

Sommario: 1. Il finanziamento pubblico nel PNRR. – 2. Il contenimento della spesa pubblica nelle politiche euro-unitarie. – 3. L'inversione di tendenza delle politiche euro-unitarie: dal *fiscal compact* al *Next Generation EU*. – 4. Le disposizioni del PNRR in materia di contratti pubblici. – 5. Le disposizioni di attuazione della disciplina del PNRR in materia di appalti pubblici. – 6. Alcune modifiche normative specifiche per accelerare i tempi di esecuzione degli appalti pubblici.

1. Il finanziamento pubblico nel PNRR

L'attenzione dell'opinione pubblica e l'impegno dei governi europei sono in questo tempo concentrati sulla ripresa sociale ed economica successiva alla pandemia. In questo contesto denso di aspettative e non senza incertezze, si inserisce l'iniziativa dell'Unione europea di un grande piano di investimenti per lo sviluppo e la coesione sociale che si concretizza nei Piani nazionali di ripresa e resilienza.

Si tratta non solo di un imponente finanziamento, in parte a fondo perduto, previsto dall'Unione con risorse reperite sul mercato, ma di un vero e proprio cambio di paradigma che, a motivo della pandemia ha (forse temporaneamente) messo tra parentesi i rigidi principi di controllo sulla spesa pubblica, peraltro costituzionalizzati nel nostro ordinamento con l'introduzione del nuovo comma 1 dell'art. 97. Certo non è il caso di dimenticare che le ingenti risorse economiche, aumentando il debito pubblico, dovranno essere utilizzate per investimenti produttivi, così da consentire un nuovo sviluppo, soprattutto a vantaggio delle future generazioni.

Rimane il fatto che il Recovery fund inverte il principio di limitazione dell'indebitamento pubblico e il dogma della concorrenza per il mercato con il relativo corollario del divieto di aiuti di Stato alle imprese: si ripresenta così, sulla scena istituzionale, uno Stato finanziatore o promotore¹, protagonista assoluto in un mercato depresso.

È necessario, in questo contesto, riprendere le osservazioni di quella autorevole dottrina che in maniera piana ed approfondita al tempo stesso spiega che «i pubblici poteri

¹ F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, il Mulino, 2021.

si sono sempre occupati di fatti economici e della loro disciplina», ma secondo un andamento assai differenziato nel tempo e nello spazio².

Limitando l'attenzione al contesto europeo, è innegabile che gli anni Ottanta del Novecento siano stati caratterizzati dal declino dell'intervento dello Stato nell'economia³: la privatizzazione delle imprese pubbliche, le politiche di liberalizzazione⁴, le semplificazioni procedurali in materia di concessioni ed autorizzazioni illustrano un quadro in cui prevale l'idea di un'autoregolazione del mercato, conseguenza della configurazione nella scienza politica di uno Stato minimo⁵, che limita la sua attività alla predisposizione dei pur necessari requisiti essenziali di contesto per un mercato concorrenziale⁶.

Una lettura diversa viene, invece, prospettata da coloro che, pur in presenza di privatizzazioni e liberalizzazioni, sostengono che non sia venuto meno il ruolo delle pubbliche amministrazioni, ma che siano cambiate le modalità di intervento: si passerebbe così da uno Stato produttore, come ai tempi dell'IRI, a soggetti regolatori di un mercato liberalizzato, ove emerge prepotentemente il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti, poste a garanzia delle regole di mercati liberalizzati⁷.

Nelle diversificate definizioni dello Stato (interventore, banditore, promotore, regolatore) si concretizza la complessità dei rapporti tra amministrazioni pubbliche e sistema economico⁸. Una complessità neppure facilmente descrivibile per la mobilità dell'età contemporanea, in cui si complicano le intersezioni possibili tra ipotetici modelli formali.

² M. D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 7 ss. Più di recente, sul punto: M. D'Alberty, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 25 ss.

³ G. Tesaurò, M. D'Alberty (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2000; G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009; E. Picozza, V. Ricciuto, *Diritto dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2017; E. Cardì, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018; F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2019; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

⁴ G. Cocco, *Liberalizzazioni*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, V, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 263 ss.; S. Torricelli, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dalla unitarietà alla disgregazione dei modelli*, *ibidem*, p. 299 ss.

⁵ R.E. Nozick, *Anarchy, state, and utopy*, Oxford, Springer, 1975, trad. it. 1981.

⁶ Secondo M. D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., p. 85, le liberalizzazioni hanno sempre bisogno di misure pubbliche asimmetriche, per esempio al fine di limitare l'influenza sul mercato delle imprese ex monopolistiche.

⁷ M. De Benedetto, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 135, secondo cui «la nozione di regolazione è stata, peraltro, oggetto di una faticosa perimetrazione da parte della dottrina italiana ... che ha visto affermarsi ora una nozione più ampia ... (talvolta riguardante la stessa materia *antitrust*), ora una nozione più puntuale, volta a ricomprendere i soli e specifici interventi di quelle autorità indipendenti intitolate di funzioni regolatorie, ... di fatto la c.d. regolazione tramite autorità di regolazione»; P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 119, che nota come ancora la dottrina discute «se ricomprendere nella regolazione l'attività *antitrust*, ... oppure, riservare tale qualificazione agli interventi di carattere *suppletivo* in ambiti economici dove il funzionamento del mercato debba essere *corretto*».

⁸ A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000; M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001; M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

Prevale l'idea che «l'età contemporanea non è affatto caratterizzata – come alcuni sostengono – dalla fine o dal declino dell'azione dei pubblici poteri nella disciplina dell'economia»⁹. Da una parte si ampliano i confini di regimi privati dei mercati sotto una nuova declinazione della *lex mercatoria* come diritto creato dalle stesse imprese, ma dall'altra continuano a persistere tradizionali strumenti di programmazione di singoli settori economici e misure autoritative che affiancano interventi di *soft law* delle autorità regolatorie. Un mix di misure che comunque conferma il ruolo fondamentale delle amministrazioni pubbliche nei processi economici in forme e strumenti a volte eguali a volte diversi da quelli utilizzati in passato¹⁰.

È chiaro, perciò, che convivono insieme economia di mercato e sostegno pubblico secondo quanto configurato già dalla Costituzione e, a livello euro-unitario, dal Trattato di Lisbona¹¹. Il punto problematico attiene al modo in cui tale rapporto si configura sia per i differenti tipi di interventi pubblici sia per la diversa possibile configurazione dei mercati. Quanto al primo profilo, le misure pubbliche potrebbero avere oggetto diverso ed effetti differenti: sostegno alle imprese e/o alle famiglie; reddito di cittadinanza o altre misure di contrasto alla povertà¹², investimenti pubblici per la realizzazione di infrastrutture; finanziamento al sistema bancario, politiche protezionistiche. Quanto al secondo aspetto, quando si parla di mercato, bisogna considerare cosa esattamente si intenda, perché, ad esempio, ben diverso è il sistema imprenditoriale italiano fondato sulle piccole e medie imprese rispetto a quello di altri Paesi. Ed anche perché si affacciano sul mercato nuove forme imprenditoriali come quelle che realizzano intersezioni tra grande distribuzione e piccoli produttori¹³.

2. Il contenimento della spesa pubblica nelle politiche euro-unitarie

Il sistema statale di regolazione economica è iscritto in un contesto più ampio quale è quello dell'Unione europea e, a diverso titolo, di organismi internazionali regolatori di specifici settori¹⁴.

La rilevanza della disciplina euro-unitaria è ben nota, ma è opportuno esaminare

⁹ M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., p. 141.

¹⁰ M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., p. 142.

¹¹ Secondo F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia, *Introduzione*, in F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 14, «non vi è, beninteso, un'antitesi di principio fra economia di mercato e politiche pubbliche di sostegno all'economia. Il modello dell'economia sociale di mercato, adottato dall'Unione europea con il Trattato di Lisbona, è basato, al contrario, sul concorso e sulla collaborazione tra mercati aperti e illuminate ed efficaci politiche pubbliche».

¹² Di recente: C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

¹³ È il caso di Amazon che, a fronte di assai discutibili condizioni lavorative dei propri dipendenti, sostiene piccoli produttori locali, vendendo i loro prodotti.

¹⁴ Secondo M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., p. 134, il diritto globale dell'economia non è un insieme omogeneo, costituito com'è da «produttori di regole e di decisioni e da intersezioni fra diversi ordinamenti giuridici, nazionali e ultranazionali». Sul punto: L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2007.

come le istituzioni europee abbiano differentemente risposto nel caso delle due più gravi crisi economiche e sociali del 2008 e del 2019.

Il trend della disciplina euro-unitaria di inizio del nuovo millennio è stata tutta volta, in materia di gestione del debito pubblico e delle politiche monetarie, ad un sostanziale assorbimento delle funzioni degli Stati nazionali in capo alle strutture europee. Ne sono prova, ad esempio, i poteri di gestione e controllo attribuiti alla Banca centrale europea, con conseguenti limitazioni delle competenze delle banche centrali nazionali¹⁵ o il progressivo accrescimento del controllo sui mercati finanziari dopo l'accordo di Basilea III¹⁶.

Tale percorso si consolida definitivamente con il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (meglio noto come *fiscal compact*), stipulato a marzo 2012, che introduce, alla fine di un itinerario di armonizzazione delle politiche monetarie, una disciplina per rafforzare il coordinamento delle rispettive politiche di bilancio e di governo della moneta. Si consolida il patto di stabilità che obbliga gli Stati a non superare un disavanzo annuale del 3% del PIL e stabilisce che il debito pubblico debba rimanere al di sotto del 60% del PIL. Tale disciplina è stata – come è noto – costituzionalizzata nel nostro ordinamento con la l. cost. n. 1/2012, che modifica gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost.: al nuovo principio dell'equilibrio del bilancio si aggiunge la previsione secondo cui tutte le valutazioni vanno fatte sul bilancio aggregato di tutte le pubbliche amministrazioni e non solo di quella statale.

A queste misure fa seguito un periodo di austerità economica da molti imputato alle politiche restrittive dell'Unione o comunque ad una ancora più drastica applicazione di esse compiuta nel nostro Paese dal governo "tecnico" Monti. Le misure adottate, con un taglio lineare della spesa e misure di riorganizzazione dell'amministrazione, trova il suo principale fondamento normativo nel d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 135, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario*, meglio conosciuto come decreto *spending review*¹⁷.

Basterebbe il titolo della legge per capire le finalità perseguite e la complessità della loro attuazione. Innanzitutto, la revisione dei servizi con invarianza della spesa avrebbe dovuto puntare alla razionalizzazione ed all'efficienza, ma spesso si è limitata ad una riduzione delle risorse con conseguente diminuzione dei servizi. Significativo il secondo obiettivo della legge, cioè il rafforzamento del settore bancario, poiché questo profilo incide pesantemente nel rapporto tra Stato ed economia. Di fronte alla grande crisi economica del 1929, lo Stato aveva risposto diventando esso stesso produttore di beni e

¹⁵ F. Zatti, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 501, ritiene che «la funzione di controllo svolta dalla BCE risulta ambigua da declinare, sotto il profilo giuridico, per l'interessare soggetti giuridici che si dovrebbero trovare in una posizione di reciproca indipendenza nell'esercizio delle rispettive funzioni».

¹⁶ D.R. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 171 ss.

¹⁷ Per un commento complessivo al decreto, si vedano i vari articoli pubblicati sul *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 12, p. 1161 ss.

servizi, ma quando nel 2008 si presenta un'analogia crisi sistemica lo Stato non ha più quelle strutture produttive, smantellate con le liberalizzazioni degli anni Ottanta. La scelta obbligata è, perciò, quella di finanziare il claudicante sistema bancario perché esso, a sua volta, finanzi le imprese: un finanziamento indiretto al mercato, con effetti non sempre positivi per l'inefficienza della intermediazione bancaria.

Molto controverso è il giudizio sulle politiche economiche del governo Monti sia perché offuscato da alcuni pregiudizi ideologici sia perché la crisi economica di quegli anni presentava caratteri eccezionali¹⁸.

Secondo un certo orientamento di una parte degli economisti, la stretta fiscale del governo Monti era necessitata non tanto per adeguarsi ai parametri euro-unitari, quanto perché ancor prima dell'entrata in carica del nuovo governo lo *spread* era arrivato a livelli insostenibili e la produzione industriale era già fortemente diminuita, cosicché la politica fiscale del governo avrebbe impedito il disastro finanziario dovuto ad un eccessivo aumento dello *spread*, che, a sua volta, avrebbe impedito allo Stato di finanziarsi sul mercato, con inarrestabile caduta del PIL e conseguenti danni per famiglie ed imprese.

Altra parte di economisti ed analisti finanziari ritengono, invece, che tale politica sia stata dannosa all'economia del Paese. Se ne ha autorevole conferma in un documento ufficiale del ministero dell'Economia, ove esplicitamente si afferma che le misure adottate dal governo Monti portarono ad una grave recessione, in quanto il risanamento dei conti comportò che il sistema bancario, entrato in sofferenza, non fu in grado di finanziare imprese e famiglie con esponenziale aumento dell'effetto recessivo¹⁹.

Qualunque sia il giudizio sulle misure adottate da quel governo, è evidente che la risposta alla crisi economica, in un mix tra disposizioni imposte dall'Unione e quelle adottate autonomamente dal nostro Parlamento, comportò una forte stretta economica e, per quanto concerne la questione qui trattata, un nuovo modo di intervento dello Stato nell'economia attraverso un modello "indiretto", con un finanziamento al sistema bancario al fine di sostenere famiglie ed imprese.

È stato autorevolmente notato che non è facile valutare a posteriori se tali misure siano state efficaci, in quanto la crisi si presentava come sistemica e non solo economica²⁰. Più in generale si osserva che le misure collegate al *fiscal compact* non erano sufficienti a garantire una politica finanziaria e monetaria comune, poiché questo fine si

¹⁸ In questo senso, tra gli altri, C. Valdes, *Un po' di chiarezza sulla stretta fiscale del 2012*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*, 20 novembre 2018.

¹⁹ *Documento di economia e finanza, Sezione III, Programma nazionale di riforma*, in *www.dt.mef.gov.it*, p. 17 ss.: «Nel 2011 il Governo italiano intraprese una forte azione di risanamento dei conti pubblici. Tale azione si esplicitò nella adozione massiccia di una serie di misure correttive (c.d. Salva Italia). Fu un intervento di stabilizzazione finanziaria basato sia sul contenimento della spesa pubblica sia sull'incremento delle entrate (complessivamente circa il 4,7 per cento del PIL *ex-ante*). Contestualmente si verificò un deterioramento repentino della condizione di offerta di credito da parte del settore bancario. La presenza di frizioni finanziarie, introducendo forti ostacoli all'accesso a finanziamenti esterni, accentuarono ulteriormente le difficoltà del credito per le imprese e le famiglie italiane con ulteriori ricadute negative sull'economia e sui conti pubblici. Tale deterioramento si tradusse in un aumento medio del rapporto tra le sofferenze e il capitale bancario pari a 6,2 punti percentuali tra il 2011 ed il 2015».

²⁰ E. Picozza, *Diritto dell'economia strumento di unificazione*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 67 ss.

può perseguire solo attraverso il controllo integrato della base monetaria, della spesa pubblica e del tasso di cambio²¹, nonché con forme di mutualizzazione del debito²².

3. L'inversione di tendenza delle politiche euro-unitarie: dal *fiscal compact* al *Next Generation EU*

La crisi pandemica dovuta al Covid-19 segna uno spartiacque decisivo a livello globale tra un prima e un dopo. Le ripercussioni sulla vita sociale ed economica sono assai profonde tanto da configurare una svolta epocale, che incide profondamente sulla psicologia sociale e, di conseguenza, sulle abitudini delle persone e sulle politiche degli Stati. L'emergenza richiede un intervento massiccio degli Stati e delle organizzazioni sovranazionali per fronteggiare una crisi imprevedibile.

La risposta dell'Unione europea alla crisi pandemica è completamente diversa rispetto alle misure adottate nel caso della crisi economica del 2008. Esemplare, a questo proposito, il discorso sullo stato dell'Unione del 16 settembre 2020 pronunciato da Ursula von der Leyen, presidente della Commissione europea, in cui si riassumono i provvedimenti adottati e lo spirito di solidarietà necessario per affrontare la crisi, ma soprattutto per costruire una Unione Europea in grado di realizzare un contesto sociale adeguato ad affrontare le fragilità, siano esse la tutela della salute, del lavoro, dell'ambiente.

Nel discorso sullo stato dell'Unione si richiamano i principali provvedimenti adottati a seguito della crisi pandemica, che qui sinteticamente è opportuno ricordare.

Il Consiglio europeo, dopo una difficile mediazione, nella sessione del 17-21 luglio 2020 ha approvato la proposta della Commissione per una massiccia integrazione del bilancio europeo con il programma *Next generation EU*, uno strumento che raccoglie fondi e li orienta agli Stati nazionali al fine di garantire la ripresa economica secondo standard di sostenibilità ambientale con un impegno economico di circa 800 miliardi di euro. Il Piano generale di intervento Recovery Fund ha trovato attuazione con il regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021 che istituisce il c.d. *Dispositivo per la ripresa e la resilienza*, assegnando agli Stati membri la data del 30 aprile 2021 per la presentazione dei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza, che dovevano essere valutati dalla Commissione entro due mesi sulla base di undici criteri indicati dall'art. 19 del regolamento²³. Il Consiglio approvava poi il Piano entro quattro settimane a mag-

²¹ F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 2 ss.

²² È quanto rileva, anticipando quanto poi avverrà con il *Recovery Fund*, G. Napolitano, *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 85 ss.

²³ La Commissione valuta la pertinenza, l'efficacia, l'efficienza e la coerenza. Quanto alla pertinenza: a) se il piano rappresenta una risposta globale e adeguatamente equilibrata alla situazione economica e sociale, contribuendo in modo adeguato a tutti e sei i pilastri; b) se il piano è in grado di contribuire ad affrontare in modo efficace le sfide specifiche per paese, compresi gli aspetti di bilancio; c) se il piano è in grado di contribuire a rafforzare il potenziale di crescita, la creazione di posti di lavoro e la resilienza economica, sociale e istituzionale dello Stato; d) se il piano è in grado di assicurare le misure previste non arrechino un danno significativo agli obiettivi ambientali; e) se il piano prevede misure che contribuiscono efficacemente alla

gioranza qualificata. Come è noto, l'Italia è la prima beneficiaria, in valore assoluto, dei due principali strumenti del NGEU, il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) e il Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU). Il solo RRF garantisce risorse per 191,48 miliardi di euro, da impiegare nel periodo 2021-2026, delle quali 68,88 miliardi sono sovvenzioni a fondo perduto e 122,6 prestiti, mentre il REACT viene finanziato con 13,5 miliardi²⁴. Il 22 giugno 2021 la Commissione europea ha valutato positivamente il piano italiano con la proposta di decisione al Consiglio COM (2021)344, assegnando il massimo punteggio possibile a tutte le voci del piano, ad eccezione di quella relativa ai costi stimati totali. Il 13 luglio il PNRR è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta della Commissione europea. L'ampiezza del contributo ricevuto dal nostro Paese se, da una parte, è un segnale di solidarietà dell'Unione nei confronti di una nazione particolarmente segnata dalla pandemia, dall'altra impone che le ingenti risorse vengano spese presto e bene con investimenti strutturali di lungo periodo.

4. Le disposizioni del PNRR in materia di contratti pubblici

Vista l'esigenza di realizzare le opere del Piano nel breve termine di cinque anni, si rinnova ancora una volta un ampio dibattito sulle modalità con cui garantire legalità e rapidità nella gestione dei contratti pubblici²⁵.

Tra le riforme abilitanti in materia di semplificazione e concorrenza, il Piano dedica uno specifico punto alla semplificazione in materia di contratti pubblici, sebbene poi le misure adottate vadano oltre la mera semplificazione di tempi e procedure amministrative.

Ciò che si rileva immediatamente è che all'interno di queste disposizioni si distingue tra misure urgenti e misure a regime: si tratta di una dicotomia particolarmente significativa poiché nel Piano, e non solo in questo punto, si prevedono modifiche immediate di tipo derogatorio e future modifiche complessive.

Le misure urgenti, con una disciplina che poi si concretizzerà – come vedremo – nel d.l. n. 77/2021, attiene a precisi ed individuabili “colli di bottiglia” che debbono essere superati²⁶: verifiche antimafia e protocolli di legalità; conferenza di servizi veloce; li-

transizione verde; f) se il piano prevede misure che contribuiscono efficacemente alla transizione digitale. Quanto all'efficacia: g) se il piano è in grado di avere un impatto duraturo sullo Stato membro interessato; h) se le modalità proposte dagli Stati consentono un monitoraggio e un'attuazione efficaci. Quanto all'efficienza: i) se è ragionevole e giustificato l'importo dei costi totali stimati; j) se le proposte del piano siano in grado di prevenire, individuare e correggere la corruzione; Quanto alla coerenza: k) se il piano prevede misure per l'attuazione di riforme e di progetti di investimento pubblico che rappresentano azioni coerenti.

²⁴ Per meglio comprendere la rilevanza del finanziamento, si pensi che il Piano attribuisce 39,37 miliardi di sovvenzioni alla Francia, 25,6 miliardi di sovvenzioni alla Germania, 30,5 miliardi alla Grecia, 93 milioni al Lussemburgo, 29,3 miliardi alla Romania, 69,51 miliardi alla Spagna.

²⁵ F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2019.

²⁶ Rileva la presenza in più punti della citazione di “colli di bottiglia” nel Piano, F. Fracchia, *Colli di*

mitazione della responsabilità per danno erariale ai casi in cui la produzione del danno è dolosamente voluta dal soggetto che ha agito, ad esclusione dei danni cagionati da omissione o inerzia; istituzione del collegio consultivo tecnico, che ha funzioni di assistenza e di risoluzione delle controversie con finalità di definire celermente le controversie in via stragiudiziale e ridurre il contenzioso davanti al giudice; individuazione di un termine massimo per l'aggiudicazione dei contratti, con riduzione dei tempi tra pubblicazione del bando e aggiudicazione; disposizioni per il contenimento dei tempi di esecuzione dei contratti, in relazione alle loro diverse tipologie.

A queste misure urgenti se ne aggiungono altre che non hanno bisogno di un provvedimento legislativo²⁷ e quelle a regime, che prevedono una sostanziale riforma del Codice dei contratti pubblici, affidandola ad un futuro decreto legislativo, i cui principi sono già fissati nel Piano²⁸.

La distinzione tra misure urgenti e misure a regime è la realistica presa d'atto che per le opere del Piano è necessario introdurre delle deroghe puntuali alla legislazione vigente, lasciando ad un ipotetico futuro le riforme più ampie di sistema, quale la modificazione del Codice dei contratti pubblici. Ma anche quanto alle misure urgenti, si deve rilevare quanto sia difficile incidere rapidamente su profili relativi alla normativa antimafia od alla conferenza di servizi – oggetto di plurime modifiche negli anni trascorsi senza particolari successi – mentre più interessanti, ma di incerta attuazione, appaiono misure quali la costituzione del collegio tecnico consultivo e le misure per la riduzione dei tempi dell'esecuzione dei contratti. Perciò, le modifiche normative previste sia quelle urgenti che, a maggior ragione, quelle a regime, potrebbero non essere efficaci, anzi la continua modifica del regime normativo può avere effetti opposti rispetto a quelli auspicati, essendo necessario un tempo di adattamento di amministrazioni pubbliche ed imprese alle nuove procedure.

Se le modifiche normative potrebbero non essere utili alla rapida realizzazione delle opere, l'aspetto positivo consiste nel fatto che il Piano opportunamente affida, a livello statale, grandi investimenti a poche grandi stazioni appaltanti (ad esempio Ferrovie per l'alta velocità), che hanno solidi apparati tecnici in grado di utilizzare progetti spesso già pronti, con personale in grado di mettere rapidamente in cantiere le opere e di realizzarle²⁹. Perciò, in definitiva, con una scelta di natura pratica, il Piano più che una riforma di sistema in materia di contratti pubblici costituisce un piano di investimenti per opere specifiche, affidate a grandi stazioni appaltanti in grado di realizzarle nel

bottiglia nell'attuazione del PNRR e modello di pubblica amministrazione, in *Atti del Convegno AIPDA Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 28 aprile 2021, in www.aipda.it.

²⁷ Avvio dei lavori della Cabina di regia per il coordinamento della contrattualistica pubblica già istituita presso la Presidenza del Consiglio in attuazione dell'art. 212 del Codice dei contratti pubblici; riduzione del numero e qualificazione delle stazioni appaltanti; potenziamento del database di tutti i contratti tenuto dall'Autorità nazionale anticorruzione (atti organizzativi dell'Autorità); semplificazione e digitalizzazione delle procedure dei centri di committenza ed interoperabilità dei relativi dati.

²⁸ Il disegno di legge *Delega al governo in materia di contratti pubblici* è stato approvato dal Consiglio dei ministri il 30 giugno 2021.

²⁹ A. Police, *Riforme abilitanti in materia di contratti pubblici, riforma della concorrenza e impatto atteso dalle rispettive misure*, in *Atti del Convegno AIPDA Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit.

breve lasso di tempo previsto dal Piano. Che poi l'effettiva realizzazione di tali opere costituisca un'occasione per un ripensamento generale sul sistema dei contratti pubblici è una speranza lasciata al futuro.

5. Le disposizioni di attuazione della disciplina del PNRR in materia di appalti pubblici

Con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 “Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”, convertito in l. 29 luglio 2021, n. 108, sono state introdotte misure per la sollecita realizzazione del PNRR: istituzione di organi centrali di gestione e controllo del Piano; poteri sostitutivi in caso di tardiva attuazione delle opere; modifica di VIA, VAS e misure di tutela paesaggistica; una disciplina accelerata per le fonti rinnovabili; semplificazioni per l'economia circolare e per combattere il dissesto idrogeologico; disposizioni per la transizione digitale; semplificazioni per gli interventi nel Mezzogiorno. Alcune di queste misure di semplificazione si ritrovano già nel precedente d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazione), ma ora vengono estese alle opere del Piano.

Indugiando solo sul titolo IV, relativo ai contratti pubblici, trova conferma quanto sopra osservato, cioè che si tratta di misure tutte di immediata applicazione, ma solo relativamente agli appalti finanziati con le risorse del PNRR.

Invero, a seguito di un'approfondita discussione sviluppata di recente in dottrina, è stato osservato che le maggiori criticità nella materia degli appalti pubblici si rinven-
gono non tanto – come si potrebbe ritenere – nella disciplina dell'aggiudicazione e tanto meno nel processo amministrativo, la cui rapidità in questa materia è acclarata, quanto piuttosto, a monte, nella scarsa qualità della progettazione delle stazioni appal-
tanti che comporta, a valle, varianti in corso d'opera, con ampliamento dei tempi e della spesa, allungando i tempi di realizzazione delle opere per i conflitti tra amministra-
zione ed aggiudicatario nella fase di esecuzione³⁰. Perciò, le modifiche volte a sempli-
ficare la fase dell'aggiudicazione, pur se utili, non incidono in maniera significativa sui
più rilevanti motivi di ritardo, che si annidano nella fase di esecuzione delle opere, a
volte per una imprecisa progettazione³¹.

Il d.l. n. 77/2021, come modificato dalla legge di conversione, tiene conto solo in parte di questi rilievi, cercando di semplificare la fase dell'aggiudicazione, ad esempio, con la modifica della disciplina della VIA e della VAS (artt. 17-28) o con l'accen-
tramento delle decisioni in materia paesaggistica, come nel caso della costituzione
presso il Ministero dei beni culturali della Soprintendenza speciale (art. 29).

³⁰ M. Corradino, *Il bug degli appalti non sta nella gara ma nella programmazione e nell'esecuzione dei lavori*, in *Repubblica.it*, 8 luglio 2020.

³¹ Secondo l'Osservatorio sui conti pubblici italiani, *osservatoriocpi.unicatt.it*, le statistiche dimostrano che si impiegano non meno di 4 anni per realizzare un'opera e circa 16 anni se si tratta di opera di importo superiore ai 100 milioni di euro. Si osserva, a questo proposito, che «le fasi di gara sono però anche quelle che contano meno sul totale dei tempi di attuazione: in media sei mesi e poco più di un anno per le gare oltre i 100 milioni, contro i 6 e 7 anni rispettivamente per la fase di progettazione e quella per l'avvio effettivo dei lavori».

Per ovviare ai difetti di progettazione, fonte di conflitti e ritardi, l'art. 48, co. 2 prevede che il responsabile unico del procedimento sia tenuto a validare ed approvare, con propria determinazione adeguatamente motivata, ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto al di là di quanto già previsto dall'art. 26 del codice dei contratti³². È questa una misura utile proprio per migliorare la qualità della progettazione, cercando di evitare future contestazioni delle imprese, per le quali il l'art. 6 del d.l. n. 76/2020 convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120³³, introduce il collegio tecnico consultivo, come organo di sollecita decisione delle controversie insorte durante l'esecuzione dell'appalto.

L'aggiudicazione può avvenire, in via eccezionale, con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando se vi siano ragioni di estrema urgenza ed imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante (art. 48, co. 3). Sempre in via derogatoria, si ammette l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, in deroga a quanto stabilito dall'art. 59 codice dei contratti (art. 48, co. 5).

Nella controversa materia dei subappalti, tra obblighi euro-unitari da rispettare ed esigenze peculiari di tutela del nostro ordinamento, il legislatore compie una rivoluzione graduale, ammettendo il subappalto fino al 50% del valore dell'opera fino al 31 ottobre 2021 e liberalizzandolo dal 1° novembre 2021 (art. 49).

Vengono ulteriormente riproposte numerose disposizioni per semplificare il procedimento relativo ai lavori del PNRR, con la previsione di interventi sostitutivi in caso di inerzia del responsabile del procedimento di cui all'art. 2, co. 9 *bis* della legge sul procedimento amministrativo (art. 50); l'aumento del valore per i contratti sottosoglia (art. 51); la riduzione delle stazioni appaltanti (art. 52), nonché semplificazioni ulteriori per alcuni settori quali istruzione e salute.

Infine, per un'ulteriore accelerazione della fase processuale, in analogia a quanto già stabilito dal precedente decreto semplificazioni n. 76/2021, si stabilisce che all'eventuale ricorso avverso l'aggiudicazione si applichi l'art. 125 del codice dei contratti, come auspicato da una parte della dottrina³⁴, con una prevalenza dell'interesse alla realizzazione dell'opera in sede cautelare e la possibilità di una tutela risarcitoria invece che caducatoria (art. 48, co. 4).

³² P.L. Gianforte, A. Zito, *Emergenza Coronavirus e cantieri pubblici: soluzioni mirate per la ripartenza*, in www.giustamm.it, 5, 2020.

³³ Tra i tanti commenti al d.l. 16 luglio 2020, n. 76 si veda: F. Cintioli, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in federalismi.it, 7, 2021; L. Donato, *Prime osservazione sul settore degli appalti dopo il d.l. "Semplificazione"*, in *Astrid*, 2020, 12; F. Manganaro, *Finalità ed attuazione dei contratti pubblici*, in *Astrid*, 2020, 10; F. Bassanini (coordinato da), *Rapporto Assonime. Interventi di semplificazione e modernizzazione del sistema amministrativo per il rilancio dell'economia*, 2020, 6.

³⁴ Il recente dibattito ha preso spunto da un articolo pubblicato il 5 aprile 2020 sul giornale *Il Foglio* da Giacinto della Cananea, Marco Dugato, Aristide Police, Mauro Renna in cui si sosteneva, tra l'altro, l'estensione dell'applicabilità dell'art. 125 del Codice del processo amministrativo; la tesi contraria viene esposta da Guido Corso, Fabio Francario, Guido Greco, Maria Alessandra Sandulli, Aldo Travi. Il dibattito è stato oggetto del Convegno *Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della P.A. in materia di appalti*, organizzato dall'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo il 29 aprile 2020, visibile sul sito Youtube dell'AIPDA. Si veda anche: G. Greco, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, 4, p. 517 ss.

6. Alcune modifiche normative specifiche per accelerare i tempi di esecuzione degli appalti pubblici

Tutte le misure recentemente introdotte possono essere utili per velocizzare la realizzazione delle opere, garantendo nello stesso tempo un'adequata valutazione delle stesse in termini di qualità del manufatto e di garanzia della legalità.

Se un'ulteriore osservazione può essere fatta, essa attiene alla minore consapevolezza – come sopra rilevato – che la fase più critica delle opere pubbliche, statisticamente accertata, è quella dell'esecuzione.

Si potrebbe pensare, a questo proposito, più che alla totale riscrittura del Codice appalti, ad introdurre alcune puntuali modifiche. L'esigenza principale è quella di una buona progettazione, che limiti le incertezze della fase esecutiva e perciò, oltre alla prevista costituzione del collegio consultivo tecnico, si potrebbero introdurre rimedi che rendano meno conveniente all'impresa instaurare un contenzioso.

Una prima misura potrebbe riguardare la garanzia per l'esecuzione dei lavori, con l'estensione ad una più ampia platea di contratti delle garanzie di buon adempimento e di risoluzione, ora previste dall'art. 104 del codice solo per gli appalti a base d'asta superiore a 100 milioni di euro.

Una seconda misura potrebbe riguardare il subentro di altra impresa nel caso di scorrimento della graduatoria. Ai sensi dell'art. 110 del codice, le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo, risoluzione o recesso dal contratto ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, procedono allo scorrimento della graduatoria, interpellando progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, al fine di stipulare un nuovo contratto.

Tuttavia tale ipotesi trova significativo ostacolo nel fatto che, ai sensi del comma 2 dell'art. 110, l'affidamento deve avvenire «alle medesime condizioni del precedente aggiudicatario». Se, da una parte, la norma intende opportunamente garantire la stabilità dell'offerta economica proposta dal primo aggiudicatario, è anche palese che difficilmente l'impresa originariamente non vincitrice possa adeguare la sua precedente offerta a quella del primo aggiudicatario. La rigidità della norma potrebbe essere invece attenuata, lasciando alla stazione appaltante, in un bilanciamento costi-benefici, la valutazione se sia più conveniente ribandire la gara o affidare la continuazione dell'opera alla seconda impresa in graduatoria alle condizioni economiche da essa proposte in sede di gara oppure contrattando un nuovo prezzo, senza che l'impresa sia costretta ad attenersi integralmente all'offerta del primo aggiudicatario.

La materia dell'esecuzione del contratto non può prescindere dal profilo relativo al riparto di giurisdizione, sul quale ci si sofferma solo incidentalmente. Come è noto, l'autorevole teoria classica della distinzione bifasica pubblico/privato in materia di contratti ad evidenza pubblica, pur consolidata in giurisprudenza³⁵, non ha mai del tutto

³⁵ Per tutte, di recente, Cass., Sez. Un., ord. 13 marzo 2020, n. 7219, secondo cui «la giurisprudenza di questa Corte ha infatti da tempo chiarito che nel settore dell'attività negoziale della P.A. tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerenti alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole c.d. dell'evidenza pubblica, appartengono al giudice amministrativo, mentre quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguardano la disciplina dei rap-

convinto ed è stata sempre oggetto di eccezioni normative, come nel caso degli strumenti pubblicistici di autotutela (recesso, revoca, ecc.) previsti dal codice, che le amministrazioni possono utilizzare proprio nella fase di esecuzione.

Peraltro, sebbene la giurisdizione relativa alla fase dell'affidamento sia attribuita dall'art. 133 c.p.a. al giudice amministrativo³⁶, l'instabilità del criterio del riparto di giurisdizione trova conferma nell'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 18 settembre 2020 della Cassazione che, sollevando presso la Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE, ha rilanciato la controversa questione dei limiti al controllo delle Sezioni unite sulle pronunce del Consiglio di Stato nei casi di violazione del diritto dell'UE³⁷.

Non è possibile esaminare compiutamente la questione in questa sede, ma un profilo significativo va almeno sottolineato. La distinzione bifasica della natura dei contratti pubblici lascia alcune gravi incertezze interpretative sia nell'una che nell'altra fase, cosicché si dovrebbe valutare con maggiore attenzione se l'uso di rimedi pubblicistici nella fase di esecuzione non sia meglio gestibile dalla giurisdizione amministrativa.

Le disposizioni sul recesso e la risoluzione del contratto di cui agli articoli 108 e 109 del codice appalti introducono "cause che abilitano la stazione appaltante a dichiarare unilateralmente la risoluzione ed alcune di esse corrispondono, in verità, ad altrettante cause di illegittimità amministrativa riferibili alla fase procedimentale" e perciò lasciano aperto il dubbio sulla giurisdizione, potendosi profilare l'ipotesi che, in questi casi, siano più adatti gli strumenti del giudice amministrativo, in quanto giudice delle manifestazioni dell'amministrazione che eccedono le norme civilistiche³⁸.

È un problema che bisognerebbe affrontare non tanto nell'ottica di un conflitto tra le Corti, ma nella concreta valutazione di quale sia la soluzione che consenta una più efficace tutela e congiuntamente una più rapida realizzazione delle opere, in quella amministrazione di risultato che contempera legalità ed efficienza³⁹.

porti che dal contratto scaturiscono, sono devolute al giudice ordinario: conseguentemente, appartengono al giudice ordinario le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2018, n. 2144; Cass., Sez. Un., 10 aprile 2017, n. 9149; Cass., Sez. Un., 31 maggio 2016, n. 11366; Cass., Sez. Un., 8 luglio 2015, n. 14188; Cass., Sez. Un., 24 maggio 2013, n. 12902; Cass., Sez. Un., 5 aprile 2012, n. 5446; Cass., Sez. Un., 13 marzo 2009, n. 6068)».

³⁶ Art. 133, c. 1: «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: ... e) le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».

³⁷ M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziainsieme.it*.

³⁸ F. Cintioli, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, cit. Sulla revoca dell'aggiudicazione, tra le tante: Cons. St., V, 19 maggio 2016, n. 2095; C.G.A., 21 ottobre 2019, n. 917.

³⁹ M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; M. Imbordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2003; L. Iannotta (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Giappichelli, Torino, 2004; A. Romano Tassone, *Amministrazione di "risultato" e provvedimento amministrativo*, in *Studi economico-giuridici. In memoria di Franco Ledda*, II, Torino, Giappichelli, 2004, p. 1035 ss.

L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

Marco Dugato

Sommario: 1. Il PNRR tra natura, obiettivi e strumenti. – 2. “Luogo” e funzioni locali in un mutato concetto di servizio pubblico locale. – 3. PNRR e nuovo assetto istituzionale delle fonti. Caratteri e prospettive.

1. Il PNRR tra natura, obiettivi e strumenti

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza non è uno strumento di gestione di finanziamenti europei o un progetto di spesa, come troppo spesso viene rappresentato. È invece un complesso atto di programmazione economica (meglio: un atto di pianificazione strategica ed economica¹) che non solo individua obiettivi da conseguire, lacune da colmare, carenze da correggere, ma, come ha lucidamente osservato Marco D'Alberti, disegna con razionale lucidità un percorso di azione pubblica degno di costituire un modello di governo dello sviluppo economico e sociale.

Lo Stato torna ad essere Stato e riconquista il campo ad esso proprio in un ordinamento fondato sulle autonomie territoriali, disegnando le mete e le invarianti del percorso e deviando da un recente passato caratterizzato dalla progressiva rinuncia all'attività di programmazione e dalla passiva subalternità della scelta politica alla regolazione tecnica. In tal modo, è ricomposto un quadro istituzionale logico, in cui tutti gli attori (Stato, Amministrazioni indipendenti, enti territoriali e locali) concorrono al go-

* Lo scritto restituisce le riflessioni svolte nella relazione *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità* al Convegno Nazionale dell'AIPDA *Il diritto amministrativo per la ripresa: nuove fragilità, nuovi bisogni, nuove sfide*, LUISS, Roma, 8 ottobre 2021.

¹ Per un'analisi corretta e profonda del significato delle espressioni e delle conseguenze della natura degli atti, testi di riferimento sono M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 2008, p. 121 ss., e N. Rangone, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, il Mulino, 2007.

verno della complessità in un modo razionale e soprattutto costituzionalmente ortodosso. Non solo. Il meccanismo di funzionamento del Piano (determinazione degli obiettivi, allocazione delle risorse, parametri e strumenti di azione, verifica dei risultati) mi pare riconduca a logica e unità quel difficile rapporto tra “numeri” dell’efficienza e indirizzo politico ben descritto in un recente studio² e, ad un tempo, imponga un modello parzialmente nuovo di coordinamento tra le istituzioni europee e le istituzioni degli Stati membri³. In ultimo, anche se non può essere questa la sede per riflettere adeguatamente sul punto, il meccanismo del Piano è frutto e al contempo fattore di un ordinamento giuridico composito che, secondo l’insegnamento di Sabino Cassese, può dirsi ispirato alla *rule of law* del diritto globale⁴.

Lo sguardo dell’amministrativista corre certo il rischio di essere monoculare. A politologi e costituzionalisti è riservato il compito di evidenziarne virtù e rischi nel rapporto tra parlamento, indirizzo politico e atti di amministrazione; agli economisti ed ai sociologi spetterà l’analisi dei risultati conseguiti sul lungo termine, dei successi e dei fallimenti. Quel che chi scrive avverte, tuttavia, è l’evidenza del passaggio da un’improduttiva entropia fatta di innumerevoli interventi slegati e legittimati *ex post* ad un quadro unitario riconoscibile e ragionevole, in cui vengono pianificati ed armonizzati obiettivi e processi in un contesto di affermazione di valori di cui non sempre sono state riconosciute forza e centralità.

L’affermazione ora resa, come si conviene ad ogni analisi scientifica, non può rimanere l’impressione di un osservatore ottimista, ma dev’essere motivata e dimostrata. Ciò che spetta a chi scrive è dunque chiarire come la lettura del PNRR permetta di riconoscere non solo l’emersione di obiettivi tra loro connessi e nel complesso convergenti verso un fine comune, ma anche la struttura giuridica alla base del percorso volto alla loro realizzazione e gli istituti sui quali essa si fonda.

Il titolo di questo scritto, per un verso, è già parte del procedimento logico, mettendo in rilievo la centralità dell’azione pubblica nell’ideazione del disegno pianificatorio e nella predisposizione degli strumenti necessari alla sua realizzazione (questo almeno è il significato che ritengo di dover dare all’intervento pubblico) e, per altro verso, identifica nella coesione, nell’inclusione, nell’innovazione e nella sostenibilità non gli obiettivi del Piano, bensì le azioni necessarie per il raggiungimento del vero obiettivo. Quanto a quest’ultimo, sono convinto che nella programmazione del PNRR consape-

² C. Caruso, M. Morvillo, *Il governo dei numeri. Oggettività tecnica e discrezionalità politica nella decisione di bilancio euro-nazionale*, in C. Caruso, M. Morvillo (a cura di), *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 9 ss.

Il modello, peraltro, pur evidenziando una forte direzione statale delle azioni volte al conseguimento degli obiettivi, mi pare induca una sorta di temperamento tra i modelli contrapposti di *negotiation* e *regulation* (A. Police, *Unity and Fragmentation: the Italian Public Administration*, in D. Sorace, L. Ferrara, I. Piazza, eds., *The Changin Administrative Law of an EU Member State. The Italian Case*, Cham, Springer, 2021, p. 53 ss.).

Interessante è anche la prospettiva di F. G. Angelini, *L’intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica*, Padova, Cedam, 2020.

³ Sul tema e per un’analisi profonda, S. del Gatto, *Il metodo aperto di coordinamento*, Napoli, Jovene, 2012.

⁴ S. Cassese, *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009, spec. p. 77 ss.

volmente coincida con la lotta alla disegualianza, vista non solo nella prospettiva del disvalore etico e costituzionale, ma anche e soprattutto in quella di ostacolo allo sviluppo economico. In quest'ottica, dunque, coesione, inclusione, innovazione e sostenibilità costituiscono il percorso più efficace per la riduzione della disegualianza (del *devide*, nel linguaggio ormai comune) e, in ragione di ciò, per garantire, a breve, la ripresa economica e, a lungo, la resilienza⁵.

L'*iter* logico imposto dalla chiave di lettura ora descritta beneficia del risultato e del metodo esposti in un recente ed importante libro di Claudio Franchini⁶, che, al termine di un'analisi completa e lucida del divenire dell'intervento pubblico di contrasto alla povertà, ha messo in evidenza due punti che mi paiono centrali: l'intervento pubblico "pianificato" e non estemporaneo è sempre caratterizzato sia da una matrice "attiva" sia da una natura di previsione e vigilanza (regolativa in senso generale ed improprio, dunque⁷); nell'azione pubblica, la povertà non è assunta nella ristretta accezione comune di "indigenza", bensì in quella più ampia di "difetto" o di "mancanza" di beni e utilità necessari all'ordinaria conduzione della vita delle persone⁸. Il parametro è (ed è sempre stato) quello dell'uguaglianza e della disparità abnorme di condizioni, così che è compito dello Stato (e lo era anche nella disciplina legislativa precostituzionale) quello di ricondurre le disegualianze entro limiti accettabili e ragionevoli. Quel che la Costituzione ha mutato sono il contenuto e la portata dell'accettabilità e della ragionevolezza.

In quest'ultimo senso, il contrasto non è, nell'intervento pubblico, alla povertà *in sé*, bensì alle conseguenze della povertà e della disegualianza (in tema di salute, espressione del pensiero, istruzione, libertà) ed è quel che appare chiaro nel PNRR, che indirizza l'azione pubblica (tanto diretta quanto di previsione e regolazione) alla mitigazione delle fragilità e alla soddisfazione dei bisogni essenziali, tradizionali o di nuova emersione.

L'assunto di fondo di queste riflessioni è dunque che l'obiettivo dell'intervento pubblico del Piano Nazionale è quello di contrasto alle fragilità che alimentano inaccettabili disegualianze, da conseguire mediante azioni volte all'inclusione, alla coesione, alla sostenibilità ed all'innovazione⁹. Anticipo anche che lo strumento principale intor-

⁵ La natura programmatica o di "piano" (che avrò modo di illustrare come più corretta nel corso delle pagine che seguiranno) del PNRR è stata da più voci posta in evidenza. Mi pare tuttavia preliminarmente necessario dare conto della sua piena compatibilità con qualunque modello si ritenga emergere in Costituzione. Assai lucidamente lo ha posto in evidenza in un importante scritto F. Cintioli (*Risultato amministrativo, discrezionalità, PNRR: una proposta per il Giudice*, in *La Magistratura*, 12 novembre 2021), prendendo le mosse dagli studi di Alberto Predieri.

⁶ C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021.

⁷ Interessante è, in proposito, il riferimento che l'Autore fa alla l. 3 agosto 1862, n. 753, che istituì per ciascun comune una congregazione di carità destinata ad esercitare la vigilanza sulle opere pie ed in particolare in merito alla correttezza dei loro bilanci, ponendo in evidenza come fin dalle origini l'intervento pubblico fosse costituito tanto dal "provvedere" direttamente, quanto dalla definizione di regole di azione e dal controllo sul loro rispetto (*ibid.*, p. 78 ss.).

⁸ La considerazione è esposta nell'importante lavoro di R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, che dimostra che le disegualianze non conseguono alla povertà ma ne costituiscono l'essenza in ragione della mortificazione del principio di pari dignità sociale (p. 122 ss.).

⁹ R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, cit., p. 181 ss., dà rilievo all'inclusione intesa come strumento di correzione delle disegualianze e, quindi, di contrasto alla povertà. L'A. mette anche in evidenza il percor-

no al quale ruotano le azioni è quello del servizio pubblico e, in particolare del servizio pubblico locale. Giustificherò tra breve l'affermazione, ma mi preme fin d'ora sottolineare che, se ciò non può stupire (in fondo, il servizio pubblico locale è sempre stato lo strumento sussidiario rispetto all'inadeguatezza del libero svolgersi dei rapporti tra individui in determinati ambiti¹⁰), è però vero che il concetto ed i tratti del servizio pubblico locale fatti propri dal PNRR appaiono in parte nuovi ed originali; per un verso, assai più vicini alla nozione di servizio di interesse economico generale che non a quella tradizionale dell'ordinamento nazionale e, per altro verso, "locale" più in termini di efficacia territoriale dell'azione che non per il collegamento con le effettive funzioni del comune (assai più blando rispetto al passato).

È difficile (e forse improduttivo) comprendere se il Piano rappresenti l'inizio di un nuovo tragitto di riforme sostanziali o invece un più ragionevole assetto delle regole in vigore. Per un verso, vi sono settori di cui si tracciano i contorni di importanti innovazioni (università e libere professioni, ad esempio); per altro verso, gli strumenti di intervento sono quelli tradizionali (il servizio pubblico locale, il partenariato pubblico – privato). Quel che appare invece certo e rilevante è la marcata retrocessione degli ordinari schemi legge-decreti legislativi-regolamenti o legge-regolamenti in favore di uno schema nuovo piano generale-norme primarie-interventi amministrativi attuativi. Parrebbe che, sull'esperienza di qualche insuccesso delle passate riforme, dovuto a difetti o pigrizie nell'attuazione più che a cattive norme, lo Stato, in una prospettiva gianniniana, abbia puntato oggi più sull'efficacia dell'attuazione che non sull'ortodossia del percorso o sulla qualità della cornice normativa.

Nell'ottica da ultimo descritta, mi pare evidente e dichiarata la fondamentale inversione di una folle tendenza, rinnovandosi finalmente la visione dell'amministrazione come strumento e come risorsa del benessere collettivo e non più come "voce di costo" nel bilancio pubblico. Se gli ultimi vent'anni erano stati segnati dal taglio dei costi dell'amministrazione (personale, formazione, stipendi), nel futuro immaginato dal PNRR il ragionato *turnover*, l'apertura dei ruoli a nuove generazioni e a nuove professionalità, la formazione e la responsabilizzazione costituiscono la pietra angolare della tenuta dell'intero sistema di ripresa e resilienza. Un'amministrazione, peraltro, che appare in futuro meno generalista e burocratica e sempre più "tecnica" (anche sotto questo profilo l'innovazione rispetto ad un lungo passato è evidente e necessaria).

Forse con ottimismo e qualche forzatura, mi pare si possa dire che il Piano mette a nudo il costo in termini generali della diseguaglianza e individua nell'amministrazione efficiente il presupposto per le azioni destinate a porvi rimedio.

Il quadro, oltre ad apparire razionale sotto il profilo della scelta degli obiettivi e del percorso utile a conseguirli, è certamente in armonia con la più recente prospettazione

so, iniziato con il "reddito di inclusione", volto a sostituire la passata "estemporaneità delle misure di lotta alla povertà" con un percorso più generale, organico e stabile.

¹⁰ Sia consentito il rinvio a M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Diritto amministrativo*, 2020, p. 511 ss. I tratti più recenti del servizio pubblico locale inteso come il luogo di intersezione tra la produzione di utilità collettive primarie e l'espressione dell'indirizzo politico dell'ente esponenziale della collettività sono stati brillantemente esposti da F. Caporale, *Politica e amministrazione nei servizi pubblici locali: in cerca di un equilibrio tra rappresentatività ed efficienza economica*, in *Diritto amministrativo e società civile*, III, Bologna, Bononia University Press, 2020, p. 421 ss.

della legittimità amministrativa, rappresentata sempre meno dal mero rispetto delle norme di riferimento e sempre di più dal conseguimento del risultato voluto dalle norme stesse (sempre meno dalla legalità-garanzia e sempre di più dalla legalità-indirizzo, dunque). È così celebrato il risultato come “ontologia” della legittimità e non come eventuale e non necessaria conseguenza di quest’ultima¹¹.

Anche il “tempo” dell’azione amministrativa è pilastro nella visione del Piano. Se le riforme dell’art. 2 della l. n. 241/1990 hanno fatto del tempo la dimensione dell’agire individuale del singolo funzionario (dirigente e responsabile del procedimento) e del corretto svolgersi del singolo procedimento, il Piano eleva il tempo ad elemento di giudizio dell’azione amministrativa nella sua complessità, nella prospettiva studiata da Fabio Merusi¹².

2. “Luogo” e funzioni locali in un mutato concetto di servizio pubblico locale

L’affermazione che si è premessa in merito alla centralità nel PNRR del servizio pubblico locale come strumento per le azioni volte alla mitigazione delle disuguaglianze trova sostegno nelle previsioni del Piano.

La digitalizzazione di cui si occupa l’Asse 1, articolato in sette investimenti e tre riforme, che evidenzia l’importanza data alla rapidità dei procedimenti ed alla circolazione degli elementi di fatto per mezzo del *cloud*, espressamente è finalizzata a «aumentare l’efficienza e la qualità dei servizi pubblici locali». In buona sostanza, mi pare confermato il ruolo di perno essenziale che il SPL assume nelle azioni del PNRR e la sua strumentalità rispetto agli obiettivi di soddisfazione dei bisogni e di mitigazione delle fragilità. L’esperienza maturata nell’ormai lungo periodo di emergenza pandemica ha reso evidente come proprio il *digital divide* abbia fatto emergere un nuovo terreno di disuguaglianza fortemente incidente su bisogni primari e costituzionalmente garantiti. Il costante, necessario ricorso alla didattica a distanza ha diviso gli studenti tra quelli assistiti da adeguati strumenti telematici ed infrastrutturali (reti efficienti) e quelli, soprattutto residenti in zone isolate di territori di montagna, che non hanno potuto farvi conto. Questi ultimi hanno visto mortificato il diritto all’istruzione o, quanto meno, l’hanno visto garantito in modo non adeguato. Ecco, quindi, che l’intervento di rimozione o riduzione della disuguaglianza rientra perfettamente tra quelli che debbono

¹¹ Affermava già nel 2002 M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo, *Annuario 2002*, Milano, 2003, p. 107 ss. (ora anche in C. Barbati, M. Dugato, G. Piperata (a cura di), *Amministrazione e nuovi mondi*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 301), che «non basta più l’agire legale per essere efficienti ed anzi, nella attuale crisi della legge (che spesso finisce per rinviare ad altre scelte successive o, in senso inverso, per interiorizzare le peculiarità del caso concreto facendosi specifica, dettagliata, particolare), si può ragionevolmente sostenere che la verifica del risultato raggiunto restituisce per così dire, certo per altra via, la possibilità di valutare la correlazione tra attività amministrativa e realizzazione dell’interesse generale, pria affidata esclusivamente ai controlli di legittimità. Sicché anche in questo senso è lecito affermare che, in tali casi, il rispetto della legge è elemento sempre necessario ma mai sufficiente».

¹² Il riferimento è ovviamente a F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007.

avvenire proprio per mezzo del servizio pubblico locale, che, nella sua definizione più moderna, si identifica con una attività economica, astrattamente suscettibile di essere organizzata in forma di impresa, in grado di soddisfare in via diretta un bisogno primario e costituzionalmente garantito della collettività di riferimento, nelle ipotesi di inesistenza, insufficienza o inadeguatezza del mercato ¹³.

Se il collegamento tra il bisogno primario non adeguatamente garantito dal mercato ed il ruolo del servizio pubblico può dunque dirsi naturale (ancor più naturale nei casi, qual è quello del *gap* digitale, di inadeguatezza delle strutture necessarie alla soddisfazione del bisogno), due sono i profili di rilevante novità. Il primo attiene alla rinnovata centralità del concetto di servizio pubblico locale che, come ho avuto modo di osservare recentemente, negli ultimi anni si era fatto in qualche misura marginale ¹⁴. Il secondo è rappresentato dalla sua forza espansiva attestata da quel che appare non come una vitalità riassunta in settori che già aveva presidiato in passato, bensì dalla sua espansione in settori ed attività non precedentemente caratterizzati dall'intervento pubblico (è del tutto nuova l'affermazione dei "servizi pubblici digitali", a cui l'investimento 1.4 espressamente è riferito), come anche in seguito avrò modo di tornare ad affermare. In ciò, si può ritenere che il PNRR dia nuovo e ulteriore impulso ad un istituto che, secondo il pensiero di Giannini, costituisce uno dei cardini dello Stato pluriclasse ¹⁵, in cui sono forti la pianificazione della spesa, il farsi meno autoritativo dell'intervento pubblico e la mediazione tra gli interessi che passa in modo marginale per gli enti territoriali. Se lo Stato torna a fare lo Stato, il servizio pubblico richiama l'aspetto prioritario della funzionalizzazione nel principio di legalità. Può apparire un paradosso ma il PNRR sembra vitalizzare il modello di dovere-potere descritto da Duguitt alla fine del diciannovesimo secolo ¹⁶.

Il rilievo del servizio pubblico locale ed i suoi nuovi contorni sono testimoniati anche nelle Riforma 2 dell'Asse 2, laddove si riferisce alle leggi annuali sulla concorrenza. Nel tratteggiare un *favor* per il mercato e la concorrenza, una sostanziale marginalizzazione degli affidamenti *in house* (quantomeno per i settori del trasporto pubblico locale e dei rifiuti) e un recupero del rilievo sovracomunale degli ambiti di riferimento, il Piano (o meglio, l'Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione Europea relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia – Fascicolo interistituzionale: 2021/0168 –NLE) sottolinea come l'atto giuridico sui servizi pubblici locali attuativo dell'art. 19 l. n. 124/2015 *deve* «definire i servizi pubblici locali sulla base di criteri del diritto UE», di fatto pretendendo quella unificazione dei concetti di servizio pubblico secondo l'ordinamento nazionale e di servizio di interesse economico generale che buona parte della dottrina affermava non essersi compiuta.

Il quadro che ne origina è quello di un servizio pubblico locale in cui la separazione

¹³ M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale*, cit., p. 522.

¹⁴ M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale*, cit., p. 512.

¹⁵ M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 69 ss.

¹⁶ In un contesto che, per usare il pensiero di E. Tati (*L'Europa delle città*, Milano, FrancoAngeli, 2020), fa della città il centro dell'interesse, l'ente esponenziale della città non ha però corrispondente centralità.

La distanza tra la città e il Comune ha origini antiche e, secondo una delle voci più autorevoli della storia dell'architettura e dell'urbanistica, trova una delle sue ragioni nella costruzione del secondo come tentativo di definire un ordinato limite alla democrazia (C. Olmo, *Città e democrazia*, Roma, Donzelli, 2018, p. 45 ss.).

tra le attività di regolazione, controllo e gestione torna un elemento cardine non solo con riferimento ai tradizionali servizi a rete ma in senso generale, quasi fosse ontologico rispetto al concetto stesso di servizio pubblico (com'era già stato nelle riforme dei primi anni del nuovo secolo) ed in cui principio fondamentale è rappresentato non dalla previsione bensì dall'adeguatezza delle misure compensative degli obblighi di servizio.

Il tratto più originale del disegno del PNRR è tuttavia quello descritto in principio: l'intervento pubblico è rappresentato da un primo livello di pianificazione delle azioni, che ne definisce i contenuti, gli obiettivi specifici e le regole (comprese quelle attinenti alle compensazioni), e da livelli successivi di controllo delle attività svolte dagli operatori privati o, nei limiti consentiti, di gestione diretta delle attività. Si tratta di un intervento "forte" e più incisivo che in passato, come dimostrano, ad esempio, l'Investimento 2.1 sull'attrattività dei borghi (in cui la natura pianificatoria e non meramente programmatica dell'intervento mi pare di particolare evidenza) e la Missione 2 – Componente 1 sull'economia circolare e l'agricoltura sostenibile¹⁷.

Proprio con riferimento a quest'ultimo ambito il ruolo assunto dal servizio pubblico locale appare particolarmente rilevante rispetto al *target* dichiarato di implementare la concorrenza. Se non erro, mi pare si possa affermare che si è di fronte al primo esempio di estensione dell'istituto del SPL all'agricoltura, a testimonianza della sua natura strumentale e generale. Il servizio pubblico locale, dunque, non è più considerato nella sua valenza di "valore in sé", bensì nella sua finalità alla realizzazione di ogni esigenza collettiva, anche apparentemente lontana dai suoi campi tradizionali d'azione, qual è senz'altro quello dell'agricoltura sostenibile.

Mi pare tuttavia che sia confermato quel che ho affermato in principio: la centralità del servizio pubblico locale non determina la centralità del ruolo dell'ente locale. Se il Piano non impone e nemmeno suggerisce una vera e propria perdita di titolarità del servizio in capo all'ente locale, è però vero che la "località" appare sempre più attribuita del territorio in cui ricade l'attività e sempre meno richiamo alle funzioni dell'ente esponenziale del territorio. Ciò, quanto meno sotto il profilo dell'autosufficienza nell'esercizio delle funzioni connesse al servizio¹⁸. Sembra confermarlo l'art. 9 del d.lgs. n. 77/2021, laddove condiziona i poteri dell'ente locale non al quadro disegnato dal TUEL, bensì alla titolarità degli interventi definita nel PNRR. Ancor più, se si considera la previsione, ad opera dell'art. 12 del decreto, di relevantissimi poteri sostitutivi in capo allo Stato e il ruolo di interazione con la Cabina di regia assegnato al Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale (art. 3), in cui la capacità di interazione diretta tra enti locali e Stato appare annacquata ben oltre la misura in cui lo è

¹⁷ È quello dell'economia circolare l'ambito in cui il PNRR sembra confermare l'opinione espressa da B. Celati, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia*, Padova, Cedam, 2021, p. 52 ss. A corretto avviso dell'A., il nuovo assetto europeo, pur confermando la netta preferenza per la regolazione pro-concorrenziale, "attraversa oggi il diaframma degli ordinamenti statali invitandoli proprio a 'programmare' riforme e progetti che portino allo sviluppo e che siano 'orientati' all'economia verde, convogliando così le attività economiche verso fini prestabiliti".

Si veda anche M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

¹⁸ In parte, si tratta di una risposta alla complessità che la necessaria natura partecipata delle scelte strategiche e pianificatorie attribuite all'ente locale induce. Al riguardo, L. Di Giovanni, *La pianificazione paesaggistica e la gestione integrale del territorio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 220 ss.

nel modello che è stato brillantemente definito della “amministrazione locale satellite”¹⁹.

È in questo senso che dev’essere intesa la generalizzazione del supporto tecnico offerto dal governo alle autorità locali nell’ambito della gestione sostenibile dei rifiuti nel paradigma dell’economia circolare prevista dalla riforma 1.3 della M2C1, che mi pare facile immaginare all’intero settore degli appalti verdi. Non si tratta di una novità assoluta, alla luce della solida esperienza maturata da Invitalia S.p.A. con riferimento ai servizi a rete, ma di un indice della tendenza in atto verso l’assunzione di un ruolo stabile e più diffuso da parte delle strutture tecniche dello Stato a presidio di attività che il Piano presuppone possano non essere adeguatamente svolte dagli enti locali.

Paradigmatico è anche il tema della rigenerazione urbana e territoriale, che M5C2 collega alle riforme ed agli investimenti diretti a rafforzare la resilienza sostenendo l’integrazione e l’inclusione delle persone più vulnerabili, tenendo conto delle dimensioni individuale, familiare e sociale²⁰. Nell’ottica che si è evidenziata, la rigenerazione cessa di essere una via per la sostenibilità dell’uso del territorio per divenire parte della complessiva strategia “per l’inclusione attiva dei gruppi vulnerabili della popolazione”. Sostenibilità e inclusione non sono obiettivi, dunque, bensì, come si diceva, azioni strumentali che s’intrecciano e si fondono in vista del vero obiettivo, rappresentato dal superamento delle disuguaglianze e delle vulnerabilità. Tutto appare ancor più chiaro avendo riguardo alle considerazioni svolte dall’Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio dell’Unione Europea agli investimenti 4 e 5 della Missione 3, in cui si osserva che il finanziamento dei progetti di rigenerazione urbana è finalizzato a ridurre le situazioni di emarginazione e degrado sociale nonché a migliorare il contesto sociale e ambientale dei centri urbani, nel pieno rispetto del principio “non arrecare un danno significativo”, nel processo di trasformazione di territori metropolitani vulnerabili in città intelligenti e sostenibili.

Un ruolo determinante di intervento è riconosciuto ai comuni, non più solo chiamati a definire le regole urbanistiche ed edilizie, ma legittimati anche ad un intervento diretto, quando gli obiettivi non siano adeguatamente garantiti dal mercato. Ancora una volta, i tratti dell’intervento sono quelli tipici del servizio pubblico locale, che quindi diviene oggi, in ragione dei canoni della sostenibilità, della coesione e dell’inclusione, strumento di trasformazione del territorio.

Lo schema descritto mi pare persino più nitido con riferimento agli investimenti per il potenziamento dei servizi e delle infrastrutture di comunità. Coesione ed inclusione appaiono in questo caso le linee fondamentali di azione, mentre la sostenibilità rappresenta il loro limite invalicabile. Il percorso fa ancora del servizio pubblico locale lo strumento che rende possibile il conseguimento dell’obiettivo attraverso le azioni di coesione e inclusione, tanto da prevedersi un significativo incremento dei fondi per i servizi, a condizione che non siano previsti interventi che prevedano l’aumento di uso di combustibili fossili, la realizzazione di discariche o un aggravamento del pericolo di

¹⁹ G. Piperata, *Le nuove coordinate organizzative per l’amministrazione locale “satellite” in forma privatistica*, in *Munus*, 2016, p. 675 ss.

²⁰ Il respiro della nuova visione della rigenerazione è assai più ampio di quella che ha caratterizzato gli ultimi dieci anni e ne costituisce il centro non la destinazione di incentivi (in tema, G. Cartei, E. Amante, *Strumenti giuridici per la rigenerazione urbana*, in M. Passalacqua, A. Fioritto, S. Rusci, a cura di, *Ri-conoscere la rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, Rimini, Maggioli, 2018, p. 17 ss.), bensì lo sforzo di finalizzarla al raggiungimento degli obiettivi complessi di coesione, inclusione e sostenibilità.

danno ambientale. Lo schema è dunque confermato: coesione, inclusione e innovazione rappresentano le azioni volte a conseguire la mitigazione delle disuguaglianze e la sostenibilità rappresenta l'argine per le azioni. Il servizio pubblico locale è lo strumento giuridico intorno al quale le azioni ruotano.

Un SPL che, come si è già avuto modo di affermare, allarga i propri confini. In questo senso mi pare debba leggersi, ad esempio, la trasformazione delle farmacie rurali in presidi sanitari, estendendo così il campo d'azione del servizio pubblico locale all'ambito del servizio sanitario, che dal 1978 aveva sostanzialmente espulso gli enti locali da funzioni e ruolo e che ora riappaiono, in verità più come "luogo" che come enti dotati di autonomi poteri²¹.

3. PNRR e nuovo assetto istituzionale delle fonti. Caratteri e prospettive

Come nella ricostruzione di Franchini, l'intervento pubblico è volto alla rimozione di stati di sofferenza e alla mitigazione delle disuguaglianze, a mio avviso poco rilevando il fatto che siano conseguenze della povertà o della mancanza di beni o possibilità e rilevando invece ciò che determinano: l'impossibilità di esercitare diritti o di godere di utilità. È un intervento pubblico pieno e ricco, fatto di apposizione di regole e di norme, di ausili finanziari e di messa a disposizione dei soggetti pubblici e privati coinvolti nelle azioni di strumenti tecnici necessari al conseguimento degli obiettivi.

Quel che è emerso fin dall'avvio del percorso di adozione del PNRR è che le norme e le regole sono sempre meno collocate in fonti tradizionali del diritto ed ormai nemmeno più in atti delle autorità di regolazione. Sono invece dettate da atti, al contempo normativi, politici e tecnici, di diretta imputazione al governo ed è semmai la loro attuazione che sarà accompagnata da norme collocate in fonti del diritto in senso proprio.

È proprio in quest'ottica che dev'essere letto il ruolo della Cabina di regia prevista dall'art. 2 del d.lgs. n. 77/2021, istituita per esercitare «poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR». È così confermato che l'atto normativo primario è sostanzialmente investito dal Piano del ruolo di attuazione delle previsioni in esso contenute. Al contempo, la Cabina di regia è investita di ogni potere di governo dell'attuazione del PNRR in un sistema "chiuso" a cui, anche per mezzo dell'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione (e dell'Ufficio strumentale), ogni azione normativa successiva sarà sostanzialmente delegata *in continuum*, come dimostra la previsione dell'art. 2, comma 3, lett. d), in ragione della quale «l'Unità promuove e potenzia iniziative di sperimentazione normativa, anche tramite relazioni istituzionali con analoghe strutture istituite in Paesi stranieri, europei ed extraeuropei, e tiene in adeguata considerazione le migliori pratiche di razionalizzazione e sperimentazione normativa a livello internazionale».

Il meccanismo istituito (PNRR come atto fondamentale e legittimante, fonte primaria di sua attuazione e regole di azione riservate ad un articolato complesso formato da

²¹ Una conferma, forse, della prospettiva di *urban health* avanzata come ipotesi da T. Bonetti, *Le autonomie tra governo del territorio e tutela della salute*, in *Munus*, 2019, p. 31 ss.

Cabina di regia, Unità e accordi internazionali) sembra codificare un processo normativo in cui si fondono riserva amministrativa e diritto globale.

Una singolare inversione, dunque, rispetto allo schema che l'ortodossia pareva imporre, in cui era l'atto di normazione primaria a dettare le regole e agli atti del governo era lasciato spazio nel processo di loro attuazione²². Certamente l'urgenza indotta dalla pandemia e dalla rovinosa crisi economica che senza l'intervento pubblico ne sarebbe discesa rappresenta la ragione principale del nuovo percorso, ma non ritengo sia l'unica²³ causa che alimenta quel fenomeno di induzione della «generale marginalità degli organi parlamentari in cui il processo democratico si inverte», che è stato giustamente osservato essere comune a tutte le democrazie occidentali²⁴.

In primo luogo, l'esperienza passata di quelle che potremmo definire come riforme “monche” o riforme “tradite” ha alimentato la diffidenza verso il procedimento che sopra ho definito “ortodosso”. Non sono tanto la lunghezza del procedimento legislativo e le mediazioni che impone a costituire l'elemento di maggiore delicatezza, quanto il fatto che l'attuazione presuppone un'unità d'intenti tra i diversi esecutivi destinati a succedersi nel percorso di attuazione della riforma. Il fallimento di molte delle riforme è probabilmente dovuto proprio all'arresto nella fase esecutiva, necessariamente lunga, in ragione del mutato orientamento dei governi successivi a quello in carica al momento della legge di riforma. In questo senso, anticipare l'azione del governo al momento della definizione delle regole (peraltro resa autorevole e forte dall'approvazione del Piano da parte del Consiglio dell'Unione) mette al riparo da un siffatto rischio, essendo il rispetto delle regole ed il conseguimento degli obiettivi in esse fissati le condizioni per la conservazione dei benefici economici.

In secondo luogo, è innegabile che l'emergenza pandemica e lo scenario drammatico delle sue possibili conseguenze economiche hanno spostato in modo significativo l'asse dal “prevedere” al “fare tecnico”, con conseguente crescita di autorevolezza e credibilità in capo all'azione di governo e con parallela marginalizzazione del ruolo del parlamento. In tal senso, si potrebbe dire che negli ultimi due anni si è radicalmente modificato l'assetto che si era venuto affermando (quello della pervasiva centralità della legge e dell'emarginazione dell'amministrazione) e verso i cui rischi Marco Cammelli ha più volte assai lucidamente messo in guardia²⁵.

²² Andrebbe forse ripensata la prospettazione tradizionale dell'assetto legge-norme interne. In tema, M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

²³ Il processo è iniziato, come noto, fin dall'origine del contrasto all'emergenza pandemica. Al riguardo, per una descrizione della complessità, C. Cacciavillani, *Sull'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 494 ss.

²⁴ M. Macchia, *Amministrare la democrazia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 185 ss.

²⁵ M. Cammelli, *Amministrare senza amministrazione*, in *il Mulino*, 2016, p. 578 ss. In particolare, la discrezionalità non esercitata e non verificata in modo appropriato apre un vuoto enorme e un trasferimento all'esterno (favorito da media e *social network*) in chiave di supplenza di valutazioni e controlli non esercitati all'interno e non esercitabili da sedi non adeguatamente attrezzate, con il risultato all'esterno di giudizi sommari e all'interno di sovrapposizioni confuse e disfunzioni serie (p. 582 s.).

Ancora M. Cammelli, *Amministrazione e mondo nuovo: medici cure e riforme*, in *Diritto amministrativo*, 2016, p. 9 ss. (ora anche in *Amministrazione e nuovi mondi*, cit., p. 65 ss.), illustra il percorso del necessario arretramento del legislatore e i confini della “riserva di amministrazione”.

Il nuovo “macro-assetto” ha ovviamente indotto modifiche anche sul piano più ridotto delle relazioni istituzionali. Alcune si sono prodotte e sono già visibili; altre è immaginabile che si produrranno a breve.

Tra le prime ho già ricondotto la contrazione del ruolo delle amministrazioni indipendenti, che negli ultimi vent'anni, oltre a moltiplicarsi, avevano con progressione continua assunto, con pretesa di tecnica neutralità, funzioni prima più opportunamente spettanti alla politica. Tra le seconde, due prospettive mi sembrano più credibili. Una attiene al ruolo della Corte dei conti e alla necessaria sua trasformazione da controllore e giudice della spesa pubblica in guardiano dell'efficienza complessiva dell'azione amministrativa²⁶, poiché controllo e giudizio non potranno avere come parametro unico la legge ma dovranno avere ad oggetto il conseguimento dei risultati.

La seconda investe invece il ruolo del giudice amministrativo e il sindacato sulla discrezionalità, che si farà particolarmente complesso e delicato. Ciò, vuoi perché i parametri per la scelta dell'amministrazione stanno sostanzialmente nelle previsioni del PNRR e sono tratteggiati a maglie descrittive ed assai larghe; vuoi perché la ragionevolezza delle scelte discrezionali non potrà avere ad oggetto il singolo atto ma dovrà essere riferita al complesso delle azioni finalizzate a realizzare un obiettivo specifico, restando vero che «la ragionevolezza non è una norma sull'esercizio del potere, bensì una caratteristica connaturata all'esercizio del potere discrezionale»²⁷. Vuoi, infine, perché il termine processuale di decadenza, in un'ottica qual è quella descritta, indurrà un giudizio prognostico rispetto al risultato ed agli effetti di atti che dovranno essere giudicati prima di avere prodotto il risultato ma sulla base del risultato che è presumibile produrranno.

Mi pare inevitabile, dunque, che il giudizio amministrativo (per il vero a completamento di un processo in atto da una trentina d'anni) divenga una cosa diversa da quello che tradizionalmente si descrive. Se l'oggetto è comunque costituito dalla protezione degli interessi individuali sostanziali e dalla verifica della legittimità dell'azione amministrativa, il risultato costituisce, per un verso, il parametro primo della legittimità, e, per altro verso, il grado tollerabile di sacrificio delle posizioni giuridiche soggettive incise dal potere.

Quel che si dovrà comprendere, invece, è se anche il giudice amministrativo dovrà diventare diverso da quello che sin qui è stato. *Cloud*, *blockchain*, intelligenza artificiale, *supercomputing* sono, nella prospettiva del PNRR, il futuro non della sola amministrazione ma anche dell'attività amministrativa²⁸. La meccanicizzazione dell'azione amministrativa non è più uno scenario affascinante nell'analisi predittiva di immaginifici giuristi, ma un futuro che si prospetta prossimo e che, secondo alcune analisi, è destinato a produrre una disintermediazione nel giudizio sui conflitti²⁹. Certo, i parametri di ammissibilità delle decisioni amministrative discrezionali algoritmiche tratteggiati dal Consiglio di Stato (che paiono pretendere di anticipare il giudizio sulla ragionevolezza)

²⁶ In tema, M. Dugato, *La Corte dei conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività*, in *Munus*, 2018, p. 607 ss.

²⁷ F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 89.

²⁸ A. Bacci, F.R. Frieri, S. Sparaco, *Trasformazione digitale e smart working nella pubblica amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2021.

²⁹ A. Fuggetta, A. Perrucci, *Il ruolo delle tecnologie digitali nei processi di disintermediazione e l'impatto sui corpi intermedi: riflessioni preliminari*, in F. Bassanini, T. Treu, G. Vittadini (a cura di), *Una società di persone?*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 321 ss.

lezza al momento della scelta dell'algoritmo e di conservare i canoni tradizionali della partecipazione³⁰) sembrano rendere difficile pretendere dal sindacato del giudice un ruolo meramente giuridico e, al contempo, precludere l'esternalizzazione del giudizio su una discrezionalità che non solo, secondo l'analisi di Morbidelli³¹, si fa sempre meno amministrativa e sempre più tecnica, ma che ha ormai ad oggetto parametri e contorni sempre meno intellegibili ad opera di chi tecnico non è³².

Il nuovo assetto, proprio perché nuovo e perché ambisce a costituire un quadro stabile di riferimento per il futuro governo della complessità, è articolato e difficile da manovrare. I meccanismi che consentono l'interazione tra l'attività di regia e di indirizzo, quella di progettazione degli interventi, quella di azione concreta e quella di verifica della corrispondenza tra i risultati conseguiti e gli obiettivi contenuti negli atti di indirizzo non solo disegnano un cammino che può arrestarsi per l'inadeguatezza degli attori o per *impasse* nel dialogo tra essi, ma inducono un sistema giuridico che, se non ibridizzato, certo vive di regole del diritto pubblico e norme e principi del diritto privato, destinate ad intrecciarsi e, forse, a sovrapporsi. Lo stesso rapporto *hub-spoke* su cui molte delle azioni previste sono costruite lo rende inevitabile (non foss'altro per la costituzione di soggetti di diritto privato reso necessario) e contribuisce all'aggravamento del panorama legislativo di riferimento³³.

È dunque in un panorama al contempo giuridicamente razionale e complesso che il servizio pubblico locale deve costituire lo strumento operativo per la mitigazione delle diseguaglianze. Mi pare che, nonostante l'erosione delle funzioni dell'ente locale ed il ruolo attuativo del mercato, non debba esservi timore che la «logica mercantile» determini «l'arretramento della dimensione sociale e collettiva del servizio»³⁴, perché l'azione privata è rigidamente governata non più da regole solamente tecniche, ma da una finalizzazione «rafforzata» al conseguimento di obiettivi di inclusione e coesione sociale, rispetto ai quali l'innovazione e la sostenibilità fungono da argini.

³⁰ Cons. St., VI, 8 aprile 2019, n. 2270. In dottrina, V. Brigante, *Evolving Pathways of Administrative decision*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

³¹ G. Morbidelli, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, IV, cit., p. 3715.

³² In tema, è doveroso il rinvio ai bei lavori di A. Cassatella, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., I, p. 675 ss., e di D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, *ibid.*, III, p. 2265 ss.

³³ Come detto, non vi è quel rischio di ibridazione di istituti da cui da tempo mette in guardia Fabio Merusi, ma certo impone di fare i conti con la complessità indotta dalla convivenza di momenti regolati da principi e norme differenti. In verità, non stupisce, poiché, come da più voci è stato evidenziato, il quadro è quello che origina inevitabilmente dal convergere di tutti gli ambiti dell'ordinamento verso principi generali comuni e commisti. Al riguardo, G. Della Cananea, *Jean-Bernard Auby e lo Jus Publicum Europeum*, in G. Della Cananea, J. Ziller (a cura di), *Il nuovo diritto pubblico europeo*, Torino, Giappichelli, 2018; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011; G. P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, II ed., Padova, Cedam, 2021; L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2018.

³⁴ C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 16.

I caratteri della disciplina pubblica della finanza privata

Claudio Franchini

Sommario: 1. I mercati finanziari. – 2. La disciplina delle banche e del credito. – 2.1. I precedenti. – 2.2. Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. – 2.3. Il nuovo assetto successivo alla crisi finanziaria del 2008. – 3. La disciplina del mercato finanziario. – 3.1. L'evoluzione della normativa sul mercato finanziario. – 3.2. La Commissione nazionale per le società e la borsa. – 3.3. Le regole su intermediari, mercati ed emittenti. – 4. La disciplina delle assicurazioni. – 4.1. Il controllo del settore. – 4.2. Il codice delle assicurazioni private e l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni. – 5. La disciplina antiriciclaggio. – 6. I caratteri della disciplina pubblica della finanza privata.

1. I mercati finanziari

Tradizionalmente, la locuzione mercati finanziari viene utilizzata con riguardo a tre differenti settori, che si rivelano fondamentali per l'economia perché sono preordinati alla raccolta e al trasferimento di risorse finanziarie: quello bancario e creditizio, quello finanziario propriamente detto e quello assicurativo. Il primo riguarda la raccolta del risparmio (soprattutto dalle persone fisiche) e la somministrazione del credito (soprattutto alle imprese) da parte delle imprese bancarie. Il secondo (originariamente denominato “mobiliare”, in quanto l'attività di investimento aveva ad oggetto principalmente i cosiddetti “valori mobiliari”) concerne l'offerta di risparmio rivolta agli intermediari finanziari non bancari, che assistono i risparmiatori nelle loro scelte di investimento, soprattutto in relazione a titoli emessi dalle imprese al fine di raccogliere risorse per l'esercizio della propria attività, come, ad esempio, le obbligazioni. Il terzo si riferisce alla raccolta di risorse finanziarie che avviene a fronte dell'assunzione da parte di un'impresa assicurativa del rischio per eventuali eventi pregiudizievoli, come nel caso, tra gli altri, delle cosiddette “polizze vita”.

In termini generali, la disciplina dei mercati finanziari è caratterizzata dalla presenza di rilevanti poteri di regolamentazione e di vigilanza, che si sono evoluti in modo significativo nel corso degli anni. Il modello introdotto inizialmente a seguito della crisi del 1929 con riferimento al settore del credito si tramanda nella sostanza fino agli anni Ottanta dello scorso secolo, quando, per effetto degli articolati mutamenti dei mercati finanziari e della loro internazionalizzazione, si afferma quello della vigilanza

prudenziale, affidata ad autorità amministrative nazionali, indipendenti dal potere politico. Con la crisi globale iniziata nel 2008, poi, si impongono nuovi interventi, che rendono necessario accentrare le competenze in materia a livello dell'Unione europea.

Il riconoscimento di tali poteri di tipo pubblicistico mira a garantire la stabilità del sistema, l'integrità dei mercati e la tutela del risparmio. In ciò possono individuarsi gli obiettivi essenziali che sottostanno alla previsione dell'art. 47, co. 1, Cost. e che sono meglio specificati nella disciplina di rango primario contenuta nella normativa di settore. Quest'ultima risulta parzialmente eterogenea, in quanto per ciascun mercato sono previsti diversi tipi di operatore e di organi di controllo e di vigilanza, oltre che di regolazione: rispettivamente, impresa bancaria e Banca d'Italia, intermediario finanziario non bancario e Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), impresa assicurativa e Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS).

Va sin d'ora osservato, peraltro, come, pur in presenza di discipline separate, i confini tra questi settori non appaiano netti. Negli ultimi anni, infatti, le differenze sono diminuite progressivamente, a causa di tre fattori: innanzitutto, l'integrazione tra le varie attività finanziarie, le quali, per un verso, diventano composite, riguardando contemporaneamente servizi in parte bancari, in parte finanziari e in parte assicurativi, e, per l'altro, vengono esercitate sempre più di frequente da gruppi multifunzionali; poi, la sempre maggiore influenza del diritto dell'Unione europea, che impone una disciplina unitaria; infine, la globalizzazione dei mercati, che comporta una uniformità di regolazione.

Malgrado ciò e per quanto si vada affermando un modello di vigilanza improntato a principi comuni, per maggiore chiarezza, conviene mantenere separato l'esame della disciplina dei tre comparti, proprio per l'esistenza di fonti normative distinte. Una attenzione particolare, inoltre, va dedicata a un aspetto che interessa tutti i mercati finanziari, quello della disciplina antiriciclaggio, perché il fenomeno della immissione di proventi illeciti nel sistema economico legale, attraverso la trasformazione del denaro contante in moneta bancaria o virtuale ovvero l'acquisto di prodotti finanziari, è oggi sempre più ragguardevole.

2. La disciplina delle banche e del credito

La disciplina normativa dell'ordinamento bancario e creditizio è espressione di una evoluzione che si è sviluppata sostanzialmente in tre fasi.

2.1. *I precedenti*

Il primo intervento specifico diretto a regolare la materia bancaria risale ai r.d.l. 7 settembre 1926, n. 1511, e 6 novembre 1926, n. 1830, che assoggettano il credito a uno statuto speciale, sottraendolo alle norme generali del codice di commercio del 1882. Solo pochi anni dopo, però, per far fronte alle conseguenze della grande crisi del 1929, che sconvolge l'economia mondiale provocando ripercussioni estremamente negative

all'inizio del decennio successivo, e, in particolare, per sopperire al fallimento dell'esperimento della banca *holding*, che interessa le tre principali banche italiane (Banca commerciale italiana, Credito italiano e Banco di Roma), si rende necessario intervenire nuovamente, con il r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375.

Questo decreto, che per il suo contenuto complessivo e omogeneo viene considerato una vera e propria "legge bancaria", delinea un assetto del settore fondato su più punti. Si qualificano le attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito come "funzioni di interesse pubblico". Si prevede l'unificazione dei poteri di direzione e di controllo, con riferimento sia al compito di difesa del risparmio sia a quello di indirizzo del credito, in capo a un apposito Comitato dei ministri, al Ministero del tesoro e alla Banca d'Italia, introducendo un modello "bicefalo" caratterizzato dalla presenza di organi politici e tecnici. Si sancisce l'attribuzione a tali autorità di poteri amministrativi pervasivi e fortemente discrezionali, in relazione all'esercizio dell'attività bancaria, alle dimensioni territoriali e funzionali delle imprese, alla loro gestione e al governo delle situazioni di crisi. Si afferma il principio della suddivisione del lavoro tra le banche, realizzando così la separazione tra queste ultime e le industrie (a conferma dell'azione intrapresa al momento del progetto di salvataggio delle tre maggiori banche affidato all'Istituto per la ricostruzione industriale – IRI), la separazione, da un lato, tra la raccolta a breve termine e quella a medio e lungo termine e, dall'altro, tra le banche di deposito o commerciali e quelle d'affari o d'investimento, nonché la specializzazione territoriale, con riferimento alla dimensione nazionale, regionale e locale delle banche stesse.

2.2. *Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*

Il modello introdotto dalla legge bancaria del 1936 rimane pressoché inalterato per oltre quarant'anni, sino a quando vengono introdotte varie modificazioni, per effetto della disciplina comunitaria e dell'evoluzione del quadro economico che determina una forte omogeneizzazione dell'attività bancaria. In questa seconda fase, il d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350, di attuazione della direttiva 77/780/CEE in materia creditizia, e il d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481, di attuazione della direttiva 89/646/CEE relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, impongono vari mutamenti.

Innanzitutto, varia il regime dell'entrata nel settore, in quanto si garantisce l'ingresso nel mercato bancario dell'Unione europea a tutte le imprese in possesso dei requisiti previsti dalla normativa europea mediante una autorizzazione unica che viene rilasciata dallo Stato di origine. Una simile previsione determina due effetti sul relativo provvedimento di autorizzazione: per un verso, lo fa diventare uno mero strumento di verifica delle condizioni per l'esercizio di un diritto, sottraendogli l'originaria funzione di indirizzo; per l'altro, gli attribuisce una efficacia extranazionale, consentendogli, per mezzo della tecnica del mutuo riconoscimento, di svolgere i propri effetti sul territorio di tutti gli Stati membri.

Poi, si modifica il regime dell'attività bancaria, la quale, anche per effetto della sentenza della C. cost., 10 marzo 1988, n. 309, viene concepita come attività di impresa e

non più come servizio pubblico, con conseguente applicazione del modello privatistico in luogo di quello pubblicistico.

Ancora, introducendo un nuovo modello che si distingue nettamente dal precedente, si trasforma la funzione di vigilanza. Questa da strutturale, che indica le finalità dell'attività che gli operatori possono svolgere, imponendole vincoli in modo da conformare la struttura del mercato, diventa prudenziale o di stabilità, in quanto viene diretta a verificare che le banche agiscano in modo oculato e ponderato nella assunzione dei rischi, sulla base di parametri quantitativi. Conseguentemente, i poteri di controllo dell'autorità centrale si concretizzano in una verifica della corrispondenza tra la condotta degli operatori e i limiti imposti dalle norme e, dunque, assumono un minore ambito di discrezionalità. Lo scopo è quello di assicurare maggiore continuità alle scelte di tipo regolativo, proprio per il fatto che sono condizionate da valutazioni tecniche. Tale scopo, peraltro, riguarda non solo la stabilità del sistema bancario, ma anche altri interessi pubblici, come la concorrenza (l'originaria formulazione, poi modificata, della l. 10 ottobre 1990, n. 287, ne affida la tutela alla Banca d'Italia), la tutela dei consumatori e la trasparenza (in virtù delle l. 17 febbraio 1992, n. 154, e 19 febbraio, n. 142, che attuano le direttive 102/1987/CEE e 88/1990/CEE, sui rapporti banca-cliente e sul credito al consumo).

Infine, si attenua la divisione del lavoro bancario a seguito di numerosi interventi. Si impongono controlli identici per tutti gli operatori bancari. Si realizza la riforma delle banche pubbliche, che vengono privatizzate attraverso la trasformazione in società per azioni con attribuzione del controllo dell'impresa bancaria a fondazioni, enti senza scopo di lucro con funzione sussidiaria dell'intervento pubblico nel sostegno sociale, nella promozione dello sviluppo socio-economico e nei settori culturale, artistico, ambientale e naturale. Si introducono la figura del "gruppo bancario polifunzionale", nel quale più operatori con diversa specializzazione operativa si aggregano, sottoponendosi a un'unica direzione esercitata da una società *holding*, e quella della "banca universale", riconducendo in un solo soggetto tutte le attività bancarie, a prescindere dalla durata della raccolta e del credito dalla loro destinazione, e, quindi, eliminando la separazione tra banche commerciali e banche di investimento.

Dopo questi interventi, il sistema del credito si rivela completamente modificato: l'attività imprenditoriale bancaria è sottoposta alla disciplina privatistica; alla tutela della stabilità si affiancano quelle della concorrenza e della trasparenza; prevalgono gli interventi di tipo regolativo su quelli di tipo direttivo.

Questa trasformazione trova piena applicazione con il d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, che contiene il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (al quale si affianca – come si vedrà – il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria). Si realizza così il definitivo superamento del sistema fondato sulla legge bancaria del 1936.

Il testo unico ricomprende tutta la normativa in materia bancaria, con l'eccezione di quella relativa alla concorrenza, che rimane disciplinata dalla l. n. 287/1990, occupandosi specificamente delle autorità creditizie, delle banche (sostituendo così la vecchia terminologia di azienda e istituto di credito), della vigilanza, dei piani di risanamento, del sostegno finanziario di gruppo, delle situazioni di crisi, dei soggetti operanti nel settore finanziario, nonché degli istituti di moneta elettronica e di pagamento.

Le banche vengono definite come imprese autorizzate allo svolgimento dell'attività bancaria e di ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché di quelle connesse o strumentali.

L'attività bancaria consiste nella raccolta di risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito. Ad essa è espressamente riconosciuto carattere di impresa. Quest'ultima è assoggettata a cinque tipi principali di limiti: sull'entrata, sull'attività, sui rapporti contrattuali, sulla concorrenza e sulla disciplina delle crisi.

Per quanto attiene all'entrata, è necessaria una autorizzazione, che viene rilasciata dalla Banca centrale europea su proposta della Banca d'Italia, in presenza delle condizioni oggettive e soggettive esplicitamente previste (adozione della forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata, sede legale e direzione generale situate nel territorio della Repubblica, capitale versato di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia, presentazione di un programma concernente l'attività iniziale, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto, sussistenza dei presupposti per il rilascio dell'autorizzazione per i titolari delle partecipazioni al capitale sociale, idoneità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, mancanza, tra la banca o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, di stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza), in modo che risulti garantita la sana e prudente gestione.

In ordine all'attività di impresa, la vigilanza è svolta dalla Banca d'Italia, che ne determina e rende pubblici preventivamente i principi e i criteri. Essa viene esercitata avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia, nonché in armonia con le disposizioni dell'Unione europea e in collaborazione con la CONSOB e con l'IVASS, secondo quanto previsto espressamente dall'art. 5 del d.lgs. n. 385/1993.

Sono previsti quattro ordini di vigilanza. La vigilanza informativa ha ad oggetto le segnalazioni periodiche inviate dalle banche, nonché ogni altro dato e documento eventualmente trasmesso, tra i quali le comunicazioni del collegio sindacale e dei soggetti incaricati della revisione legale dei conti, e i bilanci. La vigilanza regolamentare si realizza attraverso l'emanazione di disposizioni di carattere generale aventi a oggetto l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, le partecipazioni detenibili, il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione, l'informativa da rendere al pubblico, nonché le condizioni e i limiti per l'assunzione, da parte delle banche o dei gruppi bancari, di attività di rischio nei confronti di coloro che possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza sulla gestione della banca o del gruppo bancario e dei soggetti a essi collegati. La vigilanza ispettiva si effettua mediante ispezioni presso le banche e i soggetti ai quali esse abbiano esternalizzato funzioni aziendali essenziali o importanti e mediante richieste di esibizione di documenti e di atti ritenuti necessari. La vigilanza sugli statuti è diretta ad accertare che questi non contengano disposizioni in contrasto con una sana e prudente gestione.

I piani di risanamento e il sostegno finanziario di gruppo (introdotti dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181) consistono, rispettivamente, in piani individuali che prevedono l'adozione di misure volte al riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria di

una banca nel caso di suo significativo deterioramento e in accordi per fornirsi di sostegno finanziario ove si realizzino, per una banca facente parte di un gruppo, i presupposti dell'intervento precoce, ossia che la sua situazione diventi irreparabile.

Per la disciplina delle crisi è previsto un duplice regime: uno di amministrazione straordinaria e uno di liquidazione coatta amministrativa, che comportano il riconoscimento di particolari poteri di intervento in capo alla Banca d'Italia nel caso di gravi irregolarità nell'amministrazione di una banca, di violazione di norme, di ingenti perdite di patrimonio ovvero di richiesta di scioglimento presentata dagli organi della banca stessa.

In relazione ai rapporti contrattuali, sono sanciti vari obblighi, al fine di assicurarne la trasparenza e la correttezza. Si tratta di obblighi di natura prevalentemente informativa, di pubblicità generale e di comunicazione particolare a seconda che si rivolgano alla collettività ovvero ai clienti (ad esempio, in ordine ai tassi di interesse, ai prezzi e alle altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi le cosiddette "commissioni di massimo scoperto" e i costi di trasferimento dei rapporti da un operatore all'altro). In particolare, vi sono disposizioni, introdotte più di recente, che concernono gli strumenti di tutela dei consumatori, specie relativamente ai sistemi di risoluzione delle controversie: la l. 28 dicembre 2005, n. 262, istituisce l'Arbitro bancario finanziario (ABF) quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) che possono sorgere tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. L'ABF è un organismo indipendente e imparziale nei compiti e nelle decisioni, sostenuto nel suo funzionamento dalla Banca d'Italia. In questo modo, si fornisce un'opportunità di tutela più semplice, rapida ed economica rispetto a quella offerta dal giudice ordinario.

Con riferimento all'attività di emissione di moneta elettronica e alla prestazione di servizi di pagamento, per effetto di quanto stabilito nel d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, è previsto che esse siano riservate alle banche e agli istituti di moneta elettronica e di pagamento, nonché, nel rispetto delle disposizioni applicabili, alla Banca centrale europea – BCE, alle banche centrali dei paesi dell'Unione europea, allo Stato italiano e gli altri Stati membri, alle pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali, nonché alla società Poste italiane.

Infine, la disciplina della concorrenza nel settore bancario e creditizio è contenuta nella l. n. 287/1990, secondo la quale le banche sono tenute all'osservanza delle disposizioni sulle intese restrittive, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza. La legge assegna ora all'Autorità garante della concorrenza e del mercato – AGCM la competenza in materia, modificando la previsione originaria che la attribuiva alla Banca d'Italia, per evitare che vi possa essere una commistione tra le esigenze di tutela della concorrenza e della stabilità del settore.

Nel complesso, può osservarsi che la disciplina dettata dal d.lgs. n. 385/1993 è espressione di una serie di interventi suppletivi e modificativi che traggono origine soprattutto dall'integrazione sempre maggiore tra l'attività bancaria e le attività finanziarie mobiliari e assicurative, da un lato, e dalla necessità di armonizzare regole e controlli sugli intermediari finanziari considerati nel loro complesso, dall'altro.

Rilievo peculiare, inoltre, riveste il processo di internazionalizzazione dell'econo-

mia e, specificamente, delle attività finanziarie, per effetto delle decisioni assunte in sede internazionale ed europea. In tale prospettiva, assumono specifica importanza sia la funzione svolta dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, sia l'azione dell'Unione europea.

Il primo viene creato come forum permanente di coordinamento delle politiche di vigilanza prudenziale sulle banche nel 1974, su iniziativa delle Banche centrali dei Paesi di maggiore rilevanza economica nel mondo, appartenenti al Gruppo dei dieci (G-10), per far fronte ai rischi di contagio derivanti dai rapporti di credito e debito fra banche operanti a livello internazionale. La sua azione mira a rafforzare e ad armonizzare i requisiti di capitale e prudenziali di tali banche, attraverso accordi fra autorità di vigilanza nazionali. Nell'Unione europea, tali accordi divengono operativi dopo essere stati trasposti in apposite direttive. Abitualmente, le linee guida concordate nel Comitato vengono adottate su base volontaria anche dai paesi non rappresentati nel Comitato stesso, acquisendo così il ruolo di veri e propri standard di natura globale.

La seconda interviene con numerose direttive, definendo, a partire dall'inizio degli anni Settanta dello scorso secolo, principi fondamentali che rappresentano il quadro di riferimento in materia. In particolare, la direttiva 2000/12/CE del 20 marzo 2000 (modificata dalle direttive 2000/28/CE del 18 settembre 2000 e 2001/24/CE del 4 aprile 2001) costituisce un testo unico delle direttive precedenti (testo unico è la denominazione esplicitamente dichiarata nei considerando della direttiva stessa).

Questa serie di principi e di regole internazionali ed europei influisce notevolmente sulla disciplina della vigilanza prudenziale, che si sviluppa soprattutto attraverso l'uso di incentivi alla adozione di sane pratiche di condotta e di gestione dei rischi e alla diffusione di buone prassi, cioè di esperienze, procedure e azioni dirette a ottenere i migliori risultati, soprattutto relativamente agli obiettivi di stabilità e di competitività del settore. In tal modo, si responsabilizzano gli operatori bancari, perché sostanzialmente si lascia loro la possibilità di individuare di volta in volta le misure più idonee, sia pure nell'ambito di limiti prefissati. Di conseguenza, cambiano anche le modalità di esercizio del potere di vigilanza da parte della Banca d'Italia, che deve misurare la frequenza e l'intensità dei propri interventi, specie se correttivi, in considerazione degli interessi protetti dall'ordinamento e del livello del rischio di ciascuna banca. In una simile prospettiva, peraltro, verifiche e controlli devono rispondere al principio di proporzionalità, che impone di considerare adeguatamente la situazione concreta e di limitarsi a quanto è necessario per raggiungere la finalità perseguita (come nel caso del "processo di revisione e di valutazione prudenziale" che viene svolto dalla Banca d'Italia nei confronti delle banche sulla base di criteri unitari e di metodologie uniformi). Si realizza così un nuovo modello, che si fonda su schemi di tipo consensuale e partecipativo, che favoriscono un maggior dialogo tra regolatore e regolati: il modello di azione dell'autorità di vigilanza si evolve e da quantitativo diventa anche qualitativo, in quanto è preordinato all'analisi e alla verifica dell'adeguatezza e dell'efficacia dei modelli organizzativi e strutturali, al fine di stimare, controllare e gestire i rischi.

2.3. *Il nuovo assetto successivo alla crisi finanziaria del 2008*

La terza fase è quella attuale e ha inizio con la crisi finanziaria del 2008.

Come è noto, quest'ultima è provocata soprattutto da due cause concomitanti. La prima concerne l'azione delle banche, le quali vengono a trovarsi in una situazione di eccessiva esposizione a seguito sia degli ingenti investimenti effettuati in strumenti finanziari complessi e molto redditizi (i cosiddetti "prodotti strutturati di credito") senza una adeguata valutazione del rischio, sia del crollo del mercato statunitense dei mutui concessi a soggetti ad alta probabilità di insolvenza (i cosiddetti "*subprime*"), che determina effetti a livello mondiale. La seconda attiene alla mancanza negli ordinamenti bancari sia di regole uniformi e condivise in sede internazionale in materia di requisiti patrimoniali e di gestione della liquidità delle banche, sia di appropriate misure di vigilanza di carattere macroprudenziale idonee a salvaguardare il sistema complessivo dagli effetti negativi che derivano da comportamenti analoghi adottati dalla totalità o, comunque, dalla maggior parte degli operatori bancari. Questa situazione porta al fallimento di alcune banche di rilevanza mondiale e rende necessari numerosi provvedimenti governativi per il salvataggio di quelle in difficoltà.

Per far fronte alla crisi vengono realizzati interventi di riforma a livello europeo e globale.

I provvedimenti adottati dall'Unione europea riguardano l'organizzazione e la disciplina sostanziale del settore. Con la crisi globale, infatti, vengono in evidenza i limiti del modello esistente, fondato sul principio dell'armonizzazione minima della normativa attraverso le direttive e su quello dell'*home country control*: appaiono chiari, in particolare, i problemi che derivano dal disallineamento tra l'internazionalizzazione dei mercati e la vigilanza di livello nazionale.

L'orientamento politico che viene seguito è quello di delegare ai governi nazionali la gestione delle crisi e delle conseguenti decisioni per il salvataggio delle banche, ancorché sulla base dell'azione di coordinamento e di concertazione assicurata dall'Unione europea. Il disegno, peraltro, viene realizzato in Italia con i d.l. 9 ottobre 2008, n. 155, e 29 novembre 2008, n. 185, che attribuiscono al Ministero dell'economia e delle finanze poteri per l'adozione delle misure straordinarie per contrastare gli effetti negativi della crisi finanziaria, a tutela della stabilità del sistema e del risparmio. Più specificamente, tali norme prevedono, tra l'altro, l'autorizzazione a rilasciare la garanzia statale a favore dei depositanti in aggiunta ai sistemi di assicurazione dei depositi esistenti, a concedere la garanzia statale sulle passività delle banche, a effettuare operazioni di scambio tra titoli di Stato e strumenti finanziari delle banche, a realizzare interventi di emergenza per la ricapitalizzazione delle banche in difficoltà, nonché la creazione di un sistema di monitoraggio del finanziamento dell'economia tramite il sistema bancario.

Nello stesso tempo, si accentua il processo di riforma della architettura istituzionale del sistema finanziario europeo, con l'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) nel 2010 e con la costituzione dell'Unione bancaria europea (UBE) a partire dal 2013. Si tratta di interventi che si riferiscono ad ambiti diversi: il primo comprende tutti e tre i settori dei mercati finanziari (bancario, finanziario-mobiliare, assicurativo) e si applica a tutti gli Stati membri, mentre il secondo interessa solamente

il settore bancario e i paesi dell'area euro (salva la facoltà per gli altri di aderirvi, cosiddetto *opt-in*).

Il SEVIF è un sistema plurilivello di autorità microprudenziali e macroprudenziali che comprende il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS), le tre autorità europee di vigilanza – segnatamente l'Autorità bancaria europea (ABE), l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA) – e le autorità di vigilanza nazionali. Tale sistema di vigilanza sta subendo cambiamenti in considerazione della piena realizzazione dell'Unione bancaria e del recesso del Regno Unito dall'Unione europea.

Scopo primario del SEVIF è garantire che le norme applicabili al settore finanziario siano adeguatamente attuate negli Stati membri al fine di mantenere la stabilità finanziaria, promuovere la fiducia dei consumatori e offrire loro protezione. Gli obiettivi del SEVIF includono anche lo sviluppo di una cultura di vigilanza comune e la promozione di un mercato finanziario europeo unico.

Il SEVIF è strutturato come sistema di vigilanza microprudenziale e macroprudenziale. La prima mira essenzialmente a controllare e limitare le difficoltà dei singoli istituti finanziari, proteggendo in tal modo i consumatori. La seconda, invece, riguarda l'esposizione del sistema finanziario nel suo insieme a rischi comuni ed è finalizzata a circoscrivere le sue difficoltà, per proteggere l'economia globale da perdite considerevoli del prodotto reale.

Nel quadro del SEVIF, il CERS è responsabile della vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario dell'Unione europea, mentre il controllo microprudenziale è effettuato dall'ABE, dall'ESMA e dall'EIOPA, che cooperano tramite un comitato congiunto. Il CERS agisce principalmente attraverso la formulazione di raccomandazioni, che non sono vincolanti, ma che possono essere rese pubbliche, così da obbligare di fatto le autorità nazionali a comunicare le azioni avviate secondo la modalità della cosiddetta *comply or explain*. Alle tre autorità europee di vigilanza, viceversa, sono riconosciuti ampi poteri di regolazione, che si concretizzano nella predisposizione di norme e di standard tecnici, da sottoporre all'approvazione da parte della Commissione dell'Unione europea.

In particolare, l'ABE opera per assicurare un livello di regolamentazione e di vigilanza prudenziale efficace e uniforme nel settore bancario europeo, garantendone la stabilità finanziaria, nonché l'integrità, l'efficienza e il regolare funzionamento.

L'UBE è l'indispensabile complemento dell'Unione economica e monetaria (UEM) e del mercato interno. Essa armonizza a livello europeo le competenze in materia di vigilanza, risoluzione e finanziamento e impone alle banche della zona euro di conformarsi alle medesime norme. In particolare, tali norme assicurano che le banche assumano rischi calcolati e paghino il prezzo degli eventuali errori commessi, facendo fronte alle proprie perdite e al rischio di una chiusura, così da minimizzare nel contempo il costo per i contribuenti.

I principali obiettivi dell'UBE sono quattro: garantire la solidità delle banche e la loro capacità di superare eventuali crisi finanziarie, evitare situazioni in cui il denaro dei contribuenti è utilizzato per salvare banche in dissesto, ridurre la frammentazione del mercato armonizzando le norme che regolano il settore finanziario e rafforzare la stabilità finanziaria nella zona euro e nell'insieme dell'Unione europea.

Attualmente, l'UBE è costituita da tre elementi, il Codice unico europeo, il Meccanismo di vigilanza unico (MVU) e il Meccanismo di risoluzione unico (MRU). Un quarto elemento, un sistema europeo di assicurazione dei depositi (EDIS), che dovrà basarsi sul complesso dei sistemi nazionali di garanzia dei depositi regolato dalla direttiva 2014/49/UE del 16 aprile 2014, è ancora in fase di discussione: esso sarà preordinato a uniformare la tutela dei depositanti in tutta l'Unione europea, a impedire prelievi dettati dal panico (o la corsa agli sportelli) nei casi in cui una banca diventi insolvente e a contribuire alla stabilità finanziaria globale nel mercato unico.

Il Codice unico europeo consiste in una serie di testi legislativi che vengono applicati a tutti gli enti finanziari e a tutti i prodotti finanziari nell'Unione europea: rientrano tra le sue norme, ad esempio, quelle sui requisiti patrimoniali delle banche, quelle sui sistemi di garanzia dei depositi e quelle per la gestione delle banche in dissesto. Attraverso questo strumento si vuole garantire che le banche siano disciplinate dalle medesime regole in tutti gli Stati membri, in modo da evitare distorsioni del mercato unico e assicurare la stabilità finanziaria.

Il MVU vigila sulle banche di maggiori dimensioni e di importanza sistemica della zona euro (di importanza "significativa", secondo la terminologia del regolamento n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013, che le individua in base alle dimensioni, alla rilevanza economica e alle attività transfrontaliere, nonché alla necessità di un sostegno pubblico diretto). Suoi compiti principali sono vigilare sulla conformità degli enti creditizi ai requisiti prudenziali, individuare carenze in fase precoce e assicurare che si intervenga per superare tali carenze al fine di evitare che la situazione si trasformi in una minaccia per la stabilità finanziaria globale. A tali fini, la solidità delle banche viene verificata mediante una "valutazione approfondita", che comprende l'esame dei bilanci e in particolare della qualità degli attivi, e attraverso "prove di stress", preordinate a verificare se le banche sono sufficientemente capitalizzate e pronte a resistere alle crisi. Il MVU è composto dalla BCE e dalle autorità nazionali di vigilanza degli Stati membri partecipanti, che cooperano sulla base delle modalità stabilite dal regolamento n. ECB/2014/17 del 16 aprile 2014 della stessa BCE, noto come "regolamento quadro".

Il MRU mira alla risoluzione ordinata delle banche in dissesto, cioè alla gestione della crisi di un istituto bancario, a un costo minimo per i contribuenti e per l'economia reale. In particolare, esso provvede a rafforzare la fiducia nel settore bancario, a impedire la corsa agli sportelli e il contagio, a ridurre al minimo la relazione negativa tra banche ed emittenti sovrani, a eliminare la frammentazione del mercato interno dei servizi finanziari. La sua struttura si articola nel Comitato di risoluzione unico e nel Fondo di risoluzione comune, finanziato dal settore bancario, che può intervenire qualora né gli apporti degli azionisti, né il contributo dei creditori si rivelino sufficienti, secondo quanto stabilito dal regolamento n. 806/2014 del 15 luglio 2014.

In conclusione, mentre l'istituzione del SEVIF è contrassegnata dalla creazione di tre agenzie europee dotate di poteri di regolazione e solo in parte di vigilanza, quella dell'UBE si caratterizza per l'accentramento della funzione di vigilanza sulle banche di importanza "significativa" in capo alla BCE, mentre di tutte le altre banche si occupano le autorità nazionali di vigilanza, anche se sempre sotto la responsabilità ultima della BCE stessa. In proposito, merita rilevare che il criterio di distinzione delle competenze tra il livello europeo e quello nazionale non va inteso in senso rigido, sia perché alcune

funzioni, quali la tutela dei consumatori e la lotta al riciclaggio, sono escluse dall'ambito di intervento della BCE, sia perché, ove lo ritenga opportuno, la BCE può agire anche nei confronti di operatori bancari non significativi, sia perché la competenza relativa alle autorizzazioni bancarie è esclusiva della BCE: da questo punto di vista, la mancanza di una separazione netta tra autorità europee e nazionali consente di affermare che ci si trova davanti a un modello di integrazione amministrativa.

La disciplina dell'UBE è in continua evoluzione, sia perché è strettamente connessa a quella di livello internazionale, espressione delle decisioni assunte dal Financial Stability Board (FSB) e dal Comitato di Basilea, sia perché le recenti crisi economiche hanno comportato la necessità di sempre maggiori interventi a tutela del sistema bancario.

Altro strumento utilizzato per far fronte agli scenari di crisi del 2008 è il Meccanismo europeo di stabilità (MES), detto anche Fondo salva-Stati, che è un'organizzazione internazionale a carattere regionale, istituita mediante un trattato intergovernativo, al di fuori del quadro giuridico dell'Unione europea, nel 2012. Esso risponde alla necessità di sostenere finanziariamente gli Stati membri della zona euro in caso di difficoltà economica. Il deterioramento delle finanze pubbliche nei maggiori Stati europei e, in specie, in quelli più deboli (cosiddetti PIIGS), infatti, comporta una forte crescita dei rischi legati al loro debito sovrano (termine che fa riferimento alle obbligazioni vendute da uno Stato ad altri paesi ovvero alla liquidità "presa in prestito" da questi ultimi per soddisfare la spesa pubblica), con conseguente rischio di *default* (cioè di incapacità patrimoniale di soddisfare le proprie obbligazioni) e di aumento dello *spread* (cioè del differenziale dei tassi richiesti dagli investitori per comprare i titoli pubblici), che rende più difficile la raccolta di fondi sui mercati.

Per completezza, va segnalato che l'attività dei nuovi regolatori europei è influenzata dalle scelte compiute a livello globale, dove negli ultimi anni si sono affermate reti di regolatori, composte dalle autorità nazionali di regolazione finanziaria. Queste definiscono principi, disposizioni e standard che hanno la finalità primaria di armonizzare la normativa e che vengono recepiti nell'ordinamento europeo e in quelli nazionali, quali, ad esempio, il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, del quale si è fatto cenno.

Le riforme introdotte in sede europea determinano diverse modifiche nell'ordinamento italiano. Il ruolo del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) e del Ministero dell'economia e delle finanze si ridimensiona, mentre quello della Banca d'Italia diviene fondamentale. In particolare, quest'ultima, dal 1999, con l'avvento del SEBC, diventa banca centrale nazionale, trasferendo alla BCE una parte delle proprie prerogative, e svolge una serie di funzioni dirette ad assicurare la stabilità monetaria e la stabilità finanziaria. Con il passaggio all'euro non è più autonomo istituto di emissione, banca delle banche, non esercita più singolarmente la vigilanza e la regolamentazione sui sistemi di pagamento, non dirige più in modo indipendente la politica monetaria. Continua, però, a emettere moneta comune, a gestire la regolazione della liquidità mediante operazioni di mercato aperto, a rifinanziare le banche e ad amministrare le riserve valutarie non conferite alla BCE secondo le sue direttive o le sue autorizzazioni, sulla base del principio di sussidiarietà. Inoltre, esercita la vigilanza sul sistema creditizio e sui mercati finanziari, è autorità "antitrust" per il sistema creditizio, condivide con la BCE la vigilanza e la regolamentazione sui sistemi di pagamento, concorre alle decisioni della politica monetaria unica nell'area dell'euro.

In particolare, la Banca d'Italia è l'autorità nazionale competente nell'ambito del MVU sulle banche e, in qualità di Autorità nazionale di risoluzione delle crisi, svolge compiti di istruttoria e operativi nell'ambito del MRU. Essa ha natura di istituto di diritto pubblico e beneficia di una posizione di piena indipendenza dal potere politico, sancita espressamente dall'art. 130 del TFUE e dall'art. 19, co. 1, l. n. 262/2005.

Presso la Banca d'Italia è istituita l'Unità di informazione finanziaria per l'Italia (UIF) che, in una posizione di specifica autonomia, esercita funzioni di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

3. La disciplina del mercato finanziario

La disciplina del mercato mobiliare è piuttosto recente. Essa si attesta in modo organico e compiuto, infatti, solo a partire dalla metà degli anni Settanta dello scorso secolo. La sua finalità è quella di soddisfare principalmente due esigenze: incrementare i mercati regolamentati e assicurarne la trasparenza e la concorrenza. Il processo di sviluppo, peraltro, si realizza progressivamente, in fasi distinte.

Oggetto della disciplina sono gli intermediari finanziari, cioè gli operatori specializzati negli investimenti per conto terzi nel mercato finanziario che facilitano l'incontro tra la domanda e l'offerta di capitali. Rientrano nella categoria, oltre alle banche, soprattutto le società di investimento mobiliare (SIM), le società di investimento a capitale variabile (SICAV) o fisso (SICAF), le società di gestione del risparmio (SGR), nonché i promotori finanziari e gli agenti di cambio.

Le attività regolamentate sono le operazioni di contrattazione e di scambio di strumenti finanziari di varia natura, di prima emissione (mercato primario) oppure già in circolazione (mercato secondario), a medio o lungo termine, che si svolgono sui mercati mobiliari, regolamentati e non: in particolare, l'offerta pubblica di sottoscrizione e di vendita e quella di acquisto e di scambio. Tutte queste operazioni, essendo forme di sollecitazione all'investimento, sono assoggettate a controllo pubblico a tutela dei risparmiatori.

3.1. *L'evoluzione della normativa sul mercato finanziario*

Il primo provvedimento rilevante è il d.l. 8 aprile 1974, n. 95, con il quale si istituisce la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), concepita come organo del Ministero del tesoro, dotato di limitata autonomia. Ad essa vengono assegnati due ordini di compiti, finalizzati a garantire la trasparenza e l'informazione dei risparmiatori: quello di controllare il funzionamento delle borse valori e quello di esercitare poteri ordinatori in materia di società. Tali compiti, però, possono essere svolti esclusivamente in relazione al mercato di borsa e ai titoli quotati.

Questo primo intervento legislativo nel settore (escludendo quelli sulla borsa di inizio del XX secolo) trasferisce al nuovo organo i poteri prima di competenza delle camere di commercio e delle autorità locali di borsa, attribuendogliene nel contempo di nuovi (quali, tra gli altri, quello di ammissione di titoli, quello di accertamento della

regolarità e delle modalità di finanziamento delle operazioni di intermediazione e di negoziazione e quello di determinazione dei tipi di contratti ammessi). In simili termini, esso realizza una riforma parziale, perché, da una parte, si limita a intervenire sull'assetto degli organi pubblici di controllo, senza peraltro attuare in pieno il principio della specializzazione, in base al quale tutti i poteri dovrebbero essere concentrati in un unico soggetto, e, dall'altra, non introduce soluzioni al problema principale della ristrettezza del numero degli operatori.

Nei primi anni Ottanta dello scorso secolo, si assiste a un consolidamento della normativa statale sul mercato dei valori mobiliari per effetto di un fattore esterno di natura sovranazionale: l'adozione delle direttive 279/1979/CEE del 5 marzo 1979 e 390/1980/CEE del 17 marzo 1980. Il legislatore italiano interviene con la l. 23 marzo 1983, n. 77, che regola i fondi comuni di investimento immobiliare e i controlli sulla sollecitazione del pubblico risparmio, e con la l. 4 giugno 1985, n. 285, che detta disposizioni sull'ordinamento della CONSOB, riconoscendole personalità giuridica pubblica e ampia autonomia. La disciplina in materia inizia così ad ampliarsi, passando da regolazione pubblica della borsa e della trasparenza a regolazione pubblica del mercato mobiliare e, conseguentemente, l'azione della CONSOB si sposta dal campo dell'informazione societaria a quello della sollecitazione del pubblico risparmio, con un forte incremento dell'attività regolativa.

Negli anni immediatamente successivi, il ruolo della CONSOB nell'organizzazione e nell'ordinamento del mercato si rafforza, anche grazie alla adozione di una serie di regolamenti sul funzionamento, sull'amministrazione e sulla contabilità, nonché sul trattamento giuridico ed economico del personale. Vi è pure un ampliamento delle sue competenze, ancora una volta in esito all'attuazione della normativa comunitaria, soprattutto sull'uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari (*insider trading*), sulle società di intermediazione mobiliare e sui fondi comuni di investimento. In questo periodo, particolare rilevanza assumono gli interventi in materia di informazione al mercato, che non riguarda più solo gli obblighi prevalentemente contabili imposti dalla legge e dal codice civile, ma viene a interessare anche tutti quegli aspetti dell'attività societaria che si rivelano idonei a incidere sensibilmente sul corso dei valori mobiliari quotati: in tal modo si assicura un flusso informativo immediato e continuo tra intermediari e mercato, senza necessità di azioni preventive da parte dell'autorità di vigilanza.

Nell'ultima fase, che giunge fino ai giorni nostri, si accentua ulteriormente l'influenza dell'Unione europea, con conseguente dilatazione dell'attività regolativa sia sovranazionale sia interna, che porta anche all'ampliamento dell'autonomia e delle funzioni della CONSOB.

Vi sono, prima, la riforma della disciplina dei servizi di investimento in valori mobiliari realizzata con il d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (cosiddetto decreto "eurosime") e, poi, l'approvazione del testo unico delle norme in materia di intermediazione finanziaria, di cui al d.lgs. n. 58/1998. Queste disposizioni hanno un duplice effetto nei confronti della CONSOB: da un lato, ne estendono i poteri regolativi e di vigilanza, con acquisizione del controllo completo degli intermediari di valori mobiliari; dall'altro, le sottraggono i compiti di regolazione e di gestione del mercato, affidandoli a società per azioni espressamente costituite.

In seguito, i dissesti industriali delle società Cirio e Parmalat dei primi anni Duemila e la crisi finanziaria del 2008 fanno emergere forti criticità interne al settore, connesse soprattutto alle regole che governano i mercati, al comportamento degli operatori e ai meccanismi di sollecitazione e di tutela del pubblico risparmio. Il regime delle funzioni della CONSOB, dunque, viene nuovamente modificato. A livello interno, la l. n. 262/2005 ne rafforza i poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione sugli emittenti, sull'attività di intermediazione e sul funzionamento del mercato. A livello europeo, viene approvata – come si è visto – una nuova disciplina delle autorità di vigilanza sulla finanza privata, con l'istituzione del SEVIF e dell'ESMA. In sede internazionale si incrementano le iniziative di istituzioni delle quali fa parte anche la CONSOB: l'*International Organisation of Securities Commissions* (IOSCO), rete transnazionale delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari, che è chiamata a promuovere tra gli associati la cooperazione per il miglioramento della regolamentazione dei mercati e lo scambio di informazioni, a favorire la comune fissazione di *standards* e una sorveglianza efficace sulle transazioni internazionali in titoli, nonché a favorire la mutua assistenza per assicurare l'integrità dei mercati; e il *Financial Stability Board* (FSB), che ha l'obiettivo di promuovere la stabilità finanziaria internazionale, rendendo più efficienti i mercati, e di ridurre il rischio sistemico attraverso lo scambio di informazioni e la cooperazione tra autorità di vigilanza. Ciò determina lo sviluppo di una intensa attività di regolazione della CONSOB, che tocca vari aspetti, tra i quali, tra gli altri, gli intermediari, i promotori, gli emittenti, le partecipazioni rilevanti e i patti parasociali, gli scambi organizzati di strumenti finanziari fuori dei mercati regolamentati, i servizi di gestione accentrata, i prospetti, le operazioni con parti correlate e i consulenti finanziari.

3.2. La Commissione nazionale per le società e la borsa

In definitiva, nel corso di oltre un quarantennio, il ruolo e le funzioni della CONSOB si modificano fortemente. Essa progressivamente si trasforma da organo del Ministero del tesoro in autorità amministrativa indipendente, da istituzione meramente nazionale in organismo parte di una rete sovranazionale di poteri pubblici, da vertice dell'ordinamento delle borse valori in vertice di quello del mercato dei valori mobiliari.

Attualmente, la CONSOB esercita le funzioni di vigilanza sugli intermediari che operano nel mercato finanziario e quelle di controllo sulle attività che si svolgono nei mercati regolamentati, nonché sulle operazioni di sollecitazione all'investimento in prodotti finanziari da chiunque promosse, rivolte ai risparmiatori.

In particolare, la funzione di vigilanza sugli intermediari abilitati alla prestazione dei servizi di investimento è prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 58/1998, che ripartisce le competenze in materia tra la CONSOB e la Banca d'Italia sulla base di un criterio di natura funzionale. Conseguentemente, la prima vigila sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei confronti dei clienti, mentre la seconda controlla la stabilità patrimoniale e il contenimento del rischio. Queste funzioni sono esercitate nei confronti dei soggetti abilitati alla prestazione di servizi di investimento, che svolgono attività di intermediazione finanziaria, a prescindere dalla loro natura. L'attività della CONSOB si svolge soprattutto attraverso l'emanazione di regolamenti

di carattere generale, approvati dopo aver sentito la Banca d'Italia, nonché attraverso la richiesta di dati e di notizie agli intermediari e l'effettuazione di ispezioni, periodiche o straordinarie.

Con riferimento alle operazioni di sollecitazione all'investimento, invece, la CONSOB svolge un'attività di controllo sull'informazione fornita al mercato, al fine di salvaguardare i risparmiatori e di permettere a ciascun investitore di effettuare una scelta di investimento consapevole. In proposito, è stabilito che i soggetti abilitati all'emissione di titoli offerti nella sollecitazione debbano comunicare preventivamente un prospetto informativo contenente notizie sulla loro situazione patrimoniale, economica e finanziaria, nonché sulle caratteristiche dei prodotti offerti.

In relazione alle società per azioni i cui titoli siano quotati in un mercato regolamentato italiano, poi, la CONSOB esercita in via preliminare il controllo sul prospetto di quotazione, al fine di verificarne la conformità, eventualmente indicando all'emittente informazioni integrative. Essa verifica, inoltre, l'ottemperanza agli obblighi di comunicazione da parte delle società quotate delle cosiddette informazioni privilegiate, cioè quelle suscettibili di influire in modo sensibile sui prezzi degli strumenti finanziari, potendo chiedere la diffusione al pubblico di ulteriori notizie e documenti.

Infine, la CONSOB ha anche una competenza generale in tema di funzionamento e di organizzazione dei mercati regolamentati: in specie, ha il potere di autorizzare l'esercizio di tali mercati da parte delle società di gestione e quello di vigilare su di esse, allo scopo di assicurare l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori.

Per l'esercizio di queste funzioni, alla CONSOB è riconosciuto un novero molto ampio di poteri, da prescrittivi a organizzativi, da autorizzatori ad acquisitivi, da cautelari a consultivi, fino a giungere a quelli di controllo e di sanzione.

In base all'attuale struttura, la CONSOB è organo collegiale composto da un Presidente e da quattro commissari, nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso, e scelti tra persone di specifica e comprovata competenza ed esperienza e di indiscussa moralità; la durata del mandato è di sette anni e non è rinnovabile; vi è una disciplina minuziosa delle ipotesi di incompatibilità.

Alla CONSOB è attribuita autonoma personalità giuridica e piena autonomia operativa (organizzativa, funzionale finanziaria e di bilancio). Essa deve informare il Ministero dell'economia e delle finanze sulle attività svolte, ma non è sottoposta al suo potere di direzione.

In considerazione del quadro normativo, è possibile ricondurre la CONSOB alla categoria delle autorità amministrative indipendenti, per quanto non sembra raggiungersi quel livello di piena indipendenza che viene riconosciuto ad altre autorità, quali, ad esempio, l'AGCM.

Quanto al processo di europeizzazione della CONSOB e, più in generale, del settore del mercato mobiliare, può osservarsi che, nel corso degli anni, si registra un notevole incremento.

Inizialmente, il legislatore si occupa delle forme di collaborazione a livello sovranazionale: così, una serie di norme dispone che, nei rispetti delle autorità omologhe dei vari Stati membri, la CONSOB collabori, stipuli accordi per il riconoscimento dei rispettivi mercati organizzati e regolamentati, scambi informazioni e presti cooperazione.

Poi, l'art. 2, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 58/1993 stabilisce che la CONSOB, così come il Ministero dell'economia e delle finanze e la Banca d'Italia, eserciti i propri poteri in armonia con le disposizioni dell'Unione europea, applicandone i regolamenti e le decisioni e provvedendo in merito alle raccomandazioni concernenti le materie di competenza: in tal modo si consente l'affermazione di forme di cooperazione in luogo di quelle di collaborazione.

Infine, con l'istituzione del SEVIF, si realizza un vero e proprio sistema di disciplina e di vigilanza in campo finanziario, che coinvolge in pieno le autorità nazionali. Si tratta di un ordinamento complesso, ordinato nelle forme dei servizi a rete, fondato non sul principio gerarchico, ma su meccanismi di integrazione tra i soggetti che lo compongono. Nello stesso tempo, per un verso, si amplia in misura significativa l'ambito di intervento della regolamentazione, che viene a interessare tutti i profili della disciplina dei mercati mobiliari: ciò sia attraverso l'armonizzazione europea delle regole, che impone norme comuni senza annullare gli spazi di autonomia degli ordinamenti nazionali, sia attraverso il riconoscimento alle autorità nazionali del potere di diretta applicazione del diritto dell'Unione europea (ad esempio, la direttiva 2004/39/CE del 21 aprile 2004, conosciuta anche come direttiva MiFID, acronimo di *Markets in Financial Instruments Directive*, che partecipa alla costruzione di un mercato finanziario integrato, efficace e competitivo nell'Unione europea, definendone i principi generali, e si inquadra nel più ampio "piano di azione per i servizi finanziari", viene recepita non solo a opera del legislatore, ma per gran parte mediante regolamenti della CONSOB). Per altro verso, si aumentano i poteri delle tre autorità europee di vigilanza, le quali definiscono le norme tecniche di regolamentazione e di attuazione, emanano orientamenti e formulano raccomandazioni, anche per garantire l'applicazione comune, uniforme e coerente del diritto europeo, coordinano le autorità nazionali che devono vigilare sugli operatori nazionali e risolvono eventuali conflitti tra queste, intervengono direttamente in determinate situazioni di emergenza.

Si consideri, peraltro, che la circostanza della doppia appartenenza all'ordinamento nazionale e a quello dell'Unione europea non si evidenzia solo con riferimento alla CONSOB. Tuttavia, in questo caso, come in quello della Banca d'Italia, assume caratteristiche peculiari, in considerazione del principio del riconoscimento reciproco, introdotto in origine con la direttiva 345/1987/CEE del 22 giugno 1987 e poi sancito espressamente in Italia dal d.lgs. n. 58/1998.

3.3. Le regole su intermediari, mercati ed emittenti

Al processo di modifica del ruolo e delle funzioni della CONSOB si affianca quello relativo alla disciplina degli intermediari, dei mercati e degli emittenti, che trova ora compiuta definizione nel d.lgs. n. 58/1998.

Sul punto, la disciplina vigente si segnala principalmente sotto tre profili.

Il primo riguarda l'introduzione di nuove e più precise nozioni in luogo di quelle tradizionali di sollecitazione al pubblico risparmio e di valori mobiliari.

Si tratta di definizioni di carattere prevalentemente tecnico. In questi termini si precisa che deve intendersi per "offerta pubblica di prodotti finanziari" ogni comunicazio-

ne indirizzata a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari, così da consentire a un investitore di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati; per "valori mobiliari" le categorie di valori che possono essere negoziati nel mercato dei capitali (quali, ad esempio, le azioni, le obbligazioni, gli altri titoli di debito e qualsiasi altro valore mobiliare); per "strumenti del mercato monetario" quelli normalmente negoziati in tale mercato (quali, ad esempio, i buoni del Tesoro, i certificati di deposito e le carte commerciali); per "ricevute di deposito" i titoli negoziabili sul mercato dei capitali, rappresentanti la proprietà dei titoli di un emittente non domiciliato, ammissibili alla negoziazione in un mercato regolamentato e negoziati indipendentemente dai titoli dell'emittente non domiciliato; per "strumenti finanziari" quelli espressamente individuati in un allegato al decreto stesso, che comunque non siano di pagamento (con una casistica molto ampia, che comprende, tra l'altro, i valori mobiliari, gli strumenti del mercato monetario, le quote di un organismo di investimento collettivo, i contratti di opzione, i contratti finanziari a termine standardizzati detti *future*, *swap*, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, quote di emissione o altri strumenti finanziari derivati, indici finanziari); per "prodotti finanziari" gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria, con l'esclusione dei depositi bancari o postali e con l'aggiunta, ai sensi della successiva l. n. 262/2005, di quelli emessi da imprese di assicurazione; per "servizi e attività di investimento" vari servizi che abbiano ad oggetto strumenti finanziari (quali, ad esempio, la negoziazione per conto proprio, l'esecuzione di ordini per conto dei clienti, l'assunzione a fermo e/o il collocamento sulla base di un impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente, il collocamento senza impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente, la gestione di portafogli, la ricezione e la trasmissione di ordini, la consulenza in materia di investimenti, la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione, la gestione di sistemi organizzati di negoziazione); per "servizi accessori" quelli espressamente individuati in un allegato al decreto stesso (anche in questo caso con una casistica molto ampia, che comprende la custodia e l'amministrazione di strumenti finanziari per conto dei clienti, la concessione di crediti o di prestiti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a uno o più strumenti finanziari, nella quale interviene l'impresa che concede il credito o il prestito, la consulenza alle imprese in materia di struttura del capitale, di strategia industriale e di questioni connesse, la consulenza e servizi concernenti le concentrazioni e l'acquisto di imprese, il servizio di cambio quando è legato alla fornitura di servizi di investimento, la ricerca in materia di investimenti e di analisi finanziaria o di altre forme di raccomandazione generale riguardanti le operazioni relative a strumenti finanziari).

Il secondo profilo riguarda la disciplina degli intermediari, dei mercati e degli emittenti. Tale disciplina diversifica fini, strumenti e organi di controllo.

Gli intermediari sono i soggetti abilitati a offrire servizi di investimento, quali, ad esempio, le società di intermediazione mobiliare (SIM), i gestori di fondi di investimento alternativi (GEFIA), nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'art. 106 del d.lgs. n. 385/1993, le banche autorizzate all'esercizio dei servizi o delle attività di investimento. La loro disciplina è in parte diversificata e in parte comune.

Si differenzia in relazione ai vari tipi di servizi di investimento consentiti e al regime di vigilanza, nonché alla sede, europea o extraeuropea, delle imprese. Ha tratti unitari, mutuati dalla normativa bancaria, invece, relativamente alle finalità della vigilanza (che mira alla tutela degli investitori, alla stabilità, al buon funzionamento e alla competitività del sistema finanziario, al rispetto delle regole) e agli organi competenti (specie, Banca d'Italia e CONSOB, nel rispetto delle rispettive competenze concernenti il contenimento del rischio e la sana e prudente gestione, per la prima, e la trasparenza e la correttezza dei comportamenti, per la seconda), nonché a una serie di ulteriori profili più specifici, tra i quali quelli concernenti i controlli all'entrata, l'iscrizione ad albi, i vertici aziendali, gli assetti proprietari, i contratti e la disciplina delle situazioni di crisi.

I mercati sono distinti in regolamentati e non regolamentati, sulla base di un elenco che è tenuto dalla CONSOB. In mancanza di una definizione normativa, peraltro, si può dire che i primi sono quelli assoggettati a un sistema di regole dirette a definirne l'organizzazione e le modalità di funzionamento.

Diversamente dal passato, oggi, per effetto della liberalizzazione, non vi è più l'obbligo di concentrazione degli scambi nei mercati regolamentati. Ne consegue che, anche in considerazione delle minori formalità previste, una quota rilevante delle negoziazioni si svolge nelle cosiddette "piattaforme alternative di negoziazione". Queste ultime consistono in un sistema multilaterale gestito da un'impresa di investimento o da un gestore del mercato che consente l'incontro, al suo interno e in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari.

Le disposizioni in materia di mercati regolamentati hanno duplice natura, privatistica e pubblicistica.

Innanzitutto, vi sono le norme che hanno ad oggetto la società di organizzazione e di gestione dei mercati, la Borsa italiana. Questa è una società per azioni di diritto speciale, perché è necessaria, ha un oggetto esclusivo, dispone di un capitale minimo fissato dalla CONSOB e ha azioni a circolazione limitata. Suoi compiti principali sono la vigilanza sul corretto svolgimento delle negoziazioni, la definizione dei requisiti e delle procedure di ammissione e di permanenza sul mercato per le società emittenti, l'individuazione dei requisiti e delle procedure di ammissione per gli intermediari, la gestione dell'informativa delle società quotate. Essa, inoltre, organizza e gestisce il mercato italiano utilizzando un sistema di negoziazione completamente elettronico per l'esecuzione degli scambi in tempo reale.

Poi, vi sono le norme che riguardano il funzionamento del mercato e i controlli. I poteri gestionali e regolamentari attribuiti alla Borsa italiana (in materia di organizzazione di strutture e servizi, di ammissione ed esclusione dei tipi di strumenti finanziari, di prevenzione e individuazione degli abusi di informazione e manipolazione del mercato, di entrata ed esclusione degli operatori e delle negoziazioni, di accertamento, pubblicazione e diffusione dei prezzi, di regolazione dei contratti, di osservanza delle regole) rispondono a esigenze di interesse generale, prime tra tutte la tutela degli investitori e la stabilità del sistema finanziario. I poteri di controllo sono attribuiti a soggetti pubblici, quasi completamente alla CONSOB, che li esercita nei confronti sia della Borsa italiana, sia, in caso di necessità e di urgenza, degli intermediari finanziari.

Gli emittenti sono i soggetti che, per il finanziamento delle proprie attività, emetto-

no strumenti finanziari idonei a essere scambiati su un mercato. Le imprese organizzate in forma di società di capitali, gli enti pubblici e lo Stato sono i più importanti emittenti di strumenti finanziari. Il d.lgs. n. 58/1998, peraltro, si occupa specificamente degli “emittenti quotati”, cioè di quei soggetti, italiani o esteri, inclusi i “trust”, che emettono strumenti finanziari quotati in un mercato regolamentato italiano o di altri Stati membri dell’Unione europea. In proposito, alla CONSOB sono riconosciuti poteri regolamentari, potendo dettare in particolare norme sul funzionamento delle società, e di vigilanza, potendo giungere a impugnare delibere assembleari o a sostituirsi agli organi sociali; inoltre, essa può essere destinataria di obblighi di comunicazione da parte degli operatori.

Il terzo profilo riguarda le operazioni di appello al pubblico risparmio, che comprendono le offerte al pubblico di sottoscrizione e di vendita e le offerte pubbliche di acquisto o di scambio (rientrano nel concetto di offerta anche gli inviti a offrire o i messaggi promozionali, in qualsiasi forma effettuati).

Su tali operazioni è previsto il controllo della CONSOB, ai fini, ancora una volta, della tutela degli investitori e dell’efficienza e della trasparenza dei mercati del controllo societario e dei mercati dei capitali. In questo caso, la CONSOB esercita svariati poteri oltre a quelli generali di regolazione (che attengono a punti specifici, riguardando il contenuto del prospetto informativo, le modalità di svolgimento delle offerte, gli obblighi di correttezza degli operatori, le partecipazioni rilevanti, i patti parasociali, lo svolgimento delle assemblee e così via): sono poteri autorizzativi (ad esempio, autorizza la pubblicazione dei prospetti informativi), prescrittivi (ad esempio, indica le informazioni da pubblicare), acquisitivi (ad esempio, chiede notizie integrative), interdittivi (ad esempio, sospende o vieta le offerte in caso di violazione di disposizioni normative), di controllo (ad esempio, verifica la correttezza dell’informazione) e di sanzione (irroga le sanzioni previste).

4. La disciplina delle assicurazioni

Una penetrante disciplina pubblicistica è prevista anche per il settore delle assicurazioni private. Il fine che si intende perseguire nella prospettiva di garantire alla collettività il servizio assicurativo è duplice: la tutela degli assicurati, da una parte; la stabilità e la solvibilità delle imprese, dall’altra.

Il testo normativo di riferimento in materia è il d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, che contiene il codice delle assicurazioni private, di seguito più volte modificato e integrato, da ultimo dai d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74 (di recepimento della direttiva 2009/138/CE del 25 novembre 2009, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione, cosiddetta direttiva solvibilità II), 21 maggio 2018, n. 68 (di attuazione della direttiva 2016/97/UE del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa), 13 dicembre 2018, n. 147 (di attuazione della direttiva 2016/2341/UE del 14 dicembre 2016, relativa alle attività e alla vigilanza degli enti pensionistici aziendali o professionali), e 10 maggio 2019, n. 49 (di attuazione della direttiva 2017/828/UE del 17 maggio 2017, che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l’incoraggiamento dell’impegno a lungo termine degli azionisti), nonché dal d.l. 30 aprile 2019, n. 34.

4.1. Il controllo del settore

La disciplina italiana trae origine dalla l. 4 aprile 1912, n. 305, che istituisce un ente pubblico al quale viene attribuito il monopolio delle assicurazioni sulla vita, l'Istituto nazionale delle assicurazioni (INA). In questo modo si introduce un primo sistema di controllo del settore, che si fonda principalmente su due istituti: l'autorizzazione all'entrata e la verifica sulle tariffe.

È solo con il r.d.l. 29 aprile 1923, n. 966, però, che viene adottata una disciplina di tipo generale (non più limitata alle sole polizze vita), diretta a garantire gli assicurati nei confronti delle imprese assicurative con riferimento a tutte le prestazioni, al verificarsi del rischio. Il nuovo sistema assegna al Ministero dell'economia nazionale il compito di vigilare sul settore, che viene svolto attraverso l'esercizio di poteri di autorizzazione per l'accesso al mercato, di prescrizione di regole (relativamente, ad esempio, all'approvazione dei modelli contrattuali e alla fissazione delle tariffe), di ordine di comportamenti, di ispezione, di inchiesta e di sanzione.

Negli anni successivi, questo insieme di potestà di direzione e di conformazione viene ampliato, in tempi differenti, con diverse norme di vario contenuto, che ne complicano il quadro, così da renderne necessaria la loro unificazione in un testo unico, adottato con il d.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449. Tale decreto pone le imprese assicurative in una situazione di soggezione alla pubblica amministrazione, con riferimento all'accesso al settore e all'esercizio dell'attività.

Il testo unico del 1959 subisce varie modifiche, soprattutto dopo l'introduzione dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti (di cui alla l. 24 dicembre 1969, n. 990) e l'istituzione dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP) (di cui alla l. 12 agosto 1982, n. 576), fino al momento della sua abrogazione operata dal codice delle assicurazioni private del 2005.

L'evoluzione della disciplina è conseguenza della copiosa normativa europea adottata con quattro interventi distinti in applicazione dei principi di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi.

Il primo intervento è quello degli anni Settanta dello scorso secolo, che vede l'adozione delle prime direttive per i settori dell'assicurazione per i danni e sulla vita. Vengono introdotte disposizioni di coordinamento delle legislazioni degli Stati membri con l'obiettivo di affermare il diritto di stabilimento, ferma rimanendo la sorveglianza delle autorità nazionali. In particolare, si vieta il cumulo dello svolgimento del ramo vita con quello danni, si rendono omogenei i settori tra i vari paesi, si definiscono le condizioni di accesso, si elimina la valutazione discrezionale delle domande in funzione delle esigenze economiche del mercato.

Il secondo intervento si ha con le direttive del decennio successivo, che disciplinano la libertà di prestazione di servizi (che consente alle imprese di concludere contratti senza dotarsi di una organizzazione stabile negli altri Stati dell'Unione europea) e introducono il principio del controllo del paese di origine (*home country control*), seppur solo in parte, in quanto limitatamente ai cosiddetti "grandi rischi" (negli altri casi, invece, si applica il principio opposto dell'*host country control*, cioè del controllo operato dall'autorità dell'altro Stato).

Negli anni Novanta si realizza il terzo intervento, con due ulteriori direttive sul ramo danni e su quello vita. Tali direttive istituiscono un mercato unico delle assicurazioni, che si realizza mediante il meccanismo della cosiddetta “licenza unica”, con conseguente attribuzione allo Stato d’origine della vigilanza sull’intera attività dell’impresa assicurativa. Inoltre, esse eliminano la distinzione tra i grandi rischi e quelli di massa, introducono il divieto per gli Stati membri di prevedere l’approvazione o la comunicazione delle condizioni generali di polizza e delle tariffe, salvo che per le assicurazioni obbligatorie, prevedono obblighi di trasparenza e di corretta informazione a tutela del consumatore, sanciscono il principio della cooperazione tra autorità nazionali di controllo.

Il quarto intervento si concretizza negli anni Duemila, soprattutto con la citata direttiva n. 2009/138/CE, cosiddetta direttiva “solvibilità II”, e con la direttiva 2016/97/UE del 20 gennaio 2016, in materia di distribuzione assicurativa, oltre che con le direttive che intervengono sul nuovo quadro europeo delle autorità di vigilanza nel settore finanziario (specie la direttiva 2014/51/UE del 16 aprile 2014), già descritto.

Accanto a questi quattro interventi di carattere generale, peraltro, ve ne sono numerosi altri di natura più specifica, che riguardano, tra l’altro, gli agenti e i mediatori di assicurazioni, la coassicurazione europea, alcuni rami “speciali” (assistenza, crediti, tutela giudiziaria), i conti annuali e consolidati, il risanamento e la liquidazione delle imprese di assicurazione, l’intermediazione assicurativa, la riassicurazione, le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e di incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, la responsabilità civile per la circolazione degli autoveicoli.

4.2. Il codice delle assicurazioni private e l’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni

All’abbondante produzione normativa europea ne corrisponde una altrettanto ampia italiana, composta da provvedimenti, spesso di contenuto prevalentemente tecnico, approvati nel corso degli anni.

Le disposizioni fondamentali sono ora contenute nel codice delle assicurazioni private, di cui al d.lgs. n. 209/2005, e nel d.l. 6 luglio 2012, n. 95.

Nella sostanza, il primo indica tutto ciò che un’impresa assicurativa può o non può fare, stabilendo come devono essere eseguite le operazioni interne e quali attività possono essere svolte. Più specificamente, dopo aver dettato disposizioni generali in relazione alla vigilanza sull’attività assicurativa e riassicurativa, al segreto d’ufficio e alla collaborazione con altre autorità e altri soggetti, nonché ai sistemi interni di segnalazione delle violazioni e alla procedura di segnalazione, esso disciplina l’accesso all’attività assicurativa e riassicurativa e il loro esercizio (anche con riferimento al sistema di governo societario e alle regole contabili e patrimoniali), le imprese locali e le particolari mutue assicuratrici, gli assetti proprietari, l’attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa, l’assicurazione obbligatoria per i veicoli a motori e per i natanti, i contratti, la trasparenza delle operazioni e la protezione dell’assicurato, la vigilanza sulle imprese, sugli intermediari e sul gruppo, le misure di salvaguardia, il risanamento e la

liquidazione, i sistemi di indennizzo, le sanzioni e i procedimenti sanzionatori. Di rilievo, peraltro, sono le modifiche apportate al codice dal d.lgs. n. 68/2018, che, per un verso, introduce i concetti di distribuzione assicurativa e di governo del prodotto e, per l'altro, prevede una revisione delle regole di condotta in specie nella fase precontrattuale anche con riguardo alle modalità di pagamento dei premi, una semplificazione e una standardizzazione delle informazioni ai clienti, nonché una rinnovata dimensione del coordinamento tra autorità di controllo nazionali e internazionali (in caso di distribuzione in regime di libera prestazione o di libertà di stabilimento nel territorio dell'Unione europea).

Il secondo, invece, dispone la costituzione dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) in sostituzione dell'ISVAP.

Sul piano pubblicistico, peraltro, i profili di maggior rilevanza dell'attuale disciplina del settore assicurativo riguardano l'autorità di vigilanza, i requisiti di accesso e le condizioni di esercizio dell'attività assicurativa, l'attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa.

Quanto al primo, scopo principale dell'attività di vigilanza è l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative. Altro suo obiettivo importante, poi, anche se subordinato al precedente, è la stabilità del sistema e dei mercati finanziari.

Con la l. n. 576/1982, che innova rispetto al passato, la funzione di vigilanza è attribuita a un organismo appositamente costituito, l'ISVAP. Inizialmente, quest'ultimo viene configurato come autorità amministrativa solo parzialmente indipendente. Infatti, se, da una parte, gli si riconosce un elevato grado di autonomia organizzativa, finanziaria e contabile, dall'altra, si prevede che la sua azione dipenda dagli indirizzi politici e amministrativi dettati, rispettivamente, dal CIPE e dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato e che i suoi componenti siano nominati dal Governo. In seguito, con il d.lgs. 13 ottobre 1998, n. 373, si opera una razionalizzazione delle norme concernenti l'Istituto, ampliandone funzioni e poteri: si sancisce, da un lato, l'eliminazione delle competenze del CIPE in materia di politica assicurativa (che passano al Governo) e, dall'altro, il passaggio all'Istituto di gran parte dei poteri del Ministero e, soprattutto, il riconoscimento del potere di emanare provvedimenti generali. Infine, con il codice delle assicurazioni si dispone un'ulteriore estensione del ruolo dell'Istituto, che diviene pressoché l'unico titolare delle funzioni in materia.

Qualche anno più tardi, al fine di assicurare la piena integrazione dell'attività di vigilanza nel settore, anche attraverso un più stretto collegamento con quella bancaria, si interviene nuovamente e con l'art. 13 del d.l. n. 95/2012 si istituisce l'IVASS, al quale vengono affidate le funzioni dell'ISVAP, ferma restando, in ogni caso, la disciplina in materia di poteri di vigilanza regolamentare, informativa e ispettiva, nonché sanzionatori esercitati dalla CONSOB. Si stabilisce che esso abbia personalità giuridica di diritto pubblico e che operi con piena indipendenza, senza essere sottoposto alle direttive di altri soggetti pubblici o privati, sulla base di principi di autonomia organizzativa, finanziaria e contabile, oltre che di trasparenza e di economicità.

Secondo quanto previsto esplicitamente dall'art. 3 del d.lgs. n. 209/2005, l'attività dell'IVASS è preordinata a garantire l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative attraverso il perseguimento della sana e pru-

dente gestione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione, nonché della loro trasparenza e correttezza nei confronti della clientela (cosiddetta condotta di mercato).

In questa prospettiva, l'IVASS esercita le funzioni di vigilanza nei confronti delle imprese di assicurazione e di riassicurazione, dei gruppi assicurativi, dei conglomerati finanziari nei quali sono incluse le imprese, dei soggetti che svolgono funzioni parzialmente comprese nel ciclo operativo delle imprese, nonché degli intermediari assicurativi e riassicurativi. In particolare, al fine di garantire i propri obiettivi istituzionali, esso effettua una supervisione sui soggetti vigilati (cosiddetta vigilanza microprudenziale), effettuando controlli patrimoniali, finanziari e tecnici, sulla *corporate governance* e sugli assetti proprietari e svolge funzioni di vigilanza sulla stabilità del sistema e dei mercati finanziari (cosiddetta vigilanza macroprudenziale).

Inoltre, l'IVASS autorizza le imprese all'esercizio dell'attività assicurativa e riassicurativa, svolge accertamenti ispettivi presso i gruppi e le imprese del mercato e presso gli altri soggetti vigilati, anche in collaborazione con la Banca d'Italia, con altre autorità pubbliche o di vigilanza assicurativa dell'Unione europea.

Ulteriori compiti sono quelli di verifica sull'operato degli intermediari assicurativi e riassicurativi e sulla conformità dei loro comportamenti alla normativa di settore, con particolare riguardo al rispetto degli obblighi di separazione patrimoniale e di informativa, alla correttezza e alla trasparenza nelle relazioni con il cliente, nonché di cura della tenuta del registro unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi (RUI) e, nell'ottica di protezione del consumatore, di promozione della diffusione di buone prassi tra gli operatori.

Per l'esercizio delle funzioni di vigilanza sulla gestione tecnica, finanziaria e patrimoniale delle imprese e sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti degli operatori, infine, l'IVASS adotta regolamenti per l'attuazione sia del codice delle assicurazioni e delle disposizioni direttamente applicabili dell'Unione europea, sia delle raccomandazioni, delle linee guida e delle altre disposizioni emanate dall'EIOPA; accerta le condotte illecite da parte dei soggetti vigilati e applica sanzioni amministrative di natura pecuniaria e disciplinari; controlla la correttezza dei comportamenti delle imprese nei confronti del consumatore e la trasparenza dei prodotti assicurativi; stabilisce le regole di comportamento che le imprese e gli intermediari sono tenuti a osservare nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti e ne verifica il puntuale adempimento; fornisce assistenza ai consumatori e cura le relazioni con le loro associazioni.

A livello europeo, l'IVASS fa parte del SEVIF, nell'ambito del quale collabora alla convergenza delle prassi di vigilanza, cooperando con l'EIOPA, con il Comitato congiunto delle tre autorità di vigilanza europee, con l'ESRB e con le autorità di vigilanza degli altri Stati membri.

In sede internazionale, l'IVASS partecipa all'Associazione internazionale degli organi di vigilanza nel settore assicurativo (IAIS), che comprende le autorità di oltre 200 paesi, con una quota pari al 97% circa dei premi assicurativi di tutto il mondo. L'IAIS persegue l'obiettivo di promuovere una sorveglianza sulle assicurazioni efficace e coerente sul piano globale e di contribuire alla stabilità finanziaria a livello mondiale, al fine di garantire l'equilibrio, la sicurezza e la stabilità dei mercati assicurativi a tutela degli stipulanti. Essa pubblica principi, norme e direttive globali in materia di assicurazioni, soprattutto in riferimento alla sorveglianza efficace delle assicurazioni (*Insurance*

Core Principles): si tratta di raccomandazioni generali concernenti l'assetto di base del sistema di sorveglianza sulle assicurazioni applicabili a livello mondiale, che fungono da linee guida per le autorità di vigilanza e da strumento per la loro autovalutazione.

La struttura di vertice dell'IVASS è composta da un Presidente, da un Consiglio e da un Direttorio integrato.

Il Presidente è il Direttore generale della Banca d'Italia, in ragione del collegamento istituzionale tra i componenti degli organi di vertice dell'IVASS e della Banca stessa. Esso promuove e coordina l'attività del Consiglio e ha la rappresentanza legale dell'Istituto di fronte ai terzi.

Il Consiglio è un organo collegiale costituito dal Presidente e da due consiglieri. Questi ultimi sono scelti tra persone di indiscussa moralità e indipendenza, oltre che di elevata qualificazione professionale in campo assicurativo, e sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei ministri, assunta d'iniziativa del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Governatore della Banca d'Italia e di concerto con il Ministro dello sviluppo economico. È l'organo cui spetta l'amministrazione generale dell'Istituto, ferme restando le funzioni attribuite al Direttorio integrato dallo Statuto. È competente su tutti gli aspetti gestionali, organizzativi e contabili, adottando in particolare i regolamenti che disciplinano il funzionamento dell'Istituto e attua gli indirizzi e gli atti di direzione strategica del Direttorio integrato.

Il Direttorio integrato è anch'esso un organo collegiale, costituito dal Governatore della Banca d'Italia, che lo presiede, dal Presidente dell'IVASS, dai tre Vice direttori generali della Banca d'Italia e dai due consiglieri dell'Istituto stesso. Svolge l'attività di indirizzo e di direzione strategica e assume gli atti con rilevanza esterna relativi all'esercizio delle funzioni istituzionali in materia di vigilanza assicurativa.

In relazione al secondo profilo, quello dei requisiti di accesso e delle condizioni di esercizio dell'attività assicurativa, esistono varie prescrizioni. Per l'accesso occorre essere in possesso di numerosi requisiti concernenti la costituzione dell'impresa nelle forme previste dalla legge, la presentazione di un programma, l'oggetto sociale, gli aspetti patrimoniali e finanziari relativi al capitale e al fondo di garanzia, l'onorabilità e la professionalità degli amministratori, l'esistenza di un sistema di controlli, la separazione dei rami assicurativi. Le condizioni di esercizio riguardano il programma di attività, l'organizzazione dell'impresa, i contratti, le dimensioni e la composizione del patrimonio, la redazione dei bilanci e i legami azionari.

La verifica dei requisiti e delle condizioni di esercizio spetta allo Stato di origine, secondo il principio dell'*home country control*. Ne deriva che le imprese, potendo operare in virtù dell'autorizzazione unica in tutto il mercato europeo, sono assoggettate ai controlli e agli accertamenti ispettivi posti in essere dalle rispettive autorità nazionali. In caso di violazione delle norme sulla gestione o di crisi dell'impresa, tali autorità possono adottare diversi provvedimenti di natura discrezionale, che variano dal divieto di assunzione di nuovi affari alla convocazione degli organi di vertice, dalla nomina di un commissario *ad acta* per il compimento di singoli atti allo scioglimento degli organi amministrativi e sindacali, dalla revoca dell'autorizzazione alla liquidazione coatta amministrativa.

Con riferimento al terzo profilo, relativo all'attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa, il codice delle assicurazioni detta ora una nuova disciplina, introdotta dal

d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68. Si tratta di quell'attività che consiste nel proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza o compiere altri atti preparatori relativi alla conclusione di contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati. Rientra in tale attività la fornitura, tramite un sito internet o altri mezzi, di informazioni, relativamente a uno o più contratti di assicurazione, anche confrontati o ordinati, sulla base di criteri eventualmente scelti dal cliente, in termini di premi e di eventuali sconti applicati o di ulteriori caratteristiche del contratto, se il cliente è in grado di concludere direttamente o indirettamente lo stesso.

Lo svolgimento dell'attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa (inclusa quella di intermediazione) è riservato ai soggetti iscritti nel Registro degli intermediari assicurativi, anche a titolo accessorio, e riassicurativi, tenuto dall'IVASS. Nel Registro sono iscritte, in sezioni distinte, varie categorie di soggetti, tra i quali, gli agenti di assicurazione, in qualità di intermediari che agiscono in nome o per conto di una o più imprese di assicurazione o di riassicurazione; i mediatori di assicurazione o di riassicurazione, altresì denominati *broker*, in qualità di intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione; i produttori diretti che, anche in via sussidiaria rispetto all'attività svolta a titolo principale, esercitano l'intermediazione assicurativa nei rami vita e nei rami infortuni e malattia per conto e sotto la piena responsabilità di un'impresa di assicurazione e che operano senza obblighi di orario o di risultato esclusivamente per l'impresa medesima; le banche autorizzate; gli intermediari finanziari; le società di intermediazione mobiliare; la società Poste Italiane. L'iscrizione è condizionata al possesso di particolari requisiti di onorabilità, di idoneità e di garanzia nei confronti degli assicurati e al rispetto del regime di specifiche incompatibilità.

Nel complesso, l'attuale assetto normativo del settore delle assicurazioni è il risultato dei profondi cambiamenti degli ultimi anni e, in particolare, della crescente regolamentazione dell'Unione europea e della conseguente internazionalizzazione delle imprese di assicurazione, oltre che della trasformazione di alcuni prodotti assicurativi in prodotti finanziari, caratterizzati da tratti peculiari per i rischi connessi (ad esempio, le polizze assicurative del ramo vita cosiddette *index-linked* e *unit-linked*, che collegano, rispettivamente, la prestazione assicurativa a un indice finanziario o al rendimento di fondi di investimento). Esso introduce una nuova formula di *governance*, parzialmente connessa con quella della Banca d'Italia e della CONSOB, per conseguire la piena integrazione e lo stretto collegamento dell'attività di vigilanza assicurativa con quella bancaria e degli intermediari finanziari, e, nello stesso tempo, fornisce ai consumatori maggiori possibilità di scelta, ampliando la concorrenza, sul piano sia quantitativo (perché vi è una maggiore offerta per effetto della presenza di imprese straniere), sia qualitativo (perché vi è una diversificazione dei prodotti).

5. La disciplina antiriciclaggio

Strettamente collegata alla disciplina dei mercati finanziari è quella antiriciclaggio. Infatti, è sempre più diffuso il fenomeno della immissione di denaro di origine illecita

nei circuiti economici legali, con l'intento di mimetizzarne o di nascondere la provenienza. Solitamente, esso si realizza attraverso i canali bancari e finanziari, anche se vi sono altre attività economiche a rischio di essere utilizzate a fini di riciclaggio per l'ampiezza delle disponibilità finanziarie che coinvolgono. Per tale ragione, a livello internazionale, europeo e nazionale, da alcuni anni si assiste allo sviluppo di una normativa antiriciclaggio, diretta in prevalenza a limitare i pagamenti in contanti e i titoli al portatore ai soli intermediari abilitati (cosiddetta canalizzazione dei trasferimenti). Queste disposizioni, oltretutto, consentono la tracciabilità dei pagamenti e, quindi, si rivelano utili anche per il contrasto dell'evasione fiscale.

Più specificamente, il sistema antiriciclaggio persegue l'obiettivo di prevenire l'ingresso nel sistema legale di risorse di origine criminale. Esso contribuisce, quindi, a preservare la stabilità, la concorrenza, il corretto funzionamento dei mercati finanziari e, in generale, l'integrità dell'economia complessivamente intesa. L'attività di prevenzione è un rilevante complemento dell'attività di repressione dei reati, in quanto intercetta e ostacola l'impiego e la dissimulazione dei relativi proventi. Per la sua capacità di individuare e di ricostruire condotte criminali, l'apparato antiriciclaggio viene utilizzato anche per contrastare il finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzione di massa.

La normativa in materia è contenuta in un articolato sistema di fonti di livello internazionale, europeo e nazionale. Le regole dell'Unione europea hanno recepito, nel tempo, l'evoluzione dei principi internazionali, con l'obiettivo di realizzare un ambiente normativo armonizzato tra gli Stati membri.

In Italia, la disciplina è dettata dal d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, di attuazione della direttiva 2005/60/CE del 26 ottobre 2005, concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, nonché della direttiva 2006/70/CE dell'1° agosto 2006, che ne reca misure di esecuzione. Tale decreto è stato modificato più volte, da ultimo con il d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, che contiene modifiche e integrazioni ai precedenti d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 e n. 92, recanti attuazione della direttiva 2015/849/UE del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, e della direttiva 2018/843/UE del 30 maggio 2018, che modifica quest'ultima.

La normativa italiana si inquadra in un articolato sistema di fonti costituito da standard internazionali e disposizioni dell'Unione europea.

Gli standard internazionali, che gli Stati sono chiamati a recepire nei rispettivi ordinamenti giuridici, amministrativi e finanziari, sono definiti nelle raccomandazioni elaborate dal Gruppo d'azione finanziaria internazionale (GAFI), costituito nel 1989 in occasione del G7 di Parigi. Si tratta di un organismo intergovernativo che ha per scopo l'elaborazione e lo sviluppo di strategie di lotta al riciclaggio dei capitali di origine illecita e, dal 2001, anche di prevenzione del finanziamento al terrorismo. Nel 2008, il mandato del GAFI è stato esteso al contrasto del finanziamento della proliferazione di armi di distruzione di massa.

Le raccomandazioni del GAFI delineano un quadro globale e coerente di misure in materia, sulla base dell'esperienza maturata nel corso degli anni, delle criticità riscontrate nelle valutazioni dei sistemi antiriciclaggio nazionali e dell'evoluzione dei rischi.

In particolare, nelle raccomandazioni viene esteso e razionalizzato l'approccio imperniato sul rischio (*risk-based approach*), che si fonda sullo svolgimento di una accurata valutazione del rischio (*risk assessment*) nazionale su base periodica. Tra gli elementi innovativi introdotti negli ultimi anni si evidenziano l'ampliamento dell'ambito dei reati-presupposto del riciclaggio per comprendere anche le violazioni fiscali e l'affinamento degli obblighi preventivi di adeguata verifica della clientela, volto a chiarirne le modalità di adattamento alle caratteristiche del rischio e a rafforzarne l'intensità nei casi di maggiore esposizione.

I principi internazionali vengono recepiti dall'Unione europea con l'obiettivo di realizzare un ambiente normativo armonizzato tra gli Stati membri. L'impegno in sede europea risale ai primi anni Novanta dello scorso secolo e si concretizza nella adozione di cinque direttive (l'ultima delle quali, la direttiva n. 2018/843/UE, cosiddetta "V direttiva antiriciclaggio", modifica parzialmente, con la tecnica della novellazione, la precedente direttiva 2015/849/UE, cosiddetta "IV direttiva antiriciclaggio", ampliandone l'ambito di applicazione, attraverso l'estensione delle disposizioni ai "prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso forzoso" e ai "prestatori di servizi di portafoglio digitale", nonché l'inserimento delle definizioni di "valute virtuali" e "prestatore di servizi di portafoglio digitale") e di diversi altri provvedimenti (tra i quali il regolamento n. 1889/2005/CE del 26 ottobre 2005, relativo ai controlli sul denaro contante in entrata o in uscita dall'Unione europea).

L'ordinamento italiano, in conformità della disciplina europea, adotta una nozione di riciclaggio che comprende anche le attività di autoriciclaggio, cioè l'impiego in attività economiche o finanziarie dei proventi illeciti da parte di coloro che hanno commesso o concorso a commettere il reato presupposto (nel sistema di repressione penale, solo con la l. 15 dicembre 2014, n. 186, si introduce uno specifico reato con riferimento all'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, dopo un lungo periodo in cui l'autoriciclaggio viene considerato come un *post-factum* non punibile).

Il sistema di prevenzione del riciclaggio si fonda sulla collaborazione tra operatori, autorità amministrative, organi investigativi e autorità giudiziaria. Un principio cardine del sistema è l'approccio basato sul rischio, che deve informare l'azione delle autorità e il comportamento dei soggetti obbligati. La valutazione dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo consente di calibrare i presidi adottati ai fini della prevenzione, favorendo una migliore allocazione delle risorse.

È prevista una procedura strutturata per valutare le minacce di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo, nonché per individuare le vulnerabilità del sistema di prevenzione e di contrasto di tali fenomeni e, quindi, i settori maggiormente esposti a tali rischi.

L'intensità dei presidi adottati dagli operatori è commisurata ai rischi individuati nell'analisi nazionale e rilevata in concreto nell'esercizio della propria attività. In tale quadro, gli operatori adempiono a specifici obblighi: l'adeguata verifica della clientela, attuata attraverso un complesso di misure (identificazione e verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo, acquisizione di informazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto, controllo costante del rapporto con il cliente); la conservazione dei documenti e delle informazioni acquisite volta a consentire la ricostruibilità dei flussi finanziari; l'individuazione e la segnalazione delle operazioni sospette.

Disposizioni particolari mirano a rafforzare la trasparenza della titolarità effettiva di persone giuridiche e “*trust*”, attraverso la creazione di un sistema centralizzato di registrazione dei titolari effettivi in apposite sezioni del Registro delle imprese. Ulteriori misure di prevenzione tipiche, finalizzate a ostacolare condotte a elevato rischio di riciclaggio, poi, sono le limitazioni all'utilizzo del denaro contante e dei titoli al portatore e gli obblighi di canalizzazione delle relative operazioni per il tramite degli intermediari vigilati.

Operatori collocati ai varchi dei circuiti legali e in posizioni chiave per intercettare possibili fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo sono chiamati a collaborare con le Autorità, svolgendo un'azione di tempestiva individuazione e segnalazione di possibili operazioni riconducibili ad attività criminose. La platea dei destinatari degli obblighi è stata ampliata nel tempo e comprende oggi numerose categorie omogenee di soggetti. Un primo, tradizionale, gruppo di destinatari è rappresentato dagli intermediari bancari, finanziari e assicurativi e dagli altri operatori finanziari. A esso si aggiungono diverse categorie di professionisti (notai, avvocati, dottori commercialisti, revisori contabili e società di revisione) e operatori non finanziari (prestatori di servizi relativi a società e “*trust*”, soggetti che esercitano il commercio di cose antiche, case d'asta, attività di recupero crediti, custodia e trasporto di denaro contante, titoli, valori, operatori professionali in oro, soggetti che esercitano l'attività di mediazione civile).

L'architettura istituzionale in materia antiriciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo è delineata dal d.lgs. n. 231/2007, che salvaguarda la separazione tra funzione politica e autorità tecniche e valorizza la cooperazione istituzionale a livello sia interno, che internazionale.

Il Ministro dell'economia e delle finanze è responsabile delle politiche di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. Al fine di dare attuazione a tali politiche, il Ministero, avvalendosi del Comitato di sicurezza finanziaria (CSF), promuove la collaborazione tra gli organismi di vigilanza di settore, gli ordini professionali e le forze di polizia, nonché tra soggetti pubblici e settore privato. Inoltre, esso cura i rapporti con le istituzioni europee e gli organismi internazionali, segue la materia delle limitazioni all'utilizzo del contante, esercita i poteri sanzionatori, acquisendo elementi utili presso i soggetti obbligati, anche attraverso proprie ispezioni.

Tra le autorità tecniche un ruolo centrale è assegnato all'Unità di informazione finanziaria per l'Italia (UIF), collocata presso la Banca d'Italia in posizione di autonomia e indipendenza. L'UIF riceve e acquisisce informazioni riguardanti ipotesi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, principalmente attraverso le segnalazioni di operazioni sospette trasmesse da intermediari, professionisti e operatori non finanziari; effettua l'analisi finanziaria di tali informazioni, utilizzando l'insieme delle fonti e dei poteri di cui dispone e ne valuta la rilevanza ai fini della trasmissione al Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza (NSPV) e alla Direzione investigativa antimafia (DIA), organi competenti per gli accertamenti investigativi.

Le autorità di vigilanza di settore (Banca d'Italia, IVASS, CONSOB) provvedono all'emanazione della regolamentazione di rispettiva competenza sui diversi aspetti della materia (adeguata verifica della clientela, conservazione dei dati, organizzazione, procedure e controlli interni) e sovrintendono al rispetto degli obblighi sanciti dalla normativa da parte dei soggetti vigilati, esercitando i connessi poteri sanzionatori. Le amministrazioni e gli organismi interessati presiedono alla verifica sul rispetto degli obblighi da par-

te dei soggetti non sottoposti al controllo delle autorità di vigilanza di settore.

L'attuale contesto normativo valorizza il ruolo degli organismi di autoregolamentazione che, in quanto enti esponenziali di categorie professionali, promuovono e controllano l'osservanza degli obblighi antiriciclaggio da parte dei professionisti iscritti in albi ed elenchi; elaborano regole tecniche in determinate materie; sono responsabili della formazione dei propri iscritti; applicano sanzioni disciplinari a fronte di violazioni gravi e ripetute.

La normativa ha progressivamente rafforzato il ruolo della collaborazione in ambito nazionale, sancendo il principio dello sviluppo di sinergie informative tra tutte le autorità operanti nel sistema di prevenzione e di contrasto per agevolare l'individuazione di fatti e di situazioni la cui conoscenza può essere utilizzata per prevenire l'uso di sistemi finanziari e di quello economico a scopo di riciclaggio.

L'osservanza degli obblighi è presidiata da un articolato sistema di sanzioni, penali e amministrative. Il sistema sanzionatorio è ora integralmente delineato dal d.lgs. n. 90/2017, in coerenza con le previsioni dell'Unione europea che stabiliscono l'adozione di sistemi sanzionatori basati su misure effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti delle persone fisiche, delle persone giuridiche direttamente responsabili della violazione e degli organi di direzione, amministrazione e controllo che, con condotte negligenti o omissive, abbiano agevolato o reso possibile la violazione. Le sanzioni penali sono previste limitatamente ai casi di gravi condotte perpetrate attraverso frode o falsificazione e ai casi di violazione del divieto di comunicazione dell'avvenuta segnalazione di operazioni sospette. Sono stabilite sanzioni amministrative sia per violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime, sia per quelle prive di tali requisiti. La gravità delle violazioni è determinata sulla base di criteri specificamente indicati.

Il nuovo sistema contiene alcune disposizioni riferite alla generalità dei soggetti obbligati e altre, improntate a maggiore severità, che riguardano i soggetti vigilati. In coerenza con la disciplina bancaria e finanziaria è prevista, oltre alla responsabilità della persona giuridica, in casi specifici anche quella degli esponenti aziendali, nonché la possibilità di applicare nei confronti dei medesimi la sanzione amministrativa accessoria dell'interdizione dallo svolgimento della funzione o dell'incarico. La responsabilità per le omesse segnalazioni di operazioni sospette nel caso di intermediari bancari e finanziari e di società fiduciarie può essere attribuita anche al relativo personale.

6. I caratteri della disciplina pubblica della finanza privata

Per concludere, può osservarsi come la disciplina pubblica della finanza privata sia dettata da varie normative che regolano i diversi settori delle banche e del credito, del mercato finanziario e delle assicurazioni, oltre che dell'antiriciclaggio. Tali normative sono influenzate soprattutto dalle disposizioni dell'Unione europea e si fondano su principi unitari. La loro valutazione complessiva consente di evidenziare come, oggi, quelli finanziari siano divenuti mercati regolamentati, che si caratterizzano per alcuni tratti fondamentali e per talune prescrizioni in comune.

I tratti fondamentali sono sei.

In primo luogo, i mercati e i loro confini vengono definiti precisamente. Allo stesso

tempo, sono delineati i rapporti tra di essi. In questi termini, appare corretto definirli mercati-istituzioni.

In secondo luogo, vengono precisate le finalità delle rispettive discipline, che sono la liberalizzazione (la quale comporta la libertà di circolazione e l'eliminazione dei poteri di direzione), la stabilità, la concorrenza e la trasparenza. Ne deriva che prevalgono i profili istituzionali, che si basano sulla correttezza, sulla solidità e sulla solvibilità, su quelli finalistici, che si concretizzano nella direzione e nel controllo da parte dei pubblici poteri. Così, la tutela dei risparmiatori, dei creditori e degli assicurati viene garantita attraverso misure di tipo oggettivo, consistenti prevalentemente in standard, che perseguono le finalità in questione.

In terzo luogo, l'accesso ai mercati è subordinato al possesso di un'autorizzazione o all'iscrizione a un albo: permane, dunque, l'intervento di un'autorità amministrativa a fini di controllo, malgrado l'affermazione del principio di concorrenza.

In quarto luogo, vi è l'individuazione delle regole concernenti le operazioni che sono ammesse e i prodotti che sono oggetto di scambio.

In quinto luogo, vengono regolamentate le condizioni di crisi, al fine di scongiurare o, comunque, limitare le conseguenze negative su risparmiatori, creditori e assicurati.

In sesto luogo, è sempre prevista un'autorità di vigilanza, alla quale di solito viene riconosciuta una posizione di indipendenza.

Le prescrizioni in comune attengono soprattutto ai procedimenti per l'adozione degli atti regolamentari e generali e di quelli individuali, nonché ai rapporti tra le autorità di vigilanza e alle modalità di esercizio di quest'ultima.

Secondo la l. n. 262/2005, i provvedimenti aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati, con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono, e accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione degli atti di regolazione generale, poi, occorre in ogni caso tener conto del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio possibile degli interessi dei destinatari, nonché della necessità di consultazione degli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori. Inoltre, il loro contenuto deve essere sottoposto a revisione periodica, almeno ogni tre anni, per adeguarlo all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori.

Ai procedimenti volti all'emanazione di provvedimenti individuali, invece, si applicano, in quanto compatibili, i principi sul "giusto procedimento", sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi, sanciti dalla l. 7 agosto 1990, n. 241. Anche tali provvedimenti devono essere motivati, indicando le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Per quanto riguarda in particolare i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori, poi, deve essere sempre assicurata l'osservanza dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irroga-

zione della sanzione. In proposito, va ricordato che, con riferimento alle ipotesi di doppia previsione di illecito, amministrativo e penale (cosiddetto “doppio binario” sanzionatorio e procedimentale), la Corte europea dei diritti dell’uomo, intervenuta in più occasioni, ha ricordato come l’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) sancisca il divieto di *ne bis in idem* e cioè il divieto che un medesimo fatto sia punito due volte in sede penale: di conseguenza, muovendo da un criterio sostanzialistico, ha ritenuto che anche le sanzioni nominalisticamente amministrative, quando caratterizzate da grave afflittività, abbiano nella realtà natura penale, con la conseguente illegittimità di una doppia punizione per lo stesso fatto (sentenza 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, Grande Stevens; sul punto, peraltro, la Corte costituzionale con sentenza 24 ottobre 2019, n. 222 ha precisato che l’illegittimità deve essere esclusa allorché i procedimenti amministrativo e penale risultino avvinti da una stretta connessione sostanziale e temporale).

Infine, il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che contiene il cosiddetto codice del processo amministrativo, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale del Lazio) le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti delle autorità di vigilanza, compresi quelli di natura sanzionatoria ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati.

Quanto ai rapporti tra le autorità di vigilanza, poi, occorre distinguere a seconda che si svolgano a livello orizzontale o verticale.

Rientrano nel primo tipo i rapporti tra le autorità interne: in proposito, si prevede che siano individuate, per l’esercizio delle competenze a esse attribuite, forme di coordinamento, anche attraverso la sottoscrizione di protocolli d’intesa o l’istituzione di comitati specifici, e, per agevolare l’esercizio delle rispettive funzioni, forme di collaborazione, mediante scambio di informazioni.

Simili forme di collaborazione vengono prescritte anche per il secondo tipo di rapporti, cioè quelli che si instaurano tra le autorità nazionali, sovranazionali (cioè dell’Unione europea e degli altri Stati membri) e internazionali: normalmente, però, la cooperazione è soggetta a condizione di reciprocità e di equivalenti obblighi di riservatezza.

Avendo riguardo alla vigilanza, infine, va ricordato che tradizionalmente si individuano quattro modelli fondamentali. Il primo è il modello cosiddetto “istituzionale” o “per soggetti”: in esso il potere di vigilanza è affidato a una differente autorità per ciascun mercato, che lo esercita sui soggetti in ragione della loro natura, prescindendo dall’attività di intermediazione svolta in concreto. Il secondo è il modello “per attività” o “per funzioni”: esso si fonda sulla distinzione tra le diverse attività di intermediazione dei soggetti che operano sul mercato finanziario, con conseguente ripartizione del potere di vigilanza tra autorità distinte, ciascuna competente per una determinata attività, non rilevando la natura giuridica del soggetto. Il terzo è il modello cosiddetto “accentrato”: esso prevede l’esistenza di un’unica autorità di vigilanza, quale supervisore unico, competente su tutti i settori del mercato finanziario in senso lato e su tutti gli operatori, con riferimento a tutti gli obiettivi della regolamentazione. Il quarto è il modello “misto”: in esso coesistono più autorità, ciascuna con specifici obiettivi in relazione alle attività economiche esercitate dai soggetti che operano sui mercati finanziari.

Quest’ultimo è il modello adottato nell’ordinamento italiano, anche se con qualche variazione dovuta ad alcuni interventi del legislatore, specie nel settore assicurativo

(tanto che vi è chi lo definisce “ibrido”). L’esercizio della funzione di vigilanza, infatti, risulta distribuito fra le tre autorità di settore – la Banca d’Italia, la CONSOB e l’IVASS – che svolgono le proprie attribuzioni di concerto con quelle europee e in stretta cooperazione con quelle degli altri Stati membri (tale scelta di fondo, peraltro, non viene modificata neppure quando, verso la fine degli anni Novanta dello scorso secolo, nella maggioranza degli ordinamenti europei vengono introdotti sistemi “accentrati”, in considerazione della sempre più diffusa tendenza alla “multisetorialità” degli intermediari e alla progressiva integrazione dei mercati, che rende sempre più difficile una netta distinzione tra i settori del mercato finanziario).

La vigilanza sul mercato bancario e del credito è attribuita alla Banca d’Italia, ma solo con riferimento ai servizi bancari tipici, per i profili regolati dal decreto legislativo n. 385/1993, svolgendo in parte quest’attività insieme alla BCE in funzione di SSM. Qualora, però, una banca fornisca anche servizi di investimento non bancari, la vigilanza sui profili di correttezza e di trasparenza è di competenza della CONSOB, in considerazione dell’interesse perseguito. Stesso tipo di controlli sono previsti per le imprese di investimento non bancarie. Il modello per soggetti, invece, trova applicazione in rapporto alle imprese di assicurazione, che sono sottoposte in Italia alla vigilanza dell’IVASS. Altre forme di vigilanza, svolte dall’AGCM (e dalla Commissione europea in funzione di autorità “antitrust” del mercato unico), poi, sono previste per il settore della concorrenza e della tutela dei consumatori.

Infine, va segnalato che l’attività di vigilanza è assoggettata a una specifica tutela sul piano penale, che oltretutto è unitaria, nel senso che trova applicazione in tutti e tre i settori bancario, finanziario e assicurativo, senza alcuna differenziazione: l’art. 2638 c.c., infatti, prevede una specifica ipotesi di reato per i casi in cui si realizzi un ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, stabilendo la punibilità per coloro che nelle comunicazioni a queste ultime, al fine di ostacolarne l’esercizio delle funzioni, espongano fatti materiali non rispondenti al vero sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria ovvero occultino con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte, fatti che avrebbero dovuto comunicare.

Bibliografia

La letteratura in materia è ampissima. Ci si limita, quindi, a fornire alcune indicazioni bibliografiche di base, con riferimento ai contributi più recenti di carattere monografico, dai quali peraltro è possibile trarre ulteriori informazioni: C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell’attività*, Bologna, il Mulino, 2020; M.P. Chiti, V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, London, Palgrave MacMillan, 2019; F. Salmoni, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria e costituzione*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019; F. Capriglione (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019; M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018; e E. Chiti, G. Vesperi (a cura di), *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, Bologna, il Mulino, 2015.

Cose pubbliche e beni “comuni”

Vincenzo Cerulli Irelli

Sommario: 1. Premessa: verso i beni comuni. – 2. Diritti d’uso pubblico: la costruzione giurisprudenziale. – 3. Diritti d’uso pubblico: i modi di acquisto e l’esercizio dei diritti. – 4. I diritti degli utenti circa godimento ed uso dei “beni pubblici”. – 5. Dalle cose pubbliche ai beni comuni.

1. Premessa: verso i beni comuni

Si ascrivono ai “beni pubblici” molteplici categorie di cose del mondo materiale, che per caratteristiche naturali e/o funzionali ovvero per essere destinate a scopi di pubblica amministrazione (“destinati a un pubblico servizio”, secondo gli artt. 828, 830 cod. civ.) sono inappropriabili da soggetti diversi rispetto a quello di pertinenza e comunque sottratti alla circolazione secondo il diritto comune. L’appartenenza di detti beni, cioè l’essere oggetto di una situazione dominicale o comunque reale (tuttavia i “beni pubblici” “appartengono” ad enti pubblici), costituisce un profilo del tutto marginale della relativa disciplina, limitato alla risoluzione di determinati problemi applicativi nei rapporti con soggetti terzi. Ciò che conta è il dato negativo, che il bene non è appropriabile in virtù di atti o fatti di diritto comune tali da determinarne la sottrazione alla destinazione pubblica: in essi si esprime direttamente una funzione pubblica, ovvero la strumentalità all’esercizio della funzione stessa. Insomma, ciò che conta è la disciplina amministrativa della funzione o del servizio di cui i beni sono oggetto o strumento. Da qui anche la differenza tra questi beni e gli altri beni appartenenti allo Stato o ad enti pubblici a carattere meramente patrimoniale che seguono il diritto comune salve marginali deroghe¹.

La “dottrina dei beni pubblici” non conosceva la categoria dei “beni comuni”; e non

¹ Sui beni pubblici, seguo l’impostazione già delineata nella voce *Beni pubblici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, Utet, 1987. Il nuovo corso della dottrina in materia, fu avviato da M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963. Successivamente (con ampia trattazione), S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969, dove l’elaborazione del concetto di riserva, al quale mi sono attenuto, nella distinzione delle categorie, rispettivamente di beni riservati e di beni a destinazione pubblica, che supera la distinzione codicistica tra demanio e patrimonio indisponibile (art. 822, che contempla entrambe le categorie, art. 826). V. adesso, *Diritto pubblico della “proprietà” e dei “beni”*, Torino, Giappichelli, 2022.

la conosce tuttora, almeno stando al dato positivo, tuttavia in evoluzione (*infra* n. 5); categoria che si può concepire, secondo autorevole formulazione (in termini giuridici) come quella che comprende beni «idonei ad esprimere unità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona», da salvaguardare nella loro integrità «anche a beneficio delle generazioni future» e dei quali deve essere «garantita la fruizione collettiva», come oggetto di diritti di godimento e d'uso, imputati alla collettività utente e ai suoi singoli membri (anche non coincidente con la comunità d'abitanti secondo il concetto tradizionale dei diritti collettivi).

In ordine ai beni comuni l'oggetto del diritto è la fruizione, cioè il godimento e l'uso della cosa (e non lo sfruttamento produttivo) per soddisfare interessi riconosciuti meritevoli di tutela della persona come tale (non perché appartenente ad una determinata comunità) corrispondenti a valori costituzionali (su questo punto, incisivamente, le note sentenze della Cassazione 14 febbraio 2011 n. 3665, ecc.: *infra*, n. 5.1).

L'individuazione della categoria prescinde del tutto dal profilo dell'appartenenza; i beni possono essere in proprietà privata, e ciò non di meno destinati alla fruizione collettiva, garantita ai singoli come oggetto di diritti. La "proprietà" pubblica è tuttavia "preferita" nel senso che laddove il bene "comune" appartenga allo Stato o ad altro soggetto pubblico, esso diviene inappropriabile secondo la disciplina sopra ricordata (questo è il punto di contatto tra le due categorie di beni).

Si tratta dunque di cose del mondo materiale aperte al godimento e all'uso della collettività, delle singole persone, che al godimento e all'uso delle cose stesse hanno diritto, così come all'integrità e alla salvaguardia delle stesse «anche a beneficio delle generazioni future». Emerge in primo piano la salvaguardia delle cose nella loro integrità e funzionalità, ciò che ne rende necessario un "governo", affidato alla pubblica autorità o a organizzazioni autonome della comunità utente.

La categoria che si sta enucleando nei recenti sviluppi della nostra esperienza positiva, presenta invero molteplici connessioni con categorie di beni (cose) già conosciute nell'ordinamento, accomunate dall'apertura al godimento e all'uso della collettività (o di determinate comunità), secondo diversi statuti giuridici: le cose oggetto di diritti d'uso civico o ascritte alla proprietà collettiva, che hanno una funzione anche produttiva oltre che paesaggistico-ambientale, e possono essere oggetto di sfruttamento da parte della comunità utente, che di essa ha il "dominio"²; le cose aperte alla fruizione collettiva senza finalità di sfruttamento produttivo, per mero uso e diletto, a prescindere da ogni aspetto dominicale, oggetto di diritti d'uso pubblico spettanti a comunità di cittadini (*infra*, n. 2); gli stessi beni di uso pubblico ascritti alle categorie demaniali (*infra*, n. 4). In ordine a queste categorie di cose usiamo la denominazione di "cose pubbliche"³, sottoli-

² Su questi diritti e le relative situazioni di appartenenza imputate alla comunità d'abitanti e ad altri soggetti collettivi, da ult. ampiamente ridefiniti con la l. n. 168/2017 e le coeve sentenze della C. cost., 18 luglio 2014, n. 210; 11 maggio 2017, n. 103; 31 maggio 2018, n. 113; 24 aprile 2020, n. 71; v. nella dottrina più recente R. Volante, *Un terzo ordinamento della proprietà*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, 5; *Usi civici e proprietà collettiva*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2015. Nel volume citato, *Diritto pubblico della proprietà e dei beni*, i necessari riferimenti all'ampissima produzione dottrinale e alla giurisprudenza in materia.

³ Definizione meramente convenzionale, tuttavia conforme alla tradizione romanistica (per tutti, A. Di Porto, *Res in usu publico e "beni comuni"*, Torino, Giappichelli, 2013, ad indicare, appunto, le cose immo-

neando il fatto dell'apertura all'uso e al godimento della collettività, restando da determinare il tipo di situazioni soggettive di cui possono essere oggetto come beni giuridici, diritti dominicali, individuali e collettivi, diritti reali d'uso, meri interessi legittimi.

Beni comuni, come si cerca di mostrare, possono identificarsi nelle "cose pubbliche" delle categorie conosciute, rafforzandone la valenza comunitaria, ovvero identificarsi in altre categorie di cose o negli stessi ambiti nei quali si svolge la vita comune (territorio, ambiente, ecc.: *infra*, 5.2). Si tratta di stabilire i contorni (in questa sede si può solo accennarne) della categoria, come quella ascrivibile alla categoria delle cose e dei beni in senso giuridico (ché essa viene utilizzata in molte altre accezioni).

2. Diritti d'uso pubblico: la costruzione giurisprudenziale

La prima applicazione della categoria delle "cose pubbliche" è quella delle cose (accanto a quelle oggetto di usi civici e di diritti dominicali collettivi) oggetto dei c.d. diritti d'uso pubblico.

La nozione di "diritti d'uso pubblico" è quella che identifica diritti di godimento e d'uso, a carattere collettivo, non di cose ascrivibili ai beni pubblici delle categorie indicate (la giurisprudenza a volte accomuna ai diritti d'uso pubblico su beni privati i diritti d'uso di beni pubblici: ad es., Cass. 7 giugno 1968, n. 1732), ma di cose immobili e mobili, con riferimento a determinate *utilitates* (limitate all'*uti* e non estese anche al *frui*) delle cose stesse, appartenenti, quanto al dominio, a un soggetto terzo rispetto alla collettività utente. Quest'ultima, di norma, coincide con una comunità d'abitanti intesa come un gruppo indifferenziato di persone legate fra loro da vincolo di incolato (nozione corrispondente a quella che identifica il profilo soggettivo dei diritti d'uso civico e della proprietà collettiva).

Si tratta di una categoria di diritti di creazione giurisprudenziale, che ha trovato in dottrina via via convinte adesioni, e alcuni disconoscimenti⁴; ma la cui sussistenza sul piano positivo è da ritenere indiscutibile, a fronte di una tradizione giurisprudenziale più che secolare che trova per altro sufficienti anche se non sempre chiari riscontri in alcuni testi positivi. La categoria potrebbe trovare nuove applicazioni nell'attuale espe-

bili aperte al godimento della collettività, spazi aperti alla libertà comune, secondo la suggestiva formulazione di D. Donati, *Stato e territorio*, Roma, Athenaeu, 1924, cap. II, *passim*, ma part. p. 180 ss.

⁴ V. tra i più significativi contributi della nostra dottrina, P.S. Mancini, *Del diritto d'uso pubblico del comune e del popolo di Roma sulla Villa Borghese*, in *Il Filangeri*, 1886, I, 1, 49, p. 119; M. D'Amelio, *Servitù pubbliche*, I, *Servitù amministrative*, in *Digesto italiano*, XXI, pt. III, sez. I, 1895-1902, p. 188 ss.; A. Beneduce, *I diritti di uso pubblico*, Napoli, Stab. Tip. G. Cozzolino e C., 1905; P.E. Bensa, *Sulla usucapibilità della servitù pubblica di passaggio* (nota a Cass., 27 febbraio 1924), in *Corte di cassazione*, 1924, 2, p. 66 ss.; F. Invrea, *Servitù pubbliche*, in *Nuovo Digesto italiano*, XII, pt. I, 1940, p. 769 ss.; F. Franchini, *La destinazione, elemento necessario nella servitù d'uso pubblico*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione civile*, 1946, 2, p. 563; G. Pugliese, *Questioni sull'acquisto e l'estinzione delle servitù d'uso pubblico*, in *Foro italiano*, 1949, I, c. 580; N. Bernardini, *Vie vicinali e posizione giuridica del comune e dei singoli*, in *Foro padano*, 1951, I, p. 547; L. Orusa, *Riflessioni in materia di diritti di uso pubblico*, in *Giurisprudenza italiana*, 1965, I, c. 90; Id., *Precisazioni in materia di diritti di uso pubblico (e di vie vicinali)*, *ivi*, 1966, I, p. 161.

rienza, segnatamente nel settore ambientale e nell'ambito della dottrina dei "beni comuni", ancora dai perplessi contorni.

I diritti di uso pubblico si distinguono dai diritti d'uso civico e dominicali collettivi, destinati all'uso e allo sfruttamento produttivo di beni fondiari, ma sono accomunati nella categoria dei diritti collettivi, in virtù del carattere collettivo dell'imputazione (alla comunità d'abitanti). Le due categorie di diritti appaiono legate da una matrice comune, data dall'originario complesso delle situazioni di godimento imputate (essendo irrilevante la questione, tipicamente moderna, del carattere dominicale, o non, del titolo di imputazione) alla comunità d'abitanti, cioè di un gruppo, una collettività di persone legate fra loro da un vincolo di incolato, con oggetto cose immobili o particolari specie di cose mobili di proprietà privata o comunque appartenenti a soggetti terzi rispetto alla collettività medesima⁵.

Questi diritti hanno un'importanza limitata, le principali categorie di essi avendo ad oggetto il passaggio su vie di proprietà privata (c.d. vie vicinali) e la fruizione di beni culturali e ambientali; ma sono di grande interesse dogmatico, perché a proposito di essi (insieme ai c.d. diritti d'uso civico) è stata elaborata (soprattutto ad opera della giurisprudenza) la categoria dei diritti collettivi.

I diritti di uso pubblico si distinguono nonostante incertezze rilevate in dottrina, dalle c.d. "servitù pubbliche"⁶: queste ultime infatti indicano, con espressione del tutto gergale invero, e non tecnica, da una parte vere e proprie servitù prediali costituite a favore dei beni immobili pubblici, dall'altra diritti reali parziari (piuttosto ascrivibili al *genus* della superficie) che servono, in luogo della proprietà, da substrato giuridico per alcune categorie di beni pubblici (per i quali la proprietà della cosa non è necessaria: e così gli acquedotti, gli elettrodotti, a volte le strade, le ferrovie). In conseguenza, l'art. 825 cod. civ., che contempla siffatti diritti (con norma meramente descrittiva), non ha nulla a che fare con i diritti d'uso pubblico, salve connessioni di oggetto del tutto occasionali.

Le cose immobili oggetto di diritti d'uso pubblico sono anch'esse cose pubbliche nel senso appena evidenziato, caratterizzate cioè dall'apertura all'uso e al godimento collettivo; anch'esse danno luogo a "spazi aperti alla libertà comune" (nei limiti resi necessari dal contenuto del diritto d'uso di cui sono oggetto) pur essendo *res in dominio*, in piena deroga all'ordinamento proprio di queste ultime. In ciò (quindi nel carattere strutturale della cosa) esse sono del tutto assimilabili alle cose appartenenti allo Stato e ad altri pubblici poteri (beni pubblici) e destinate all'uso pubblico.

La categoria dei diritti di uso pubblico trova riscontro in alcune, si direbbe marginali, norme positive, con riferimento alle quali la giurisprudenza ha impostato la costruzione della categoria⁷.

L'art. 542 cod. civ. 1865 contemplava il diritto d'uso acquistato da «gli abitanti di

⁵ Si veda ancora l'ampia trattazione di O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Teoria*, capo II, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1898, 25, p. 186 ss.

⁶ V. Cerulli Irelli, *Servitù pubbliche*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, 1990. La questione è tuttavia ancora tornata in dottrina, nell'opera di P. Colombo, *I diritti d'uso pubblico*, Milano, Giuffrè, 1991, a cui si deve un'ampia ricerca sul tema ed una compiuta elaborazione sistematica (ma, sul punto, non può essere seguita: v. ancora, *infra*, par. 3).

⁷ Ampia panoramica di questa normativa in M. D'Amelio, *Servitù pubbliche*, cit., p. 184 ss.

un comune o di una frazione» su una sorgente privata con oggetto l'acqua «che è loro necessaria». L'art. 68 n. 4, reg. comunale e provinciale, approvato con r.d. 8 giugno 1865, n. 2321, contemplava i diritti spettanti alla popolazione per titolo o per consuetudine «sui beni dei privati» con oggetto lo spigolamento e l'esercizio di altri consimili diritti. La legislazione sui lavori pubblici conosceva, com'è noto, le strade vicinali, come quelle «soggette a servitù pubblica» (art. 19, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F)⁸. Ed alcune norme via via introdotte miravano a tutelare «i diritti acquistati dal pubblico» ovvero gli «usi del pubblico» sulle raccolte di cose d'arte o altri beni culturali: così ad esempio, l'art. 3, l. 28 giugno 1871, n. 286 (legge della «guarentigia»), che estese l'abolizione dei fedecommissi (art. 24 disp. att.) alla provincia romana, faceva salvi i diritti che «per qualsivoglia titolo possono appartenere al pubblico»⁹.

La presenza di queste norme evidenziava, già nell'ordinamento post-unitario, che non fosse sconosciuta la presenza di diritti appartenenti ad una collettività come tale («al pubblico», «agli abitanti») e non necessariamente ad un ente persona giuridica (quale il comune). D'altra parte, l'imponente tradizione giurisprudenziale (segnatamente meridionale) formatasi in materia di usi civici come diritti appartenenti ad una *universitas*, ad una collettività o comunità d'abitanti avente nel comune il suo mero ente esponenziale, indubbiamente costituiva per la giurisprudenza dello Stato unitario un modello culturale pieno di suggestione. Insomma, appariva pacifica, anche sulla base del diritto positivo post-unitario (pur con la sua impostazione «individualistica») la sussistenza positiva di alcuni diritti ad imputazione collettiva e non individuale, assimilabili a quelli (allora segnatamente con riferimento alle province meridionali) che rilevavano nell'ambito del patrimonio (o demanio) civico comunale o frazionale¹⁰.

La questione dei diritti d'uso pubblico come diritti collettivi è emersa in giurisprudenza sul finire del secolo, con una serie di importanti decisioni segnatamente in materia di godimento di beni artistici e ambientali, fra le quali, con particolare risonanza, quelle concernenti Villa Borghese in Roma, riconosciuta oggetto di un diritto di godimento imputato alla popolazione romana¹¹ (*jus deambulandi*).

⁸ Sulle vie vicinali si rinvia alla dottrina di settore (v. L. Orusa, *Strade pubbliche, private e vicinali*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, XVIII, 1971, p. 498 ss.; F. Franchini, *Strade pubbliche private e vicinali*, in *Nuovo Digesto italiano*, XII, pt. I, 1940, dove i necessari riferimenti). Da ult., v. anche P. Colombo, *I diritti*, cit., p. 131 ss. La normazione della l. n. 2248, all. f) cit. è stata in larga misura sostituita dal d.lgs. 1 settembre 1918, n. 1446, testo che contiene la disciplina principale in materia, mentre la più recente l. 12 febbraio 1958, n. 126, contenente le norme circa la classificazione delle «strade di uso pubblico», dopo aver elencato le varie specie di strade pubbliche, si limita a stabilire: «tutte le strade non iscritte alle precedenti categorie e soggette a pubblico transito sono vicinali» (art. 9).

⁹ Ampia esposizione di questa normativa da ultimo in P. Colombo, *I diritti*, cit., part. p. 37 ss., e tutto il capitolo III. Il vigente codice dei beni culturali ripete la norma di salvaguardia dei diritti d'uso e di godimento che il pubblico abbia acquisito sulle cose e i beni soggetti alle disposizioni dello stesso codice; attribuendo a ministero e regioni la vigilanza sul «rispetto» di detti diritti.

¹⁰ Ampia panoramica in O. Ranalletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Teoria*, cit., p. 159 ss.

¹¹ Esposizione completa di questa giurisprudenza, in P. Colombo, *I diritti*, cit., p. 50 ss., dove anche i necessari riferimenti dottrinali.

Cfr. Pret. Roma, 26 giugno 1885, in *La legge*, 1885, 2, 132; Trib. Roma, 14 dicembre 1885, *ivi*, 1886, 1, 241; Cass. Roma, 9 marzo 1887, in *Foro italiano*, 1887, 1, c. 397: «è fatto nuovo, rispetto al diritto clas-

Nella primitiva costruzione giurisprudenziale, rimasta per altro costante nei decenni, la natura collettiva dei diritti d'uso come quelli appartenenti ad una comunità d'abitanti (anziché al comune come ente ovvero a singoli individui privati) serviva segnatamente a due scopi: da un lato, a riconoscere la natura giuridica propria e differenziata rispetto alle servitù prediali nonché alle servitù personali previste dal codice del 1865, e perciò ad escludere l'applicabilità di norme a carattere cogente espressamente previste dallo stesso codice per questi tipi di diritti reali (circa la non usucapibilità delle servitù discontinue non apparenti (art. 630); circa la limitazione della durata delle servitù personali ad un massimo di trent'anni (arg. ex art. 518), e così via); dall'altro lato, ad affermare la legittimazione del singolo utente membro della comunità d'abitanti a tutelare, sia in sede possessoria che in sede petitoria, il diritto stesso, *uti singulus*, cioè come portatore di un interesse proprio, e non meramente come *civis* esercente azione popolare in sostituzione del comune¹².

La giurisprudenza in sostanza riconobbe che l'ambito dei diritti reali fissato dal codice fosse proprio dei rapporti interprivati; ma che al di fuori di questi rapporti sussistessero situazioni reali da imputare a collettività, anziché a singoli o ad enti, che perciò solo prescindevano dalle strettoie poste dal diritto moderno ai *iura in re aliena* (al «rigore angusto del diritto quiritario» faceva riferimento, Cass. Roma 9 marzo 1887, cit.) come «diritti reali *sui generis*», ai quali applicare una serie di istituti dalla stessa giurisprudenza enucleati sulla base essenzialmente della tradizione consuetudinaria.

Sul punto, veniva ritenuto che la norma di carattere generale che consentiva questo tipo di operazione costruttiva fosse l'art. 2 cod. civ. (art. 11 cod. civ. vigente) laddove disponeva che «i comuni, [...] godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico». Notava infatti la giurisprudenza – in riferimento all'affermazione circa «il diritto di servitù pubblica a favore dei cittadini, come partecipanti di una collettività (*uti cives*), su fondi privati, quantunque originato quel diritto da un possesso che abbia indotto la prescrizione acquisitiva» – che «la norma è data dall'art. 2, cod. civ., la quale parifica, in diritto pubblico, la legge non scritta a quella scritta. In conseguenza di questa norma, è ammesso che la consuetudine possa essere un fattore costitutivo della demanialità»¹³. Attraverso il richiamo contenuto nella norma agli «usi osservati come diritto pubblico» veniva ad essere legittimato il principio elaborato dalla giurisprudenza, secondo cui le comunità d'abitanti acquistano diritti collettivi a carattere reale su beni privati, segnatamente in virtù dell'uso protratto nel tempo (necessario ad usucapire), senza essere soggetti alle norme limitative poste dal codice in materia di diritti reali.

sico, l'uso pubblico che si sovrappone alla privata proprietà, è fatto nuovo la loro simultanea coesistenza. Questo spezzare il dominio in quote ideali... in varie categorie di diritti per quante fossero le utilità di un fondo, trae origine dal condominio *juris germanici*» (riecheggiando la costruzione intorno alla proprietà collettiva). V. sul punto, le cospicue argomentazioni, assai più estese di quanto semplicemente richiesto dalla difesa del Comune di Roma nella causa citata, di P.S. Mancini, *Del diritto d'uso*, cit., *passim* e part. p. 119.

¹² V. sul punto, le acute osservazioni di L. Mortara, *op. cit.*, II, p. 627 ss.

¹³ Cass., 22 febbraio 1924, in *Corte di cassazione*, 1924, p. 66, con nota di P.E. Bensa, *Sulla usucapibilità della servitù*, cit. (la sentenza statuiva che la prima volta in sede di Cassazione unificata la inapplicabilità dell'art. 630 cod. civ. 1865 alle c.d. servitù pubbliche, questione sulla quale vi erano stati contrasti tra le Cassazioni territoriali).

D'altra parte, dalla dottrina più autorevole veniva configurato il particolare carattere del comune quale ente rappresentativo delle comunità d'abitanti dislocate sul suo territorio: «il curatore – in senso largo – degli interessi di una comunità di persone avente dei fini special», interessi la cui cura «è rimasta come eccezione affidata al comune, nonostante il contrario principio che di regola ha da quest'ultimo staccata la relativa attività, nonché le collettività cui si riferiscono [...] residui singolari di un antico ordinamento, le quali su beni appartenenti ad esse stesse o al comune o a terzi godono di [...] diritti» (il riferimento è segnatamente agli usi civici). Queste collettività si distinguono dal comune e a volte si contrappongono ad esso: «gli utenti costituiscono o un soggetto giuridico a sé, o una pluralità di soggetti, stretti tra loro dalla comunità, in senso largo, del diritto di cui godono»; ma può avvenire, «quando la collettività non è eretta a persona giuridica e non ha una sua propria amministrazione, che il comune acquisti il carattere di un suo organo rappresentante»¹⁴.

Che l'ordinamento moderno, pur non disciplinando espressamente questo particolare "modo di possedere" i diritti imputati alla collettività utente rappresentata dal comune, non l'avesse tuttavia escluso, ma anzi ne riconoscesse senz'altro la sussistenza, veniva desunto dalle norme positive sopra citate che, pur con una certa loro oscurità e ambiguità, tuttavia contemplavano diritti del pubblico sulle cose altrui.

3. Diritti d'uso pubblico: i modi di acquisto e l'esercizio dei diritti

3.1. La giurisprudenza ha posto costantemente in evidenza che il diritto d'uso pubblico è costituito «a favore di una collettività di cittadini»; di «una comunità di persone seppure non organizzata in ente pubblico territoriale, che si presenti come una collettività indeterminata di individui» considerati non *uti singuli* ma *uti cives*, cioè quali «titolari di interessi di carattere generali»¹⁵. Viene affermato che «non può trarsi valido argomento dal numero esiguo degli abitanti che costituiscono l'individuato raggruppamento per escludere che a favore di costoro possa sorgere una servitù d'uso pubblico»: mentre «spetta [...] all'insindacabile apprezzamento del giudice di merito di accertare alla stregua di tutti gli elementi che normalmente concorrono ad attribuire ad una determinata comunità di persone una particolare coesione resa più stretta dalla comunanza di interessi e di situazione, se sussista o meno una comunità di persone di importanza sufficiente a giustificare per il soddisfacimento dei vantaggi connessi alla attuazione di fini pubblici, una servitù di uso pubblico»¹⁶ (la dizione "servitù" è spesso usata da questa giurisprudenza in luogo di "diritti d'uso pubblico").

La legittimazione a far valere il diritto in giudizio spetta sia al comune quale ente

¹⁴ S. Romano, *Il comune*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, t. 1, Milano, 1907, p. 614 ss.

¹⁵ Cfr., ad es., Cass., II, 7 giugno 1968, n. 1732, in *Foro italiano*, 1968, I, c. 1748. Di recente, v. Cons. St., V, 19 aprile 2013 n. 2218; VI, 31 luglio 2012 n. 4386.

¹⁶ Cass., II, 2 aprile 1964, n. 718, in *Giurisprudenza italiana*, 1965, I, c. 1988, con nota di L. Orusa, *Riflessioni*, cit. (si tenga presente che in giurisprudenza i termini "servitù" ovvero "diritti" a proposito dei diritti in oggetto sono usati in modo intercambiabile, comunque atecnico).

rappresentante la collettività dei *cives*, sia a ciascun cittadino *uti singulus* e in nome proprio. Viene specificato che «ove ad agire a tutela della servitù sia il singolo» ciò non fa sorgere «un'ipotesi di litisconsorzio necessario che postuli l'intervento in causa del comune» (Cass., II, 19 luglio 1974, n. 2188).

La questione dei «modi di acquisto», come s'è accennato, è stata centrale nell'esigenza di costruire una categoria di diritti reali collettivi autonoma e differenziata rispetto a quelli previsti dal codice (dato il divieto espressamente posto dal codice del 1865 della usucapibilità delle servitù discontinue non apparenti). Sotto l'impero del nuovo codice la giurisprudenza è rimasta ferma nell'ammettere la usucapibilità dei diritti d'uso pubblico, che anzi trovano, come ampiamente riconosciuto anche in dottrina¹⁷, proprio nella prescrizione il modo di acquisto più tipico e vitale.

Sul punto, si presenta il problema se e in che modo occorra, per il prodursi dell'effetto acquisitivo, la volontà espressamente o tacitamente manifestata dall'ente rappresentativo degli interessi della collettività, cioè dal comune. La posizione della giurisprudenza è chiara e costante (in asse con la costruzione del diritto quale diritto collettivo), nel senso di ritenere che tale concorso della volontà espressa o tacita, dell'ente, circa l'esercizio del godimento e dell'uso da parte della popolazione, non abbia alcun effetto costitutivo. Dal momento che il diritto attraverso «il fatto» dell'esercizio pacifico e ininterrotto dell'uso da parte della popolazione può considerarsi acquisito, l'ente è legittimato, e allo stesso tempo tenuto, ad intervenire in ordine all'esercizio dell'uso stesso mediante i poteri amministrativi di sua spettanza¹⁸. Ciò non significa che fatti dai quali possa desumersi che «l'ente pubblico abbia mostrato espressamente o tacitamente di riconoscere l'effettività dell'uso pubblico o di volerne profittare a vantaggio proprio» (Cass. 30 aprile 1974, n. 1234) non siano significativi come prove circa l'esercizio effettivo dell'uso necessario ai fini dell'usucapione; come prove cioè del fatto dell'uso e della riferibilità di esso ad una comunità d'abitanti in quanto tale (come quello che esprime «esigenze di carattere civile e sociale e finalità di interesse generale») e non invece ad una comunità determinata di persone (nel qual caso si avrebbe un diritto reale di natura privata).

La costituzione del diritto d'uso pubblico mediante usucapione è possibile «in difetto di qualsiasi provvedimento dell'autorità amministrativa, se vi sia stato il possesso della servitù medesima mediante il suo pubblico e continuo esercizio da parte della collettività di persone di un determinato centro abitato» (Cass. 29 marzo 1968, n. 965). D'altra parte, a fronte dell'esercizio in fatto dell'uso pubblico la giurisprudenza esclude possa trattarsi di mera tolleranza da parte del proprietario del fondo; in tal caso «la tolleranza coincide con l'acquiescenza potendosi la tolleranza configurare solo quando i soggetti ammessi al godimento della servitù siano compresi in una cerchia ristretta di persone» (Cass. 10 aprile 1973, n. 1026).

Fra gli altri modi di acquisto, rileva la c.d. *dicatio ad patriam* che «consiste nel mero fatto giuridico di metter volontariamente una cosa propria a disposizione del pubbli-

¹⁷ Cfr. L. Orusa, *Riflessioni*, cit.; P. Colombo, *I diritti*, cit., p. 100 ss.

¹⁸ Cfr. App. Palermo, 12 settembre 1956, in *Giurisprudenza italiana*, 1, 2, c. 910, 1957, con nota di P. Frate, *Nozione, principi e questioni di vicinalità*, con ampi richiami di giurisprudenza.

co, assoggettandola all'uso pubblico o ammettendo il pubblico a goderne». Tale fatto «si perfeziona con l'inizio dell'uso pubblico, senza che sia necessario il decorso di un congruo periodo di tempo, od un atto negoziale o un procedimento espropriatorio»¹⁹.

Circa l'*utilitas*, la giurisprudenza costantemente ha rilevato come tale elemento, comunque necessario per la costituzione del diritto, sia configurabile in senso ampio così da comprendere ogni possibile vantaggio derivante dal bene alla collettività, essendo tuttavia necessario che venga configurata in concreto «la realizzazione di un fine di pubblico interesse». Ma tale connotazione finalistica, viene notato acutamente, «si risolve in definitiva nella generalità di un uso indiscriminato da parte dei singoli e presuppone l'oggettiva idoneità del bene privato al soddisfacimento di un'esigenza comune ad una collettività indeterminata di cittadini»: elementi che viceversa non ricorrono nel caso in cui «l'uso è esercitato per esigenze connesse alla privata utilizzazione dei singoli utenti ovvero per una specifica utilità prediale»²⁰.

In sostanza, l'interesse pubblico è insito nel fatto dell'utilizzazione collettiva del bene: cioè, al fine di stabilire in concreto la sussistenza del diritto d'uso pubblico, è necessaria, ma anche sufficiente, l'individuazione del carattere collettivo dell'insieme degli utenti (non deve cioè trattarsi di una mera somma di singoli individui o di determinate famiglie: l'indagine in concreto è comunque affidata al giudice di merito); la nozione di interesse pubblico si caratterizza esclusivamente per il riferimento soggettivo dell'attività svolta. È una *pubblicità spontanea*, se così si può dire, che attiene a tutto ciò che interessa la collettività nel suo insieme (qualsiasi possibile utilizzazione del fondo gravato, anche a titolo di mera comodità o di mero diletto²¹) prescindendo dalla valutazione, ovvero dalle decisioni dell'autorità amministrativa.

Non si ritiene necessario, per giustificare l'esistenza di un diritto d'uso pubblico, esaminare se l'*utilitas* coincida con il «conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli cui servono i beni» demaniali, secondo la dizione dell'art. 825 cod. civ.

È vero bensì che a volte la Cassazione nelle decisioni in materia richiama gli usi comuni sui beni demaniali per assimilarli a quelli in esame – e l'assimilazione del resto è più che fondata – ma ciò al fine di mostrare che il diritto d'uso pubblico «può consistere in qualsiasi utilizzazione che la collettività, anche *sine animo jure servitutis re utendi*, tragga dal bene di proprietà privata asservito, come se si trattasse di un bene demaniale» (Cass. 7 giugno 1968, n. 1732).

¹⁹ Cass., 10 novembre 1971, n. 3176; v. anche Cass., I, 16 marzo 1981, n. 1474, in *Giustizia civile*, 1981, I, p. 1654, con nota redazionale e *ivi* riferimenti.

²⁰ Cass., II, 6 febbraio 1962, n. 226, in *Foro amministrativo*, 1962, 2, p. 260; Cass., II, 7 maggio 1969, n. 1548; Cass., I, 10 aprile 1973, n. 1026; Cass., II, 7 novembre 1967, n. 2319; Cass., II, 15 giugno 1968, n. 1923; nella quale ultima viene evidenziato che, mentre la pubblica *utilitas* comprende «ogni possibile utilizzazione dell'immobile gravato per la realizzazione di fini di pubblico interesse da parte della generalità dei comunisti», «per giungere a ritenere la sussistenza di un uso generale così ampio su di un bene privato è necessario che le singole utilizzazioni, dedotte a prove dell'esistenza della servitù, non si risolvano in sporadici episodi, svoltisi successivamente in lungo periodo di anni, in maniera discontinua». Più recentemente, v. Cons. St., II, 12 maggio 2020, n. 2999; Cass., II, 10 gennaio 2011, n. 33.

²¹ Cass., II, 18 marzo 1960, n. 571, in *Giustizia civile*, 1960, I, p. 1634: «ogni vantaggio che la collettività possa ritrarre, sia esso di natura economica ovvero spirituale ed estetico, onde è sufficiente che essa possa conseguire un mero diletto».

3.2. Una volta costituito il diritto, il bene privato, che resta in proprietà privata, “si trasforma in cosa pubblica”, e in quanto tale viene ad essere sottoposto ai poteri di regolazione spettanti all’autorità amministrativa (comune). La giurisprudenza a tale proposito ha costantemente evidenziato – segnatamente in materia di vie vicinali – che tali poteri sono tuttavia limitati a quelli «intesi a garantire e ad assicurare l’uso (della strada) da parte dei cittadini, ma soltanto nei limiti dettati dal pubblico interesse»; e quindi l’amministrazione «non può esercitare quei poteri che al contrario le spettano sul suolo demaniale, e tra questi, quelli indirizzati ad un uso eccezionale della strada, quale la facoltà di dare in concessione a privati la costruzione sull’area pubblica di costruzioni stabili» (ad esempio, edicole di giornali: Cass. 23 marzo 1960, n. 603). Insomma, i poteri amministrativi circa il governo della cosa e la regolazione dell’uso sono strettamente limitati dall’oggetto del diritto collettivo quale individuato dal titolo, restando tutte le altre estrinsecazioni e *utilitates* della cosa nella disponibilità del proprietario, come contenuto del suo diritto. Importante applicazione del principio è in materia di apertura di accessi da parte dei proprietari di fondi confinanti con la via vicinale. «L’apertura di accessi a favore di fondi latitanti comporta un uso speciale della strada che non può confondersi col semplice diritto di transito, riguardando essa una situazione diversa e più intensa. Pertanto, l’accertato diritto di pubblico transito su una strada privata non comporta il diritto, per i cittadini, di aprire su di essa accessi a favore dei fondi di loro proprietà²².

I diritti collettivi, per loro propria natura e struttura, non sono disponibili in quanto tali, poiché appartengono ad una collettività indifferenziata ed indeterminata di persone legate da un mero vincolo di incolato: collettività che in quanto tale non è organizzata come persona giuridica ed è priva di capacità di agire.

Al fine di ovviare a ciò, la giurisprudenza ha applicato per analogia i principi in materia di usi civici e ritiene che sia il comune come ente, in quanto rappresentativo della comunità (o delle comunità) insediata nel suo territorio, a dover perfezionare, se così può dirsi, la carenza di strumentazione giuridica della manifestazione di volontà della comunità di abitanti titolare del diritto collettivo. Ciò trova significativa applicazione in materia di estinzione dei diritti collettivi. La giurisprudenza, infatti, afferma che «il diritto di uso pubblico non è né alienabile né prescrivibile, quindi non può estinguersi col semplice non uso per quanto protratto nel tempo», e richiede che «col fatto obiettivo della cessazione dell’uso pubblico concorrano circostanze tali da far presumere la volontà dell’autorità pubblica di non mantenere tale destinazione» (Cass. 18 marzo 1960, n. 571). Altre volte richiede, perché si produca l’effetto estintivo, un vero e proprio «provvedimento dell’autorità amministrativa che dichiari cessato l’interesse pubblico a fruire di quel determinato bene» (Cass. 11 febbraio 1967, n. 345). Ma in genere un provvedimento esplicito non viene richiesto, ritenendosi che la volontà della pubblica amministrazione possa «risultare anche implicitamente da fatti concludenti, univoci e incompatibili con la volontà di utilizzazione del bene» (Cass. 6 dicembre 1974, n. 4045).

Diverso è il caso in cui il bene perde le caratteristiche naturali che lo rendono atto all’uso pubblico: ché in tal caso si seguono i principi comuni in materia di beni pubblici, circa la c.d. cessazione tacita della demanialità.

²² Cass., 4 dicembre 1974, n. 3971. V. però le precisazioni di Cass., 8 dicembre 1973, n. 2236.

L'acquisto del diritto per prescrizione, e cioè per effetto dell'esercizio di fatto, spontaneo, dell'uso, per il tempo necessario a prescrivere, da parte della stessa collettività degli utenti, si perfeziona a prescindere, come s'è accennato, dalla manifestazione di volontà in tal senso da parte dell'ente comune; mentre resta l'imputazione in capo ai singoli utenti, oltre che all'ente comune in quanto esponenziale della collettività, dei poteri di tutela del diritto d'uso, sia in sede petitoria che possessoria.

Sul punto, la costruzione positiva è quella elaborata a proposito degli usi civici. L'imputazione collettiva del diritto non esclude affatto, "anzi implica", la contestuale imputazione del diritto stesso all'ente, in quanto esponenziale della collettività medesima (sul piano sociologico) e perciò rappresentativo di essa (sul piano giuridico), come centro di imputazione dotato di dinamicità, cioè, della capacità di agire, di reagire ai comandi dell'ordinamento ponendo in essere fattispecie produttive di effetti. Perciò l'appartenenza del diritto ad una collettività comporta sempre *l'individuazione* di detto centro (fissato per regola nel comune). La collettività come tale (individuata nella comunità d'abitanti) non è capace di esprimersi in una volontà giuridicamente significativa, e quindi dare luogo a fattispecie produttive di effetti.

La collettività si esprime "con il fatto" dell'uso (e perciò acquista il diritto per usucapione) ma una volta acquistato il diritto (mediante usucapione o mediante altro titolo) non ne dispone come tale, appunto perché priva di dinamicità; mentre gli eventuali poteri di disposizione non possono che spettare all'ente esponenziale. Ciò spiega le corrette affermazioni della giurisprudenza alle quali s'è fatto cenno, circa il fatto che l'estinzione dei diritti d'uso pubblico avviene in «virtù di apposito provvedimento dell'ente pubblico» (Cass. 16 marzo 1981, n. 1474), «per effetto di una manifestazione di volontà, anche tacita (desumibile da fatti concludenti, univoci e incompatibili con la volontà di utilizzare il bene) della pubblica Amministrazione»; che sul piano giuridico, non sono «configurabili atti abdicativi che siano compiuti dalla collettività degli utenti» (Cass. 13 ottobre 1980, n. 5457). Tuttavia, è da ritenere pacifico che a fronte di poteri dispositivi esercitati dall'ente, spettano ai singoli utenti azioni a tutela dell'uso.

4. I diritti degli utenti circa godimento ed uso dei "beni pubblici"

4.1. I diritti di uso pubblico, come s'è appena visto, emergono, nella costruzione giurisprudenziale, con oggetto cose aperte (cose pubbliche) in proprietà privata; come fenomeno derogatorio rispetto alla regola della chiusura cui altrimenti il proprietario avrebbe diritto. E i casi giurisprudenziali sopra ricordati muovono proprio da questa pretesa del proprietario (come il principe Borghese, circa la "sua" villa), di chiudere la cosa, e perciò a contestare i diritti della collettività (la cui natura di diritti soggettivi è indiscussa, una volta riconosciuta la legittima fonte dell'uso).

Diversamente, si presenta la questione dei diritti d'uso con oggetto "beni pubblici", la cui apertura e la cui destinazione all'uso pubblico è stabilita dalla legge (cose pubbliche per legge) ovvero dall'autorità amministrativa a seguito di destinazione, ma circa i quali è incerta la natura degli usi, se oggetto o meno di diritti soggettivi degli utenti.

"Beni di uso pubblico" erano denominati nella legislazione meno recente (artt. 429,

432, 556, 572 cod. civ. 1865) e dalla dottrina più antica²³ i beni c.d. demaniali, caratterizzati dalla loro destinazione all'uso pubblico (art. 429 cod. civ. 1865) e perciò assoggettati, unitamente a quelli destinati alla difesa nazionale (la distinzione è nello stesso art. 429), al regime pubblicistico, di cui s'è detto.

Questa dizione, tuttavia, nella terminologia del nuovo codice, e già prima in dottrina, è stata sostituita da "beni del demanio pubblico" o "beni demaniali" (artt. 822 ss., 879 cod. civ.).

Invero, le categorie di beni appartenenti ai pubblici poteri e indicati sotto tale dizione, nonché altri ivi non indicati ma dotati delle medesime caratteristiche (si pensi ai parchi pubblici di pertinenza comunale), escluso il c.d. demanio militare, sono "destinati all'uso pubblico" (riteniamo preferibile questa dizione in luogo di "uso comune" o "uso generale", anch'esse usate in dottrina, perché è quella tradizionale nella legislazione) per disposizione della normativa che li riguarda²⁴. O almeno, sono destinati "anche" o principalmente all'uso pubblico, essendo previsti dalla legge, come normali e propri della cosa (tali anch'essi da realizzarne la destinazione pubblica) usi particolari che trovano la loro fonte in atti amministrativi singolari in genere di tipo concessorio (si pensi alle derivazioni di acque pubbliche: artt. 2 ss., T.U. acque pubbl.), differenziati rispetto agli atti di diritto comune attraverso i quali si costituiscono diritti d'uso in ordine a beni patrimoniali.

Queste categorie di beni pubblici hanno, di caratteristico, di essere "aperti" al godimento e all'uso collettivo, sia pure con le limitazioni e secondo le prescrizioni di legge, che attribuiscono all'amministrazione competente poteri che rispettivamente attengono alla gestione e manutenzione della cosa (governo della cosa) e alla regolazione degli usi cui la cosa è destinata. Sono, pur con dette limitazioni, cose pubbliche, anch'essi, cioè spazi aperti alla libertà comune, che non sopportano le "chiusure" proprie delle *res in dominio* (art. 841 cod. civ.). In ciò, la destinazione all'uso pubblico si traduce in una caratteristica strutturale propria della cosa, il suo essere aperta appunto.

Sul versante dell'amministrazione, la destinazione all'uso pubblico di alcune categorie di cose di propria pertinenza si può tradurre in un obbligo alla prestazione del relativo servizio (affinché sulle cose pubbliche il pubblico possa esercitare, nei limiti di legge, gli usi consentiti).

La questione della natura giuridica della situazione soggettiva del singolo utente circa l'uso dei "beni pubblici" destinati all'uso pubblico è affrontata dalla dottrina (meno recente) in materia di beni pubblici²⁵, a fronte tuttavia di riscontri giurisprudenziali

²³ V., ad esempio, F. Cammeo, *Demanio*, in *Digesto italiano*, IX, pt. I, pp. 1887-1898, part. p. 859.

²⁴ Per il demanio marittimo, v. artt. 30, 34, 36 codice della navigazione (cfr. Cons. St., II, 14 febbraio 1976, in *Cons. Stato*, 1977, I, p. 524); per il demanio idrico: art. 1, l. 11 luglio 1913, n. 959, norme sulla navigazione interna; art. 1, T.u. acque pubbliche; per il demanio stradale: artt. 1, 9, 11, l. 12 febbraio 1958, n. 126; d.P.R. 16 giugno 1959, n. 393; per i beni culturali di proprietà pubblica, art. 52, l. 1 giugno 1939, n. 1089.

²⁵ Una panoramica completa e ben argomentata sul piano problematico in F. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, Cedam, 1934, p. 266 ss., che ci ha dato anche il più limpido contributo costruttivo sul tema; più di recente R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 60 ss. Le posizioni della dottrina più antica sono tutte ampiamente esposte da O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Stato della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 1897, 4, c. 325 ss. (mentre la posizione dello stesso autore, sul punto, è espressa nell'omonimo studio, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Teoria*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1898, 25, p. 159 ss. e 26 p. 43, 319, part., p. 348 ss. e 361 ss.).

rarissimi e quasi esclusivamente incentrati sulla marginale questione della natura dei diritti del "frontista" delle strade pubbliche siccome differenziati da quelli del comune utente²⁶. Sono tuttavia ravvisabili nuovi sviluppi della relativa problematica, a fronte della nuova e più intensa considerazione dei diritti collettivi (segnatamente in materia ambientale)²⁷ cui l'ordinamento pare essersi avviato; in connessione con la problematica dei beni comuni, emersa nell'esperienza più recente (*infra*, 5.3.).

Storicamente, le categorie di cose escluse dall'appropriazione privata e riservate allo Stato secondo la normativa codicistica trovano origine nella legislazione rivoluzionaria e nel codice di Napoleone²⁸, come quelle aperte all'uso pubblico, per le quali una situazione di dominio propriamente intesa, non appare predicabile. Esse si configurano come beni oggetto di godimento da parte degli utenti, mezzi di soddisfacimento di loro propri interessi della vita in vario modo garantiti dalla legge, e oggetto, d'altro lato, di poteri di gestione e tutela, attribuiti dalla stessa legge all'amministrazione.

La questione dell'imputazione del dominio circa questi beni, allo Stato o ad ente pubblico indicato dalla legge, risolta nel senso di detta imputazione²⁹, non viene ad incidere sulla questione dell'uso pubblico cui le cose stesse sono destinate, come diritto degli utenti. Il titolo dominicale, svuotato di ogni facoltà di godimento, non risulta in alcun modo incompatibile con l'apertura delle cose stesse all'uso della collettività³⁰, anzi questo è il motivo della loro pubblicità. Ma, sin dall'origine, resta aperto il problema di definire la natura e il contenuto della situazione soggettiva di godimento dei singoli, potendo configurarsi l'apertura all'uso pubblico, che tuttavia costituisce una caratteristica strutturale della cosa, come un potere discrezionalmente esercitato dall'amministrazione (come una delle specie del potere di destinazione: artt. 828, 830 cod. civ.).

L'affermarsi della teoria della destinazione come quella centrale per la spiegazione della disciplina dei beni pubblici come disciplina differenziata rispetto al diritto comune ha condotto invero, la dottrina, ad accomunare l'uso pubblico alle altre destinazioni pubbliche dei beni appartenenti ai pubblici poteri³¹.

Si rileva, tuttavia, il comune sentire circa il fatto che il singolo utente usa della cosa

²⁶ Sul punto, si rinvia a V. Caputi Jambrenghi, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, Jovene, 1979, part. p. 122 ss.

²⁷ La tutela dei diritti collettivi in materia ambientale è espressamente prevista dalla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente (art. 18 l. n. 349/1986). Cfr. C. cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, 1, p. 3788 ss.; P. D'Amelio, *Ambiente (tutela dell')*, in *Enciclopedia giuridica*, II, 1988; B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, il Mulino, 1990.

²⁸ L. 22 novembre-1 dicembre 1790, che disponendo la generale commerciabilità dei beni del *domaine* (già della Couronne, *come tali inalienabili*), faceva salve una serie di categorie di beni, grosso modo corrispondenti a quelle del nostro demanio (cod. civ. Napoleone, art. 538 ss.) Per tutti, M. Garaud, *La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959.

²⁹ F. Cammeo, *Demanio*, in *Digesto italiano*, IX, Torino, 1887-1898, p. 897 ss.; V. Scialoja, *Sulla proprietà delle cose appartenenti al demanio pubblico*, in *Studi giuridici*, Roma, 1932, 3, p. 264.

³⁰ F. Cammeo, *Demanio*, cit., part. p. 902 ss.

³¹ F. Guicciardi, *Il demanio*, cit., part. p. 70 ss.; S. Cassarino, *La destinazione*, cit., pp. 24 ss., 121 ss.; A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 286; conf. G. Palma, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, *Proprietà*, VII, t. 1, Torino, Utet, 1982, part. p. 188 ss.

pubblica per un suo proprio interesse di vita, di carattere fondamentale, come quello che concretizza la stessa libertà di circolazione e di movimento nell'ambito del territorio che, senza cose pubbliche, non sarebbe neppure concepibile³²: l'utilizzazione stessa del territorio come spazio di vita (e di libertà) comune. Un interesse, individuale, ma diffuso, o corporativo secondo la dizione della dottrina meno recente³³, perché comune a tutti i consociati. Questo interesse è contemplato e in qualche modo garantito dalle leggi (quelle che concernono le diverse categorie di cose pubbliche come destinate all'uso pubblico)³⁴ e perciò pare assumere la configurazione e la consistenza di un diritto soggettivo. Ma d'altra parte, si rileva (almeno in ordine ad alcune categorie di cose pubbliche, quelle del c.d. demanio artificiale, che consta di beni a destinazione pubblica) che la prestazione, l'apparecchiatura, delle cose pubbliche nella loro materialità e funzionalità è oggetto di una funzione pubblica (come la funzione di approntamento delle infrastrutture: si pensi soprattutto alle strade) attribuita dalla legge in via esclusiva all'amministrazione dello Stato (o di altro pubblico potere). E a fronte di tale attività, come attività amministrativa di diritto pubblico, situazioni soggettive tutelate (anche nella forma degli interessi legittimi) appaiono di configurazione problematica. Gli interessi degli utenti tendono a regredire, anche nelle costruzioni della migliore dottrina, ad interessi di mero fatto, semplici, o corporativi, o civici (secondo le diverse dizioni usate), rilevanti in sede sociale o politica, ma non sul piano giuridico dove appaiono privi di tutela³⁵.

Da qui gli sforzi di distinzione della dottrina (che aveva trovato nell'opera del Guicciardi la formulazione più limpida) tra l'interesse dei singoli "alla prestazione" delle cose pubbliche, configurato come interesse meramente civico, semplice (sfornito di tutela) e l'interesse medesimo all'uso della cosa una volta "prestata", "aperta alla libera circolazione del pubblico" come diritto soggettivo, di carattere assoluto, ascrivibile alle libertà (e quindi tutelato attraverso l'obbligo di astensione imposto ai terzi) ma con un contenuto indubbiamente reale³⁶.

³² Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, p. 1053 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 171 ss.; Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1991, part. p. 636 ss.; G. Amato, *Rapporti civili (art. 13-20)*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1977, sub artt. 16, p. 114 ss.; M. Mazziotti, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, p. 14 ss.

³³ S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912, p. 489 ss.; v. anche O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, L. Piero, 1912, part. p. 468.

³⁴ Di particolare rilievo, le norme del cod. beni cult. che assicurano la fruizione pubblica (della "collettività") sia pure compatibilmente con gli usi di istituto (studi, ricerche, restauri, mostre fuori sede, ecc.) del patrimonio culturale (beni culturali e beni paesaggistici) di appartenenza pubblica (artt. 2, 101, 102) e degli stessi beni culturali di proprietà privata ove rivestano "interessi eccezionali", da esercitare secondo modalità concordata col proprietario (art. 104).

³⁵ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1984, p. 134 ss., dove i necessari riferimenti.

³⁶ E. Guicciardi, *Il demanio*, cit., p. 90 ss.; ma già O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 468, quasi negli stessi termini; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1932, p. 201, dove nega che il singolo "come partecipa insieme agli altri membri della collettività all'uso generale" possa avere un qualche interesse personale giuridicamente tutelato a fronte della sottrazione della cosa demaniale all'uso pubblico (di tutti e non di lui solo).

Il carattere reale di codesta situazione soggettiva è evidenziato da D. Donati, *Stato e territorio*, cit., p. 181

In questo panorama, risalta la nota dottrina che imputa senz'altro alla proprietà collettiva i beni demaniali destinati all'uso pubblico (cose pubbliche), nella quale la situazione soggettiva del singolo in ordine all'uso della cosa comune acquista i connotati di situazione reale piena; che tuttavia, nei confronti dell'Amministrazione che esercita i poteri di governo della cosa e la regolazione dell'uso, necessariamente si presenta come interesse legittimo³⁷. Questa dottrina, che in quanto tale (come enunciazione del diritto collettivo di dominio circa le cose pubbliche), non sembra aver avuto seguito, ma ha avuto il merito di tratteggiare, nell'ambito dei beni pubblici, la particolare posizione di quelli la cui ragion d'essere è il servizio della collettività indiscriminata degli utenti (l'essere "beni collettivi" anche se non beni in "proprietà collettiva")³⁸.

Per quanto concerne la giurisprudenza, le decisioni in merito sono pressoché assenti, come s'accennava; e a fronte di alcune rare affermazioni circa la consistenza di diritto soggettivo pieno della situazione di interesse dell'utente circa l'uso della cosa pubblica³⁹, si rinvencono ancora le recenti molteplici affermazioni decisamente negatrici, ma pronunciate *incidenter* al fine di evidenziare la diversa e maggiore consistenza della posizione del frontista⁴⁰.

Occorre altresì rilevare, in ordine alla questione in esame, che una parte del territorio (come insieme delle cose immobili) è "formato di cose pubbliche", cioè aperte

ss., sulla base dell'indiscutibile diritto di ciascun consociato «di mettersi a contatto con un punto della zona con cui si trovi a contatto con altro consociato, e quindi di pretendere l'allontanamento del consociato stesso, quando il contatto del medesimo, o per la sua natura o per la sua durata, valga ad impedire un uguale uso della cosa da parte dell'utente considerato». Sul punto, non appaiono convincenti le critiche di E. Guicciardi, *Il demanio*, cit., p. 269 s.; v. anche, più di recente; S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., p. 153 ss., 510 ss.

Nella dottrina meno recente, decisamente nel senso del carattere di "diritto a tipo reale" della situazione soggettiva del singolo circa l'uso pubblico, v. E. Redenti, *Sull'uso generale dei beni demaniali*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1908, 1, p. 54; L. Raggi, *Servizio pubblico e demanialità*, in *Il Filangeri*, 1909, p. 81.

³⁷ M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963, p. 56 ss.; S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., p. 148 ss., part. 506 ss. Nella nostra dottrina un precedente si rinviene in L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, II, Torino, Fratelli Bocca, 1884 (ma v. già E. Cenni, *Studi di diritto pubblico*, Stab. tip. dei Fratelli De Angelis, Napoli, 1870, part. p. 156 ss., limitatamente al diritto dei comunisti sui beni comunali). Sul punto, v. l'ampia trattazione di O. Ranalletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Teoria*, cit., part. p. 215 ss.

³⁸ Nell'ambito dell'operazione di trasferimento di beni statali agli enti territoriali (c.d. federalismo demaniale), ancora in fase di attuazione (d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85), la legge chiarisce che l'attività dei singoli enti relativa ai beni trasferiti, è svolta «nell'interesse della collettività rappresentata» al cui «vantaggio diretto o indiretto» è finalizzata «la massima valorizzazione funzionale del bene».

³⁹ V. ad es., Cass., III, 4 luglio 1934, in *Giurisprudenza italiana*, 1934, 1, c. 1226: «La natura giuridica dell'uso collettivo sui beni demaniali, od anche dei privati [con riferimento ai "diritti d'uso pubblico"] ove sian soggetti ad uso pubblico, è quella di un diritto veramente tale, ma ... differente dal dominio o dalla servitù ... anzi differente da ogni ragione di diritto privato e che ai cittadini compete, in quanto tali, ma jure publico civitatis ... che ha la sua disciplina, oltre che nell'antica tradizione, negli usi osservati come diritto pubblico dei quali è cenno nell'art. 2, cod. civ.» (art. 11, cod. civ. vigente).

V. già, Cass., 10 febbraio 1931, 8 aprile 1931, in *Massimario del Foro italiano*, 1931; 24 aprile 1931, in *Foro italiano*, 1931, 1, c. 1295, con nota di richiami giurisprudenziali; sentenze richiamate dalla sentenza del 1934 per l'affermazione degli usi pubblici come "diritti soggettivi che spettano agli abitanti di un Comune ... *uti singuli e uti cives*" con la connessa legittimazione alla tutela giurisdizionale dei diritti stessi, come tutela esercitata nell'interesse proprio, non come azione popolare.

⁴⁰ V. ad es., Cass., II, 17 aprile 1964, n. 926; Cass., 6 dicembre 1975, n. 4057. Sul punto, cfr. V. Caputi Jambrenghi, *Premesse*, cit., p. 122 ss.

all'uso e al godimento della collettività, e tale è necessariamente, poiché sarebbe del tutto impensabile la vita di una comunità territoriale senza cose pubbliche, senza spazi di libertà comune. A fronte di queste cose, la posizione dei singoli utenti è vissuta, invero, come situazione di godimento nell'interesse proprio. L'evidenza di questo fatto emerge chiara nella costruzione giurisprudenziale dei diritti d'uso pubblico, oggetto di apprensione diretta da parte delle collettività territoriali, delle comunità d'abitanti, da sé medesime, di questi spazi di libertà comune.

4.2. La “questione dell'uso pubblico” dei beni c.d. demaniali (di uso pubblico), si presenta in termini distinti secondo le diverse categorie di beni pubblici, la cui individuazione avvenga rispettivamente attraverso la “riserva”, ovvero attraverso la destinazione di determinate cose ad una funzione o servizio pubblico: beni riservati e beni a destinazione pubblica come categorie differenziate quanto a struttura e disciplina giuridica. La destinazione rileva in ordine alla natura dell'uso pubblico, con oggetto le cose ascritte rispettivamente ai beni riservati (la cui mera esistenza in natura è causa della loro pubblicità) ovvero ai beni a destinazione pubblica (che devono essere destinati dall'amministrazione perché diventino beni pubblici).

I beni riservati, per il loro stesso essere, con determinati caratteri naturali e strutturali sono assoggettati a riserva e le relative utilizzazioni sono stabilite dalla legge e “regolate” dall'autorità amministrativa. Ma soltanto le utilizzazioni che consistono nel possesso esclusivo della cosa (di alcune sue parti) con il diritto *excludendi alios*, abbisognano di atti amministrativi a carattere puntuale (in genere, concessioni) mediante i quali il relativo diritto in capo ai singoli interessati può costituirsi. Mentre in ordine agli usi generali e comuni della cosa (uso pubblico) – e così il passeggio e il riposo, e l'approdo e la balneazione, e la navigazione e la pesca, ecc., sulle spiagge e sugli arenili e nelle acque del mare territoriale, e le attività simili sulle acque pubbliche e le loro pertinenze – l'autorità amministrativa esercita poteri di regolamentazione e “polizia” dell'uso, affinché l'esercizio dell'uso da parte di ciascuno non renda impossibile l'uso di tutti.

L'uso delle cose riservate da parte di ciascuno *uti singulus* non trova la sua fonte in alcun atto amministrativo: ciascuno *uti singulus*, che, cittadino o no, sia legittimato a circolare nel territorio nazionale, in quanto tale, esercita senz'altro l'uso della cosa. Mentre il fatto che siano previste forme di abilitazione tecnica per l'esercizio dell'uso con mezzi tecnici complessi (ad esempio, la patente di guida, la patente nautica, ecc.) ovvero che in determinati casi si imponga il pagamento di un prezzo (ad esempio, il pedaggio autostradale) non sposta, com'è noto, i termini della questione⁴¹.

La cosa deve essere bensì gestita, mantenuta, organizzata, dall'Amministrazione competente, secondo le previsioni di legge, ma essa non deve essere “prestata”, “apparecchiata” dall'amministrazione, essa è, e, con il riferimento al suo essere, opera senz'altro la riserva.

La situazione dei singoli che usano, come espressione di un proprio interesse della

⁴¹ Riferimenti in A. Chiappetti, *Polizia (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, p. 120 ss. Sempre utile la consultazione di O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., IV, 1904, particolarmente p. 237 ss.

vita, cose pubbliche (riservate, esistenti in natura), che la legge garantisce e protegge impedendo l'appropriazione singolare delle cose stesse, assicurandole come spazi della libertà comune, sembra fundamentalmente ascrivibile ad una situazione giuridica soggettiva di diritto. Essa si imputa alla persona in quanto tale, come manifestazione della libertà di circolazione, garantita come diritto fondamentale dall'art. 16 Cost. Il diritto d'uso delle cose pubbliche appare una delle manifestazioni di tale libertà. Mentre la presenza delle cose pubbliche (come parte del territorio nazionale dove si possa circolare liberamente) in adeguata misura diviene presupposto ineliminabile per l'esercizio stesso della libertà costituzionalmente garantita⁴².

Come tale, la titolarità del diritto d'uso delle cose pubbliche (riservate) pertiene a ciascuno e si concretizza nell'uso stesso senza alcuna necessità di trovare il proprio presupposto in una situazione dominicale o in altro diritto reale o situazione di godimento assicurata al soggetto in comune relazione con la cosa pubblica (il vicino, il frontista, ecc.). È perciò un diritto della persona; ma a differenza degli altri ascrivibili alla categoria, ha un contenuto reale (ovviamente si tratta di diritti reali *sui generis*, come i diritti d'uso pubblico, come s'è visto, e d'uso civico, tutti estranei alla classificazione codicistica). Sul punto, la posizione risalente della Cassazione, citata nelle sentenze degli anni '30, ma ripresa con altri termini e con esplicito riferimento ai beni comuni, nella nota giurisprudenza della Corte del 2011, merita di essere confermata.

Come situazione soggettiva, il diritto d'uso, è capace di possesso e perciò tutelabile nei rapporti con gli altri utenti, mediante l'esercizio dell'azione di spoglio (artt. 1145 co. 2 e 1168 cod. civ.). La questione che era dibattuta sotto il vigore del precedente codice (anche se l'orientamento dominante si era infine formato nel senso poi accolto dal codice nuovo)⁴³, è stata risolta nel senso dell'ammissibilità senz'altro dell'azione di spoglio, restando riservata l'azione di manutenzione alla tutela del possesso fondato su titolo concessorio o ad esso corrispondente (per usi cosiddetti eccezionali della cosa pubblica: art. 1145, co. 3)⁴⁴.

⁴² Cfr. P. Barile, *Istituzioni*, cit., p. 610 ss.; *Diritti dell'uomo*, cit., part. p. 171 ss.

M. Mazziotti, *Circolazione*, cit., p. 15 ss., molto chiaro in tal senso (part. p. 19); G. Amato, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 114 ss., 121 ss. Ma v. C. cost., 23 marzo 1960, n. 12, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, I, p. 113 ss., e particolarmente C. cost. 12 marzo 1965, n. 12, *ivi*, 1965, I, p. 106 ss. Su quest'ultima decisione v. l'importante nota di V. Crisafulli, *Questioni di costituzionalità di disposizione di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo? (in tema di libertà di circolazione)*, *ivi*, 1965, p. 113.

⁴³ Vedila esposta, con ampie citazioni, da F. Maroi, *L'eccezione di demanialità nel giudizio di spoglio tra privati*, in *Foro italiano*, 1930, I, c. 281.

L'articolo del vecchio codice corrispondente all'attuale art. 1145 conteneva soltanto la norma che adesso è nel primo comma di quest'ultimo, che sancisce l'insuscipibilità dei beni demaniali (art. 690 cod. civ. 1865, ricalcato sull'art. 2226 code Napoléon); mentre nulla disponeva circa l'esperibilità di azioni possessorie.

⁴⁴ Sul punto, S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., p. 510 ss., dove i necessari riferimenti. Come contributi specifici restano assai utili le note rispettivamente di R. De Maio, *Azioni possessorie nei rapporti tra privati, a tutela dell'uso ordinario generale dei beni demaniali e parificati*, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di cassazione civile*, 1955, 3, p. 161; N. Bernardini, *Ammissibilità di tutela del possesso senza titolo di beni demaniali dallo spoglio di privati*, in *Foro padano*, 1955, I, p. 111; G. Branca, *Sul possesso dei beni demaniali*, in *Foro italiano*, 1958, I, c. 575, a commento di Cass. n. 2541/1957 cit.; Id., *Sulla detenzione rispetto ai beni demaniali*, *ivi*, c. 1147, a commento (critico) di Cass., II, 29 maggio 1957, n.

Nei confronti dell'amministrazione (in quanto titolare dei poteri di governo della cosa, nell'esercizio di essi), l'azione di spoglio in capo all'utente presenta aspetti problematici, in considerazione della tradizionale impostazione della nostra giurisprudenza che, in virtù di una interpretazione (eccessivamente) restrittiva dell'art. 4 della legge del 1865, ha negato costantemente l'esperibilità di azioni possessorie nei confronti della pubblica amministrazione. Ma la giurisprudenza più recente tende ad escludere che il "divieto" di cui all'art. 4, possa "coprire" comportamenti della pubblica amministrazione non ricollegabili all'esercizio di poteri amministrativi, cioè "di fatto", aprendo in tali casi l'esperibilità di azioni possessorie⁴⁵.

Se si tratta di atti amministrativi, la tutela dell'utente avviene attraverso il ricorso al giudice amministrativo.

Del diritto reale (*sui generis*), i diritti in oggetto hanno la tipica struttura sostanziale che si concretizza in una relazione immediata e diretta del soggetto con la *res* prescindendo dall'intermediazione di un rapporto giuridico con altro soggetto; e hanno il modulo tipico della tutela (cd. diritto di sequela); restando escluso l'esercizio della *rei vindictio* a fronte di cose riservate⁴⁶.

Sul punto, rileva l'orientamento che sta emergendo in giurisprudenza, valorizzando le disposizioni sul c.d. federalismo demaniale (Tar Liguria, II, 31 ottobre 2012, n. 1348), circa il riconoscimento ai singoli cittadini di una posizione qualificata (e in conseguenza, la legittimazione ad agire in giudizio) con oggetto "i provvedimenti che incidono negativamente sulla qualità della vita dei soggetti residenti in un determinato territorio", in virtù di una diversa destinazione, disposta in ordine a un tratto di spiaggia demaniale sottraendola all'uso pubblico.

4.3. In maniera parzialmente diversa si pone la problematica in oggetto con riferimento alle cose a destinazione pubblica. Si tratta essenzialmente di due categorie di cose pubbliche, della massima importanza sul piano pratico, come spazi aperti alla libertà comune: le strade e i parchi pubblici (non a caso, si tratta di due categorie di cose in ordine alle quali si sono prevalentemente formati i diritti d'uso pubblico su cose in proprietà privata). In tali casi, la cosa non è identificabile in natura per i suoi propri caratteri strutturali tali da assoggettarla a riserva; ma è apparecchiata dall'amministrazione e da essa destinata all'uso pubblico. Non si rinviene dunque quella relazione immediata e diretta dell'utente con la cosa, tra la cosa nel suo stesso essere e l'esercizio dell'uso da parte della collettività. Insomma l'esercizio dell'uso è mediato da una attività amministrativa intesa alla produzione stessa della cosa nella sua materialità, oltre che come bene giuridico.

1981; tutte decisamente nel senso del testo (pur restando aperta, secondo alcuni autori, la questione se l'utente "possiede" o "detiene", che è tuttavia indifferente ai fini dell'esperibilità dello spoglio: v. art. 1168, co. 2, cod. civ.; cfr. le citate note di G. Branca); e critiche (con dovizia di argomenti) a fronte di una giurisprudenza che pare orientata ... a non leggere l'art. 1145, co. 2, cod. civ.

⁴⁵ Cass., 13 luglio 2001, n. 9544; 8 maggio 2007, n. 10375; ecc. Cfr. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 215 ss.

⁴⁶ V., per tutti, M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1980, VIII, t. 1. Sul punto, ampiamente, S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., p. 499 ss., (la cosa riservata è per sua natura inappropriabile e per rimuovere le occupazioni abusive occorrono le azioni possessorie, ovvero i procedimenti di autotutela dell'amministrazione).

Sul punto, sembra di dovere senz'altro escludere (almeno allo stato del nostro diritto positivo) che una qualche situazione soggettiva, tecnicamente intesa, possa essere predicata in capo ai singoli con oggetto l'attività amministrativa mediante la quale vengono apparecchiate le cose pubbliche. Si tratta infatti di meri diritti civici, cioè di interessi non giuridicamente rilevanti, come a fronte di ogni attività pubblica (e così la prestazione delle funzioni pubbliche e dei servizi in genere) a meno che non sia oggetto di un rapporto obbligatorio.

L'apertura della cosa all'uso pubblico, e perciò la stessa possibilità in concreto dell'uso in ordine alle singole cose, nasce "da un fatto di destinazione", cioè da una decisione amministrativa, discrezionalmente assunta sulla base di programmi di azione a loro volta discrezionalmente determinati, che si traducono nell'apparecchiatura della cosa all'uso pubblico. I singoli utenti (aspiranti utenti) non sembra possano vantare una situazione soggettiva tutelata; come in ordine ai fatti di chiusura o di trasformazione della cosa (ma v. *infra*, circa la particolare posizione del "frontista"). Insomma se l'apparecchiatura della cosa è oggetto di attività amministrativa e non di una prestazione obbligatoria (che potrebbe dar luogo ad una pretesa in capo a terzi), ciò investe tutte le vicende della cosa stessa, le vicende di costruzione come quelle di soppressione, come quelle di modificazione: vicende determinate dall'amministrazione nell'esercizio dell'attività discrezionale.

Sul punto, appare dunque corretta l'impostazione della dottrina tradizionale – e segnatamente del Guicciardi – che riscontra, come s'è detto, «nei singoli un interesse alla prestazione del bene [...] di natura civica» di fronte «all'attività [...] consistente nella prestazione del bene compiuta dallo Stato a favore della collettività»⁴⁷.

Ma una volta apparecchiata la cosa, destinata e aperta all'uso pubblico, l'esercizio dell'uso stesso su di essa da parte dei singoli, presenta le stesse caratteristiche di quello avente ad oggetto le cose riservate: immediata e diretta relazione del singolo con la cosa senza intermediazione dell'autorità amministrativa, salva la necessità di titoli abilitativi per l'utilizzazione di determinati mezzi. E così il singolo usa della strada con lo stesso diretto e immediato approccio con cui usa, ad esempio, della spiaggia del mare. Anzi, si può considerare sul punto, come rilievo di carattere pratico, che proprio i beni del demanio stradale presentano la maggiore importanza come spazi di libertà comune (libertà di circolazione), e a proposito di essi la tematica del diritto d'uso è stata principalmente sentita; ad esempio, in ordine al possesso e alle azioni possessorie e alla tematica applicativa dell'art. 1145.

La posizione del singolo nell'uso delle cose a destinazione pubblica torna ad essere una posizione di diritto soggettivo a carattere reale. Una volta destinata e aperta la cosa all'uso pubblico, l'immediata e diretta relazione con la cosa stessa concretizza senz'altro il soddisfacimento di un interesse della vita del soggetto, tutelato dalla legge. La disciplina vigente in ordine alle cose in oggetto, infatti, è intesa a tutelare e garantire l'uso pubblico, e perciò il soddisfacimento di codesto interesse in capo a ciascuno.

La differenza tuttavia resta, come s'è mostrato, e non è da poco: a fronte delle cose riservate il diritto soggettivo del singolo investe la cosa in quanto tale; a fronte delle

⁴⁷ E. Guicciardi, *Il demanio*, cit., p. 290; negli stessi termini, più di recente, R. Alessi, *Le prestazioni*, cit., p. 66 e la gran parte della dottrina tradizionale, che può essere seguita sul punto, nei limiti evidenziati nel testo.

cose a destinazione pubblica esso ha ad oggetto il mero uso della cosa in quanto esistente come cosa pubblica (cioè aperta all'uso pubblico per determinazione amministrativa). Ciò significa che nel primo caso la situazione soggettiva del singolo è tutelata (come interesse legittimo) a fronte dell'amministrazione nell'esercizio dei poteri di governo della cosa (ad esempio, a fronte del potere di classificazione: art. 35 cod. navigazione); nonché direttamente in sede ordinaria a fronte di terzi. Mentre nel secondo caso, la tutela è limitata all'esercizio dell'uso, sia a fronte dell'amministrazione che dei terzi e alla disponibilità della cosa da parte del singolo una volta lasciata aperta all'uso pubblico.

In modo diverso (rispetto alla posizione dell'utente comune) si configura la posizione dell'utente cosiddetto esclusivo o eccezionale, cui è conferito con un atto in genere ascrivibile alle concessioni amministrative l'uso esclusivo di alcune posizioni o di alcune *utilitates* proprie delle cose pubbliche in modo tale da escludere o limitare sulle stesse l'esercizio dell'uso pubblico⁴⁸.

Ma la stessa posizione dell'utente comune a volte si differenzia e si specializza in capo a determinati soggetti per effetto della particolare relazione che si instaura tra essi e l'uso della cosa per ragioni di natura obiettiva (ad esempio, contiguità dei fondi): pur senza configurarsi l'uso differenziato come uso speciale. La questione si è tradizionalmente posta a proposito dei frontisti delle strade pubbliche, ai quali viene riconosciuta in giurisprudenza una situazione soggettiva tutelata a fronte dell'amministrazione con oggetto le trasformazioni o la soppressione della strada alla quale essi accedono⁴⁹.

È da ritenere, invero, che la posizione dei frontisti sul piano sostanziale non sia diversa da quella degli altri utenti della strada pubblica (ciascuno infatti usa della cosa pubblica secondo le sue proprie esigenze che variano a seconda delle circostanze di fatto). Essa si differenzia viceversa in punto di legittimazione ed interesse ad agire, secondo gli schemi ancora seguiti dalla giurisprudenza; e, si può aggiungere, presenta un particolare profilo concernente l'applicazione della norma di principio di cui all'art. 46 T.U. espropriazioni: nei limiti in cui la proprietà del frontista possa subire "un danno permanente" causato da opere e interventi sulla strada pubblica.

5. Dalle cose pubbliche ai beni comuni

5.1. La nozione di "cose pubbliche" che si è data nelle pagine precedenti indica una serie eterogenea di cose e di diritti sulle cose (come beni in senso giuridico), tutte caratterizzate dall'apertura agli usi e al godimento della collettività (in deroga al principio dell'esclusività del dominio e al connesso diritto di chiusura: art. 841). Anche in ordine a tali cose sussiste una situazione di appartenenza (proprietà) in capo a soggetti indivi-

⁴⁸ Sull'uso esclusivo, per tutti, G. Zanobini, *Corso*, IV, cit., p. 36 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 764; V. Caputi Jambrenghi, *Premesse*, cit., p. 125 ss.

⁴⁹ E. Guicciardi, *Il demanio*, cit., p. 330 ss.; più recente, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 763.

V. in giurisprudenza, tra le tante, Cass., 7 maggio 1965, n. 841, in *Foro amministrativo*, 1965, I, c. 313; Cass., 6 luglio 1968, n. 2309; Cass., 12 ottobre 1971, n. 2867; Cass., 21 marzo 1974, n. 785. Di recente, v. Tar Liguria, I, 27 maggio 2020, n. 322; Cass., II, 1 luglio 2004, n. 12008.

duali (pubblici o privati) o a soggetti collettivi (gli enti esponenziali delle comunità d'abitanti, i domini collettivi). Ma detta situazione di appartenenza (ascritta in termini meramente tecnici a una situazione di dominio, dai contenuti estremamente limitati, come s'è visto) tollera che la cosa stessa sia oggetto di diritti di uso e di godimento (sino allo stesso sfruttamento produttivo) in capo a soggetti indifferenziati (come in ordine all'uso pubblico dei "beni demaniali") ovvero individuati dall'appartenenza ad una determinata comunità (usi civici, diritti di uso pubblico). Ad essi competono le facoltà inerenti ai diversi diritti, consentite secondo statuti differenziati dal titolo o dalla consuetudine, da esercitare secondo modalità e sotto il controllo delle autorità preposte. E ad essi competono le azioni a tutela dei diritti stessi, che altrimenti non sarebbero diritti in senso proprio, nonché a tutela della cosa in sé, nella sua materialità e funzionalità.

In tempi recenti è emersa all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, la nozione di "beni comuni", sulla base di importanti studi di carattere economico e sociologico che hanno avuto diffusa eco nel dibattito pubblico⁵⁰. La nozione presenta molte-

⁵⁰ Assai noto è il libro della E. Ostrom, *Governing the Commons*, XI ed., Cambridge, New York, Cambridge University Press., 1990, 2020 (trad. it., di G. Vetrutto, F. Velo (a cura di), *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006: ma la categoria dei "beni collettivi" nel nostro ordinamento, come s'è visto, presenta caratteri differenziati). Oggetto della trattazione della Ostrom sono le risorse naturali lasciate all'uso collettivo, in origine non escludibili e non rivali, divenute sempre più scarse, e quindi necessario oggetto di un'azione di regolazione e di governo, che, in alternativa alla privatizzazione, può essere riservata alla pubblica autorità ovvero a forme di autogoverno dei sistemi di uso delle risorse collettive (*common-pool resources: CPRs*) da parte delle stesse comunità utenti; forme che l'Autrice auspica come quelle capaci, ove funzionanti, di coniugare capacità di governo e partecipazione delle persone che sentono le risorse come proprie e sentono l'esigenza di salvaguardarle per le generazioni future (*congruence between appropriation and provision rules and local conditions*: p. 90). Alcuni dei casi citati dall'Autrice (ad es., il caso di Torbel in Svizzera, p. 61 ss., o di alcune proprietà di villaggio in Giappone, p. 65 ss.) presentano tratti assai simili alle nostre comunità di villaggio organizzate come domini collettivi nelle varie forme previste.

La valorizzazione delle forme di autogoverno delle risorse collettive, pur con le difficoltà operative che l'Autrice ben conosce, è un tentativo di superare l'incuria e il degrado cui le risorse collettive sarebbero destinate a causa dell'uso indiscriminato (G. Hardin, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 162, 1968; v. anche M.A. Heller, *The tragedy the anticommons*, in *Harvard Law Review*, 3, 1998, part. p. 673 ss.).

Nella dottrina italiana, con impostazioni spesso assai diverse, v. tra gli altri, U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011; E. Vitale, *Contro i beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013, F. Viola, *Beni comuni e bene comune*, in *Diritto e società*, 2016; E. Boscolo, *I beni ambientali come beni comuni*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2017, 3; S. Rodotà, *Il terribile diritto*, III ed., Bologna, il Mulino, 2013, p. 459 ss. ("accedere a un bene e goderne le utilità senza assumere la qualità di proprietario", p. 462); L. Ferrajoli, *Principia juris*, I, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 777 ss.; *Beni fondamentali*, in *Tempo dei beni comuni*, Annali Fondazione Basso 2010-2012, Roma, Ediesse, 2013, p. 135 ss. (ivi, anche, S. Rodotà, *Mondo dei diritti, mondo dei beni*, p. 111 ss.); M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre corte, 2012 (ivi saggi di numerosi autori, oltre la curatrice e una postfazione di S. Rodotà); V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 2014; F. Marinelli, *Beni comuni*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VII, Milano, Giuffrè, 2014. Una buona classificazione dei beni comuni dal punto di vista giuridico, secondo un'impostazione conforme a quella qui seguita, in M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni come uscita dalla crisi*, nel volume dallo stesso titolo da lui curato, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 (ivi anche, F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, con ampia rassegna critica delle diverse posizioni della dottrina, p. 37 ss.); G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, ETS, 2017 (con ampia trattazione di tutti gli aspetti della tematica, anche nella sistematica positiva); A. Lucarelli, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007, e in A. Lucarelli, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, ed. Dissensi, Viareggio, 2013; A. Lalli, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli, Jovene, 2015, p. 239 ss.

plici aspetti e solo per alcuni di essi può trovare riscontro in categorie giuridiche.

Ad esempio, l'affermazione che la cultura, o il lavoro, o l'assistenza alle persone in grado di bisogno, sono beni comuni, fa riferimento all'esigenza (fondata su valori costituzionali) che politiche pubbliche adeguate e dotate doverosamente di risorse finanziarie sufficienti, siano messe in campo al fine di dare piena soddisfazione ai cittadini, ai loro diritti costituzionalmente garantiti, con oggetto appunto, la cultura, o il lavoro, ecc. Si tratta di una tematica che attiene alla definizione delle politiche pubbliche necessarie per dare piena attuazione ai principi costituzionali.

In ordine ad un'altra problematica ricorrente negli scritti sui "beni comuni", quella relativa alla depauperizzazione delle risorse del pianeta a causa di fenomeni diffusi e spesso incontrollati di antropizzazione, anche per l'incremento demografico inarrestabile⁵¹, nonché di appropriazione da parte di gruppi capitalistici multinazionali di risorse rare dislocate in aree politicamente deboli del mondo, si può rilevare che essa attiene all'esigenza di mettere in campo politiche pubbliche, anche a livello internazionale o globale, intese a coonestare quei fenomeni in una prospettiva ecologista, che ispiri ogni intervento sull'assetto naturale di determinati territori, al rispetto di tutte le componenti che li caratterizzano, delle comunità native come degli assetti naturalistici.

Questa prospettiva si connette, aprendo nuovi spazi di analisi, alla teorica dei beni pubblici in senso economico, caratterizzati, com'è noto, dalla non rivalità e dalla non escludibilità⁵². La deperibilità di risorse naturali, una volta ritenute non rivali e utilizzabili da chiunque senza nocumento della possibilità di utilizzo da parte degli altri, divenute rivali proprio in virtù della loro deperibilità per sovraconsumo e d'altra parte non escludibili per loro natura (l'aria, l'acqua del mare e dei laghi, le zone boschive, ecc.) modificano la nozione stessa di beni pubblici in senso economico (come beni non escludibili e non rivali) perché molte categorie di detti beni divengono, appunto, rivali⁵³, e perciò necessitano sul piano giuridico di una *governance* circa le modalità e i limiti di utilizzo da parte di ciascuno.

Si tratta di tematiche importantissime nell'analisi della mutata situazione del mondo, nel sentimento, largamente diffuso, dell'esigenza di un diverso modello di approccio alle risorse naturali del pianeta e di una diversa definizione dell'area dei diritti, svincolata dal vecchio paradigma "proprietario". Nell'ambito di queste tematiche si può collocare una definizione della categoria dei "beni comuni" come cose e beni in senso giuridico, cioè come categoria giuridica, "depurata" delle altre componenti, ricorrenti nella trattazione di dette tematiche. Essa ne presenta solo uno degli aspetti; tuttavia importante, laddove apre la vetusta categoria dei beni pubblici e dei beni d'uso pubblico, a comprendere altre porzioni del mondo materiale (cose, risorse) che si rivelano via via necessarie alla vita delle comunità, e ad assicurare in ordine ad esse adeguati strumenti di tutela⁵⁴.

⁵¹ V.G. Hardin, *The tragedy of the commons*, cit., tutta concentrata su questo problema.

⁵² V., G. Napolitano, M. Abbrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 64 ss.

⁵³ Sul punto, molto precisamente, F. Viola, *Beni comuni e bene comune*, cit., p. 6 ss.

⁵⁴ L. Ferrajoli, *Principia juris*, cit., p. 141, nota che, altrimenti, la nozione dei *beni comuni* verrebbe a comprendere i "valori" più diversi, non configurabili come beni, cioè una classe delle cose".

5.2. La categoria è stata elaborata come categoria positiva nell'ambito della classificazione codicistica dei beni pubblici, in una proposta di legge frutto del lavoro di una Commissione autorevolmente presieduta dal prof. Rodotà⁵⁵, che non ebbe esito sul piano parlamentare, ma ha avuto ampio riscontro in dottrina e nel dibattito pubblico. Secondo la Commissione, i beni comuni (si è già accennato) come beni a titolarità diffusa, sono definiti «come cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona», da tutelare e salvaguardare «anche a beneficio delle generazioni future» (principio del valore intergenerazionale di determinate categorie di cose, affermato a proposito dei "domini collettivi": l. 20 novembre 2017, n. 168). Della categoria fanno parte, tra gli altri, i beni già ascritti al demanio idrico, l'aria, i parchi, le foreste, le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni, i lidi e i tratti di costa dichiarati riserve ambientali (non tutti i beni del c.d. demanio marittimo), i beni culturali, paesaggistici, ecc.

La disciplina prevista per queste categorie di cose prescinde del tutto dai rapporti di appartenenza, e si caratterizza in virtù della garanzia della loro fruizione collettiva (secondo modalità stabilite dalla legge), in ordine alla quale sono riconosciuti diritti dei singoli, di "chiunque" (si può aggiungere, nonché delle formazioni collettive), con accesso alla tutela giurisdizionale. Allo Stato è riservata la legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria per «danni arrecati al bene comune». I beni, tra quelli compresi nella categoria, che appartengono allo Stato o ad altro soggetto pubblico, sono incommerciabili (regime demaniale) e singoli diritti d'uso possono essere concessi solo nei casi previsti dalla legge (escluso un generale *jus concedendi*) e per durata limitata (la regola è, appunto, l'apertura a tutti).

La nozione è emersa altresì in alcune, assai note, sentenze della Corte di cassazione, che aprono una nuova prospettiva nel campo dei beni pubblici, al di là dei beni «costituenti per classificazione legislativa codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della "proprietà dello Stato"»; estendendosi a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino «funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività»; in una «prospettiva personale collettivistica» che va oltre la tradizionale «visione prettamente patrimoniale proprietaria». Secondo la Corte, qualsiasi «bene immobile, che indipendentemente dalla titolarità, risulti, per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale» («principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale») «è da ritenersi ... comune, vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini»⁵⁶.

⁵⁵ A. Senato, XVI, d.d.l. Casson e altri, n. 2031, pres. 24 febbraio 2010; Commissione Min. giustizia, 21 giugno 2007.

U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alle riforme del codice civile*, Roma, Scienze e lettere editore commerciale, Accademia Nazionale dei Lincei, 2010; e già, a cura degli stessi AA., *Invertire la rotta. Idee per una riforma sulla proprietà pubblica*, Bologna, il Mulino, 2007.

⁵⁶ Cass., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Foro italiano*, 2012, 1, c. 564, con nota di E. Pellec-

Le cospicue sentenze della Corte avevano un oggetto più limitato, in ordine alla natura di alcune Valli da pesca della laguna veneta, se ascrivibili o meno al demanio marittimo, alle quali vengono riconosciute «una funzionalità e una finalità pubblica collettivistica» (ma invero, come beni riservati, conservano in ogni caso la natura pubblica sin che permangono i caratteri naturali identificativi). Tuttavia la Corte, partendo dal caso di specie, disegna, come nuova forma della “demanialità”, detta categoria di beni come beni “comuni”, aprendo la “demanialità” al di là dei confini della classificazione codicistica (la stessa elencazione della proposta Rodotà è meramente esemplificativa).

La categoria, una volta consolidatasi come categoria positiva alla stregua dell’ordinamento, si può estendere a tutte quelle cose che presentino detti caratteri, dagli spazi aperti in prossimità del mare, a tutte le acque pubbliche con le loro pertinenze, ai boschi, alle montagne, ecc., ai beni culturali e a quelli di interesse paesaggistico (distinti dal “paesaggio” nel suo insieme), e così via; tutte intese come spazi di libertà comune.

Il riconoscimento del carattere di “beni comuni” di tutte queste cose nella loro singolarità in base ad elementi oggettivi (delle cose quanto alla loro attinenza a diritti fondamentali) resta ovviamente affidato alle diverse autorità amministrative nei diversi settori di competenza (Ministeri competenti per settore: beni culturali, ambiente, ecc.; Regioni, per le competenze urbanistiche e paesaggistiche, ecc.). Di alcune categorie di cose sicuramente da ascrivere alla categoria, è già lo stesso legislatore che le identifica come beni di interesse paesaggistico (come le “aree tutelate per legge”: art. 142 cod. beni cult.) e perciò nella nuova prospettiva come beni comuni.

Ma l’identificazione può essere sollecitata dagli aspiranti fruitori. Una volta riconosciuto il carattere di diritto soggettivo alla fruizione come diritto fondamentale, potrà essere azionata davanti al giudice ordinario la pretesa dei singoli (aspiranti e utenti) e delle loro associazioni al riconoscimento della cosa come bene comune, ovvero potrà essere presentato ricorso al giudice amministrativo avverso il rifiuto o il silenzio dell’amministrazione competente, il cui riconoscimento della natura della cosa non ha carattere costitutivo (come è pacifico a proposito degli “elenchi” impugnabili dei beni riservati). In realtà (una volta consolidata la categoria alla stregua dell’ordinamento: se ne colgono solo i primi sintomi) lo stesso ambito dei beni riservati si aprirebbe a beni (cose) ulteriori rispetto alle vigenti elencazioni (come traspare chiaramente nella citata sentenza di Cassazione del 2011) via via che essi acquistino (o si accerti che posseggano) i caratteri oggettivi di beni comuni. Dall’accertamento consegue in capo alla pubblica amministrazione competente la prestazione delle attività di cura del bene (anche condividendone il peso con la cittadinanza “attiva”); e allo stesso tempo, l’apertura del bene alla fruizione pubblica. L’accertamento ha ad oggetto lo stato della cosa, nella sua naturalità, che può risultare a rischio di deperibilità, e il fatto che essa costituisce un valore per la comunità che ne reclama la fruizione per l’esercizio dei suoi diritti (la salute, la cultura, artt. 32, 33 Cost.) e delle sue libertà (la circolazione, gli spazi pubblici per l’esercizio del diritto di riunione, ecc., artt. 16, 17 Cost.).

Il profilo dominicale è del tutto irrilevante, e peraltro, come è noto, esso esprime un contenuto minimale in ordine a tutti i beni pubblici.

chia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*. Di tenore analogo le successive sentenze n. 3811 e 3938 dello stesso anno.

Se si tratta di beni in proprietà privata, l'accertamento del loro carattere di "beni comuni" viene a costituire una limitazione delle facoltà di uso da parte del proprietario, consentita sul piano costituzionale al di fuori di ogni onere espropriativo e di ogni obbligo di indennizzo (art. 42 Cost.): come è pacifico a fronte del riconoscimento del carattere di bene culturale o di bene di interesse paesaggistico (cod. beni cult.) in determinate cose o categorie di cose. Invero, queste due tipologie di "vincoli" sono quelle che, anche in prospettiva, più rilevano nella individuazione dei beni comuni («per le intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico ...», sottolineava la Corte, come s'è visto). Stesso fenomeno si verifica a seguito dell'iscrizione al "demanio pubblico" di cose i cui caratteri naturali risultano essere quelli rispondenti ad una delle categorie di detto "demanio", già ascritta, alla proprietà privata (le acque divenute pubbliche, gli alvei che esse formano sui terreni già privati, i terreni vicini al mare che divengono spiagge e arenili per l'avanzare del mare, ecc.).

Quindi, la categoria si identifica come quella che consiste di un insieme di cose (come porzioni del mondo materiale) caratterizzate dalla loro attinenza al soddisfacimento di interessi fondamentali della collettività (diritti fondamentali) delle quali le pubbliche amministrazioni, ai diversi livelli di governo, devono assicurare la cura e la salvaguardia (anche in condivisione con i cittadini), allo stesso tempo delle cose in sé, per evitarne il deterioramento, e per renderle atte alla fruizione collettiva.

I diritti di godimento e d'uso connessi all'apertura delle cose alla fruizione collettiva, a volte si atteggiavano come diritti collettivi (il singolo ne è titolare in quanto membro di una comunità che a sua volta ne è titolare attraverso il suo ente esponenziale), a volte come diritti individuali (per la cui individuazione non è necessario il riferimento ad una comunità).

A livello di normazione regionale e locale, la categoria dei beni comuni ha trovato riscontro in una serie di provvedimenti legislativi e regolamentari, connettendone la rilevanza al principio di sussidiarietà c.d. orizzontale (art. 118, ult. co., Cost.) inteso a coinvolgere i cittadini (c.d. cittadinanza attiva) nelle attività di interesse generale, e quindi nella gestione condivisa (con l'ente locale) di beni comuni, funzionali al benessere della comunità. Si tratta di un'esperienza in fase di avvio che può condurre, con la partecipazione di cittadini attivi⁵⁷, anche organizzati in apposite formazioni sociali, al recupero di beni urbani dismessi o abbandonati all'incuria, per aprirli alla fruizione pubblica e salvaguardarli nell'interesse delle generazioni future. In questa esperienza

⁵⁷ v. l. reg. Lazio 26 giugno 2019, n. 10; l. reg. Toscana 24 luglio 2020, n. 71. Beni comuni, conformemente alle altre definizioni ricordate, sono quelli «funzionali al benessere individuale e collettivo e agli interessi delle generazioni future e per i quali le amministrazioni e i cittadini si attivano, ai sensi dell'art. 118 Cost., per garantirne la fruizione collettiva e condividere la responsabilità della cura, della rigenerazione e della gestione in forma condivisa» (art. 2, l. Lazio; simile la definizione toscana, l. cit. art. 2). Gli Statuti di molti comuni (ad es., Napoli, Perugia, Trento, ecc.) e i regolamenti adottati in molti comuni (a partire dal comune di Bologna, 19.5.2014) contemplano i beni comuni come oggetto di tutela e di fruizione pubblica assicurando l'impegno dell'amministrazione a incentivare la partecipazione della cittadinanza nella "gestione condivisa". Il regolamento di Torino fa riferimento ai "soggetti civici collettivi" cui possono essere assegnati beni riconosciuti come quelli che versano in stato di inutilizzo e si prestano a interventi di rigenerazione attraverso forme condivise di gestione (come oggetto di "uso civico e collettivo urbano" ovvero direttamente oggetto di "gestione collettiva civica"). Importante il rilievo dell'iniziativa dei cittadini e delle loro associazioni nella proposta circa l'individuazione dei beni (con delibera di Giunta comunale) e circa le modalità di gestione. V. ampiamente, G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., p. 38 ss.

sta emergendo una nuova dimensione del “collettivo”, al di là di quelle già note di cui s’è detto, in felice applicazione dell’art. 118 Cost. (C. cost. 26 giugno 2020, n. 131: «superare l’idea per cui solo l’azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale»), con oggetto la gestione di beni, del tutto a prescindere dalle situazioni di appartenenza⁵⁸.

La condivisione nella gestione di beni comuni si innesta nel procedimento di riconoscimento del carattere di bene comune di determinate cose, laddove parte dalla iniziativa dei cittadini, i quali allo stesso tempo si impegnano a prestare la propria attività nella gestione del bene rendendola meno onerosa per la pubblica amministrazione.

5.3. Si pone ancora, nella prospettiva dei “beni comuni” la questione degli ambiti, che non sono singole cose o categorie di cose, ma spazi come porzioni del mondo nei quali si svolge la vita comune, composti da cose pubbliche aperte ma anche da cose chiuse, in dominio individuale di qualcuno, le quali tuttavia nella loro esteriorità costituiscono lo spazio visivo della vita comune, consentono o meno l’accesso alla luce, alla prospettiva delle cose, alla contemplazione del territorio circostante, e nelle modalità dell’uso (dello sfruttamento) da parte di coloro che ne hanno diritto, possono incidere nell’*habitat* circostante (nell’aria, nelle falde acquifere sottostanti, ecc.) e perciò nella vita della comunità. Quindi, il territorio, il paesaggio, l’ambiente, come beni comuni (un accenno in Cons. St., VI, 12 febbraio 2015, n. 769: ambiente e paesaggio «intesi quali beni comuni»).

Si tratta appunto, di porzioni del mondo, composte da cose materiali quali le singole zone del territorio, con particolare riferimento alle città nelle quali la vita sociale è principalmente concentrata⁵⁹ e da cose immateriali, come lo spazio visivo, il fatto che certi beni esprimano “testimonianza di civiltà” come i beni culturali, ecc., nonché cose una volta qualificate come *communes omnium*, come l’aria, che divengono beni in senso giuridico a fronte di aggressioni che ne mettono a rischio la stessa funzionalità e divengono perciò oggetto di una disciplina di tutela da parte dei pubblici poteri stabilita dalla legge (riduzione dell’inquinamento atmosferico, limitazioni degli scarichi in acque, ecc.). Di queste porzioni del mondo, gli esseri umani, nonché le altre specie viven-

⁵⁸ G. Arena, *Introduzione al Rapporto Labsus 2015*; Id., *Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 283 ss.; G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L’età della condivisione. La collaborazione tra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, Carocci Editore, 2015. Di questo A. importante l’opera costante di elaborazione, anche attraverso l’associazione Labsus (cui si deve il Regolamento comunale tipo di gestione condivisa dei beni comuni), di modelli di partecipazione attiva dei cittadini alle attività di interesse generale, spesso osteggiate (anziché favorite come vuole la Costituzione) dalle Amministrazioni. G. Arena, *I custodi della bellezza*, Roma, Touring Club Italiano, 2010.

⁵⁹ Sul punto, v. da ult., P. Urbani, *Ripensare la città o la città contemporanea? Note a margine*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2021, 4; e già, *Sulla pianificazione urbanistica: modalità di acquisto dei suoli, garanzia dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2019, 4; F. Di Lascio, F. Giglioni, *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, il Mulino, 2017. Ampio spazio al tema, come ad altri aspetti della disciplina degli ambiti, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., M.R. Marella, *La difesa dell’urban Commons*, cit., p. 185 ss.; A. Petrillo, *Ombre del Comune: l’urbano tra produzione collettiva e spossessamento*, p. 203 ss., dove ampi riferimenti. V. in termini generali, il saggio assai noto di J.B. Auby, *Droit de la ville. Du fonctionnement, juridique des villes au droit à la ville*, Lexis Nexis, 2013.

ti, usufruiscono per la loro stessa vita (come vita in comune ma anche come vita individuale), come elementi necessari per la vita, e quindi, più di ogni altra categoria di beni, sono da considerare come «intesi al soddisfacimento di diritti fondamentali». E quindi "beni comuni" nel senso indicato.

Su questo versante, il diritto positivo (non solo il nostro) ha compiuto passi significativi negli ultimi decenni, riconoscendo non solo rilevanti poteri di governo in capo a pubbliche autorità, in ordine alla pianificazione degli usi e alla conformazione di questi ambiti e delle cose che li compongono (pianificazione territoriale, paesaggistica, urbanistica, valutazione di impatto ambientale di singoli interventi potenzialmente impattanti, poteri di autorizzazione e di concessione con oggetto ogni singolo intervento, dalla costruzione di manufatti edilizi alla realizzazione di impianti industriali, di produzione dell'energia, ecc., all'emissione di fumi nell'atmosfera e di scarichi nelle acque, ecc.); ma anche, pur con maggiore cautela riconoscendo il carattere di situazioni protette (diritti e interessi legittimi), in ordine agli interessi che i singoli e le loro formazioni sociali (come le associazioni ambientaliste) vantano (possono vantare) al corretto uso del territorio, del paesaggio, dell'ambiente, a tutela di quegli ambiti come spazi della vita comune⁶⁰; e in conseguenza, la legittimazione ad agire a tutela di codesti interessi⁶¹.

⁶⁰ La legittimazione dei singoli ad agire davanti al giudice amministrativo in ordine alla tutela di interessi urbanistici o paesaggistico ambientali, resta configurata come legittimazione di tipo soggettivo (occorre quindi un interesse diretto e attuale del ricorrente) e quindi subisce, allo stato, le conseguenti limitazioni. La giurisprudenza ha elaborato, sul punto, la nozione di *vicinitas* (l'abitare o l'avere il centro di interessi in zona limitrofa a quella nella quale si verifica la violazione) come fattore di legittimazione ad agire a fronte della violazione e a volte richiede anche al fine di concretizzare l'interesse ad agire che si dimostri da parte del ricorrente la prova del danno prodotto dalla violazione. Si v. tra le tante Cons. St., VI, 17 febbraio 2021, n. 1457, che ritiene la *vicinitas*, e cioè «l'esistenza di uno stabile collegamento con il terreno interessato dall'intervento edilizio ... sufficiente a comprovare la sussistenza sia della legittimazione ad agire, sia dell'interesse a ricorrere»; nello stesso senso, v. anche Cons. St., IV, 14 marzo 2018, n. 1614; Tar Toscana, I, 25 febbraio 2021, n. 304, secondo cui è necessario considerare anche «le modificazioni di carico urbanistico e le conseguenze sul diritto alla salute e sulle ordinarie esigenze di vita che la nuova costruzione potrà apportare sui soggetti che hanno uno stabile collegamento con la zona interessata»; ma sulla necessaria prova del danno v. Cons. St., II, 1 giugno 2020, n. 3340, secondo cui «la mera allegazione della *vicinitas* ... risulta di per sé insufficiente a comprovare la legittimazione a ricorrere e l'interesse al ricorso, necessitando per contro la positiva dimostrazione di un pregiudizio che attinga colui che insorge in sede giudiziale» (nello stesso senso, v. anche Tar Veneto, II, 12 novembre 2020, n. 1052; Tar Lazio, I, 30 novembre 2019, n. 13734; Cons. St., IV, 15 dicembre 2017, n. 5908).

⁶¹ Sulla legittimazione delle associazioni ambientaliste, configurata come legittimazione di tipo oggettivo (V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 2, p. 341 ss. (artt. 13, 16, co. 5, l. 8 luglio 1986, n. 349; art. 309 cod. ambiente; art. 146, co. 12, cod. beni cult.) ad agire a tutela di interessi ambientali e paesaggistici (come espressamente previsto dalle cit. norme), nonché di interessi al corretto uso del territorio (urbanistica, edilizia) ma con incidenza di rilievo ambientale, v. tra le tante C.G.A., 16 ottobre 2012, n. 933: «la tutela degli interessi ambientali [può] richiedere anche l'impugnazione di atti amministrativi generali, di valenza urbanistica e di natura pianificatoria o programmatica, qualora incidenti negativamente su profili squisitamente ambientali»; nello stesso senso, v. anche Cons. St., IV, 14 aprile 2020, n. 2421 e 19 febbraio 2015, n. 839, che riconosce la legittimazione ad agire alle associazioni ambientaliste «non solo per la tutela degli interessi ambientali in senso stretto, ma anche per quelli ambientali in senso lato, ossia quelli comprensivi dei temi della conservazione e valorizzazione dell'ambiente latamente inteso, del paesaggio urbano, rurale, naturale nonché dei monumenti e dei centri storici, tutti beni e valori idonei a caratterizzare

Si tratta di fattispecie distinte, perché oggetto di complessi disciplinari distinti (la legislazione urbanistica per il territorio, la legislazione dei beni culturali per il paesaggio, la legislazione sull'ambiente), ma invero essi sono accomunati in un oggetto unico, che è lo spazio della vita comune (delle persone e delle comunità) in tutte le componenti sopra indicate; come oggetto della funzione di "governance" delle pubbliche autorità, nei diversi settori, e oggetto della tutela degli interessi dei singoli e delle comunità.

Il riconoscimento di queste situazioni protette in capo ai singoli e alle loro formazioni associative e agli enti esponenziali delle rispettive comunità⁶², come i Comuni, via via emerso in giurisprudenza (come s'è visto per i diritti di uso pubblico, di formazione giurisprudenziale) ha trovato riscontro in alcune norme positive⁶³, a volte parziali e frammentarie, che manifestano tuttavia una tendenza che si va consolidando e dovrà trovare più consapevole evidenza in connessione con il riconoscimento della cate-

in modo originale, peculiare ed irripetibile un certo ambito geografico territoriale rispetto ad altri». Sulla legittimazione delle associazioni ad agire a tutela di interessi collettivi, al di là della materia in esame, v. part. Cons. St., Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6, in ordine all'esercizio di azioni di annullamento di atti amministrativi «a tutela di interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie» anche in assenza di espressa previsione di legge. In generale, sul tema, v. ampiamente S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, FrancoAngeli, 2018; P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, p. 135 ss.

⁶² Sulla legittimazione ad agire di soggetti pubblici, e in particolare dei Comuni, v. tra le tante Cons. St., 22 settembre 2014, n. 4775, che ha riconosciuto la legittimazione a ricorrere di un comune limitrofo avverso gli atti di approvazione di un progetto di realizzazione di un impianto eolico «il cui territorio sia inciso in modo pregiudizievole dall'impianto» in quanto gli «impianti eolici ... al di là della zona territoriale in cui vengano materialmente realizzati, si inseriscano, per la loro visibilità ed il loro impatto paesistico, in un contesto che coinvolge il territorio di altri Comuni od enti territoriali»; nello stesso senso, v. anche Cons. St., V, 16 marzo 2016, n. 1058; IV, 22 febbraio 2016, n. 719; V, 19 giugno 2013, n. 3346; V, 10 luglio 2012, n. 4068.

⁶³ V. art. 4, c. 3, l. 3 agosto 1999, n. 265 sulle azioni risarcitorie conseguenti a danno ambientale da parte di comuni e province; artt. 309, 310, T.U. ambiente, che riconoscono agli enti territoriali, nonché alle persone fisiche o giuridiche «che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino» previste dal T.U., la legittimazione a presentare denunce e osservazioni in ordine a casi di danno ambientale e a chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente; e agli stessi soggetti la legittimazione ad agire in sede giurisdizionale amministrativa o ordinaria, secondo i principi generali a tutela dell'ambiente (azione di annullamento, avverso il silenzio, risarcitorie); art. 146, cod. beni cult., che legittima le associazioni ambientaliste nonché «qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse» a impugnare davanti al giudice amministrativo le autorizzazioni paesaggistiche.

In materia edilizia, abrogato dal T.U. edilizia, il vecchio art. 10 della legge Ponte (l. 6 agosto 1967, n. 765) che legittimava «chiunque a impugnare le licenze edilizie» (norma già "svilita" nella sua portata innovativa dalla giurisprudenza a partire da Cons. St., V, 9 giugno 1970, n. 523), la legittimazione dei singoli e delle associazioni ad agire in giudizio a fronte di violazioni edilizie è ancorata al concetto di *vicinitas* costruito dalla giurisprudenza, a partire dalle prime applicazioni del cit. art. 10 (v. nota 57).

F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2017, 3; P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, cit., p. 152 ss., che sottolinea la necessità di superare lo "sbarramento" dato dal criterio della *vicinitas*, "espanderne il più possibile il senso e l'effetto giuridico, sino a ritenerla esistente anche quando la prossimità non sia fisica, ma solo assiologica" (p. 154), come la "*vicinitas* culturale" ovvero "quella (di natura economica) di comparto produttivo" (p. 155 ss. e, *ivi*, ampi riferimenti di giurisprudenza); C. Cudia, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *P.A. Persone e amministrazione*, 2019, 2.

goria generale dei beni comuni accanto alle tradizionali categorie dei beni pubblici e dei diritti di uso pubblico; che necessariamente coinvolge, al di là di cose singolari e di loro categorie, gli ambiti della vita comune.

Negli ambiti, i diritti si configurano, nel loro contenuto e nell'oggetto, in maniera diversa rispetto ai diritti sulle cose pubbliche (uso e godimento diretto delle cose). Gli ambiti sono oggetto dell'azione di governo degli enti preposti, attraverso l'esercizio di poteri amministrativi (di regolazione, pianificazione, conformazione, a contenuto generale o puntuale) e perciò i diritti dei singoli anzitutto si rappresentano come situazioni protette a fronte dell'esercizio di detti poteri; attraverso la partecipazione ai procedimenti⁶⁴ nei quali l'esercizio dei poteri si articola e attraverso l'esercizio delle facoltà di tutela dei diritti (anche come interessi legittimi) in sede giurisdizionale.

Gli oggetti della tutela dei diritti attengono rispettivamente al territorio nei suoi aspetti strutturali (le trasformazioni materiali sulla base dei piani territoriali e urbanistici e delle autorizzazioni ai singoli interventi) e nei suoi aspetti visivi (il paesaggio: piani paesaggistici, autorizzazioni alla trasformazione dei luoghi di interesse paesaggistico); e all'ambiente come *habitat* della vita comune, del quale deve essere salvaguardata la salubrità (diritto all'ambiente salubre che rappresenta una manifestazione del diritto alla salute). Queste forme di partecipazione e di tutela vengono via via riconosciute alla stregua dell'ordinamento, nella progressiva percezione a livello sociale e poi nell'evoluzione della giurisprudenza, del fatto che questi complessi di cose, questi spazi della vita comune vengono ad assumere il carattere di beni in senso giuridico, perché oggetto di interessi divenuti rilevanti a seguito dei grandi fenomeni di antropizzazione che hanno investito il territorio e l'ambiente.

Il riconoscimento dei diritti va di pari passo (ne costituisce il necessario risvolto in termini soggettivi) con l'attribuzione legislativa alla pubblica amministrazione (nell'articolazione delle diverse competenze) dei compiti di gestione, di governo degli stessi ambiti della vita comune, da esercitare nel perseguimento di scopi ben precisi stabiliti dalla legge. Che l'urbanizzazione del territorio avvenga in modo ordinato, assicurando adeguati spazi pubblici, distanze e altezze delle costruzioni nel rispetto della vivibilità delle residenze e dei luoghi di lavoro, ecc., che gli elementi qualificanti del paesaggio che costituisce il contorno visivo della vita di ciascuno siano esenti da trasformazioni deturpanti, ecc.; che l'ambiente nei suoi componenti essenziali per la vita, l'aria, l'acqua, le zone boscate, ecc., sia preservato da fattori inquinanti o distruttivi. E così via. Gli ambiti, nel loro complesso, divengono, beni giuridici in senso oggettivo (perché rilevanti come tali alla stregua dell'ordinamento e oggetto di discipline di tutela) e in senso soggettivo come oggetto dei diritti delle persone che in essi svolgono la vita comune. Beni comuni, appunto, in senso pieno, nell'accezione della categoria come categoria giuridica.

Le tecniche di tutela (dei diritti e degli interessi legittimi, dei singoli e delle formazioni sociali) sono diverse, dalle azioni possessorie (nuova opera, danno temuto) e ri-

⁶⁴ Su questo punto, si rilevano molti aspetti critici nella corrente esperienza, circa lo scarso coinvolgimento dei cittadini in importanti scelte di pianificazione del territorio, circa la localizzazione di interventi, di opere assai rilevanti nell'interesse della comunità. Sul punto, compiutamente, con ricca esemplificazione, P. Urbani, *Ripensare la città*, cit.

pristinatorie davanti al giudice comune, anche nei confronti di atti amministrativi lesivi di diritti riconosciuti come non sacrificabili (come il diritto all'ambiente salubre: Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172) alle azioni di annullamento e risarcitorie davanti al giudice amministrativo a fronte di atti amministrativi lesivi (questa è la tecnica più diffusa) pur con i limiti che essa pone in punto di legittimazione ed interesse ad agire. I singoli e loro forme associative possono sollecitare l'esercizio da parte delle pubbliche autorità di interventi repressivi o di azioni a tutela dell'interesse comune secondo lo schema espressamente previsto dagli artt. 309, 310 T.U. ambiente, a fronte di danni ambientali o di minacce di danno ambientale; e in caso di mancato intervento agire in giudizio avverso il silenzio (l'inazione delle pubbliche autorità).

Si possono prefigurare altresì, nuove applicazioni dell'azione popolare⁶⁵ previste dalla legislazione sugli enti locali fin dai primordi (il testo vigente è nell'art. 9 T.U. enti locali) in capo a ciascun cittadino per far valere in giudizio azioni di spettanza del Comune o della Provincia: norma poco utilizzata, come è noto, e la relativa azione configurata piuttosto come azione a tutela di interessi patrimoniali dell'ente (non aver agito per riscuotere un proprio credito, ad esempio) che può acquistare nuovo rilievo laddove gli spazi della vita comune assumano evidenza di "beni comuni" dei quali all'ente locale spetta in primo luogo la salvaguardia.

⁶⁵ Sull'azione popolare di cui all'art. 9 T.U. enti locali in generale v. Cons. St., IV, 9 luglio 2011, n. 4130, secondo cui essa «ha natura sostitutiva o suppletiva ..., di modo che il suo presupposto necessario va rinvenuto soltanto nell'omissione, da parte dell'ente, dell'esercizio delle proprie azioni e ricorsi». L'art. 9 «conferisce al cittadino elettore dell'ente locale una forma di 'legittimazione speciale', la quale, pur non fondata sulla titolarità propria e diretta di una posizione giuridica, costituisce tuttavia titolo autonomo ... per adire il giudice (ancorché la titolarità delle posizioni giuridiche che si intendono tutelare è dell'ente locale)» (nello stesso senso, v. anche Cons. St., V, 29 aprile 2010, n. 2457; Tar Lazio, Latina, I, 20 aprile 2009, n. 352). Si possono aprire spazi alla utilizzabilità dell'azione popolare a tutela dell'ambiente da parte dei singoli cittadini, nell'inerzia dell'ente rappresentativo (v. già Tar Veneto, III, 27 maggio 2004, n. 1728, secondo cui l'azione popolare disciplinata dall'art. 9 cit. può proporsi «anche per la tutela di interessi generali, quali la difesa dell'ambiente e della salute, di cui l'autorità comunale risulta essere Ente esponentiale»).

Il dominio collettivo come orizzonte costitutivo dell'esperienza giuridica

Andrea Bixio

Sommario: 1. La critica all'individualismo e il mondo delle terre collettive. – 2. Sulle origini dell'individualismo. – 3. L'affrancamento dell'utilità. – 4. Le 'proprietà' e gli assetti collettivi. – 5. Dimensione collettiva e dimensione pubblica. – 6. Congedo.

1. La critica all'individualismo e il mondo delle terre collettive

Torno a riflettere sulla proprietà dopo un lungo lasso di tempo da quando Marco D'Alberti mi invitò, proprio su questo tema, a partecipare ad un volume curato da Sabino Cassese sull'opera di Massimo Severo Giannini. Torno a ragionare sull'argomento grazie ad una sollecitazione derivata dalla lettura di un recente testo di quello che va considerato il più fine interprete delle vicende di un così rilevante diritto, Paolo Grossi. Si tratta di quel volume sulle terre collettive, nel quale l'Autore riprende sinteticamente le tematiche fondamentali che hanno caratterizzato la sua riflessione in materia, per poi giungere a definire anche una concreta politica legislativa¹.

Si parla, in altri termini, come evidenziato subito nel sottotitolo, da un lato di itinerari assai risalenti, dall'altro lato di questioni che oggi devono essere poste all'ordine del giorno. Si riflette ancora una volta sulla vicenda della proprietà nell'età di mezzo e nella modernità, per mettere a fuoco problemi odierni che non possono essere lasciati inevasi².

Sostenuti dall'eleganza e dall'accuratezza di un'arte del dire oramai rara, ci troviamo ad affrontare problemi che oggi sono al centro della vita delle nostre società occidentali. Con Paolo Grossi, in altre parole, siamo indotti ad interrogarci su come si stia trasformando una nozione, come quella di proprietà, che al di là dell'apparente uniformità, muta continuamente a seguito del succedersi delle visioni del mondo, dei principi etici e politici che le diverse generazioni incessantemente hanno prodotto e producono³.

¹ P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, Macerata, Quodlibet, 2019.

² Si tratta del pieno riconoscimento della legittimità giuridica dei domini collettivi. Cfr. P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 71 ss.

³ P. Grossi, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, ristampa anastatica, Milano, Giuffrè, 2017, p. 17 ss.

Dunque, il discorso del nostro Autore si sviluppa intrecciando armonicamente due percorsi, da un lato la vicenda più risalente dell'istituto del quale si parla, da un altro lato le circostanze più recenti che hanno condotto il legislatore, sulla base delle riflessioni della dottrina più avveduta, a rivalutare quegli assetti fondiari collettivi, che segnano in modo evidente il superamento dell'individualismo proprietario che è stato caratteristico dell'età moderna⁴.

La tesi in materia di Paolo Grossi è nota e non è qui possibile illustrarla con una sufficiente accuratezza. Va, tuttavia, ricordata l'insistenza con la quale dall'Autore viene segnalata la discontinuità della concezione medioevale del dominio rispetto da un lato alla nozione di origine romanistica, dall'altro lato alla visione individualistica che si afferma nell'età moderna: queste ultime, tenuto conto delle evidenti differenze dovute ai diversi contesti storici, legate all'idea del primato del soggetto proprietario, l'altra radicata nelle cose e nelle utilità che, emergenti da esse, esprimono una rilevanza degna di tutela⁵.

Le concezioni romanistica e moderna, tutte incentrate sulla esclusività del potere del proprietario, quella medioevale tutta basata sulle qualificazioni giuridiche necessarie e utili alla gestione di un bene, come la terra, che costituiva la fondamentale *res frugifera* di quella società; diremmo oggi il fondamentale mezzo di produzione⁶. Le une ruotanti sulla privatezza esclusiva, l'altra qualificata dalla proprietà divisa e dalla differenziazione fra dominio e dominio utile, nonché da forme di dominio collettivo.

Nello scritto a partire dal quale è iniziata questa riflessione, l'attenzione di Grossi è rivolta, in linea con il suo volume su *Un altro modo di possedere*⁷, soprattutto a quest'ultimo tipo di proprietà: sugli assetti fondiari collettivi e sulla necessità di una loro tutela, dopo che per lungo tempo si è cercato o di metterli ai margini, trattandoli come *jus in re aliena* e riducendoli agli usi civici, o di eliminarli come sopravvivenze di un passato oramai definitivamente tramontato⁸.

Ma, come si sa, nulla come la storia agisce ironicamente. Di modo che, proprio quando il capitalismo, erede dell'individualismo proprietario moderno, sembra aver eliminato ogni altra forma di proprietà diversa da quella individuale, riemergono non solo nuovi aspetti del rapporto fra poteri pubblici e mercati, ma anche in forma nuova e spesso dissimulata sia la proprietà divisa che la proprietà riferibile alle comunità⁹.

Ne *Il mondo delle terre collettive* Grossi si sofferma soprattutto su quest'ultimo tipo di proprietà, anche se in altro luogo ha trattato in modo perspicuo pure dell'altro¹⁰. E lo

⁴ P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Il dominio e le cose*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 648 ss.

⁵ P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 8.

⁶ P. Grossi, *Giangastone Bolla e la cultura giuridica italiana del novecento*, in *Nobiltà del diritto*, Milano, Giuffrè, p. 16.

⁷ P. Grossi, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, cit.

⁸ P. Grossi, *Il dominio e le cose*, cit., p. 643; vedi anche P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 56 ss.

⁹ Sul rapporto fra pubblici poteri e mercati si veda M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008; I "public contracts" nell'esperienza britannica, Napoli, Jovene, 1994.

¹⁰ P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, cit. p. 37 ss.; sul rapporto fra dominio e servitù, cfr. *Domi-*

ha fatto non per amore *du temp perdu*, ma per cogliere quei mutamenti in atto che spesso restano inosservati a causa di molteplici pigrizie concettuali, o forse ancor più per brama di privilegio e per difesa di tenaci interessi acquisitivi.

Così, nel volume troviamo tracciato il faticoso cammino che la tutela degli assetti fondiari collettivi ha dovuto compiere per giungere ad un riconoscimento legislativo (l. 20 novembre 2017, n. 168)¹¹. Faticoso cammino prima di tutto compiuto da una dottrina critica nei confronti dell'individualismo dominante. Direzione seguita soprattutto sia da chi come Enrico Finzi, Rosario Nicolò, Pietro Rescigno, Stefano Rodotà, pur in diverso modo, intendevano rileggere la proprietà in base alla sua funzione sociale¹², sia da coloro che si sono interessati del diritto agrario e degli assetti fondiari del nostro Paese, come Giangastone Bolla, gli stessi Finzi e Rescigno, Emilio Romagnoli, Guido Cervati e della mia generazione Carlo Alberto Graziani¹³.

Si è trattato, come si può intendere, di un complesso indirizzo di pensiero, promosso e supportato dalle ricerche di carattere storico-critico di Grossi, che è andato svolgendo una revisione del momento privatistico del diritto ... privato, ponendo in risalto la rilevanza delle comunità, delle formazioni sociali e, come direbbe Grossi, citando Carlo Cattaneo, di un altro modo di possedere¹⁴; fino a sostenere, in materia, il passaggio ad un sistema proprietario pluriordinamentale.

2. Sulle origini dell'individualismo

Come si può intendere in base a questa pur breve sintesi dei temi presenti nel volume, Grossi ci invita a riflettere sulle questioni fondamentali della sua ricerca, ricordandoci, però, che di null'altro si tratta se non di un'analisi del tempo presente condotta mediante una complessa ricostruzione storica. Egli, in altri termini, ci invita a leggere il passato a partire dalle grandi questioni che investono la nostra epoca; ad intendere quest'ultima grazie ad una avvertita interpretazione delle vicende giuridiche del passato¹⁵.

Per questo motivo, finita la lettura del libro, ho ritenuto si imponga una riflessione su alcuni punti, contenuti in esso, di grande rilevanza, per comprendere anche alcuni problemi del nostro tempo¹⁶.

Ed è appunto al ventennio che segue il periodo della ricostruzione che è opportuno riferirsi, per iniziare a svolgere qualche considerazione. Parlo di anni particolarmente agitati sia sul piano politico sia su quello sociale. Parlo di un periodo nel quale, anche a

nia' e 'servitutes', in *Il dominio e le cose*, cit., p. 57 ss.; sulla teoria del dominio diviso cfr. 'Gradus in dominio', in *Il dominio e le cose*, cit., p. 191 ss.

¹¹ P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 87 ss.

¹² P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 27.

¹³ P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, cit., pp. 27, 35-37, 70, 72, 87.

¹⁴ P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 69.

¹⁵ P. Grossi, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, cit., p. 22 ss.

¹⁶ Su questi temi mi permetto di rinviare anche ad un mio risalente lavoro: A. Bixio, *Proprietà e appropriazione. Individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali*, Milano, Giuffrè, 1988.

causa della situazione internazionale divisa in due blocchi contrapposti facenti capo agli Stati Uniti e all'Unione sovietica, la questione dominante, forse un po' semplicisticamente, veniva individuata nell'alternativa fra capitalismo e anti capitalismo, fra individualismo proprietario e socializzazione dei mezzi di produzione, fra liberalismo e marxismo-leninismo.

Insomma, un certo quadro politico di fondo poneva al centro della discussione il tema della proprietà; ma nello stesso tempo ipostatizzava i due punti di vista in contrasto, dimenticando che la storia ha talvolta il vezzo di dissolvere, pur attraverso dolorose vicende, proprio quel tipo di contrapposizioni.

In una tale situazione è sembrato opportuno distanziarsi da clamori polemici, per rivolgersi a riflessioni maggiormente meditate condotte più negli spazi delle biblioteche che in quelli pubblici. Con Paolo Grossi si comprese che le questioni attinenti la nostra epoca e quel fondamentale rapporto consistente nella proprietà andavano colti nella dimensione concreta del sociale e nelle sue vicende storiche. Si comprese che la proprietà non è qualcosa di semplice, sempre uguale a se stesso, ma un universo che muta e che assume diverse complesse configurazioni in relazione ai principi etici e politici che un mondo sociale di volta in volta si costruisce.

Il discorso sulle formazioni sociali promosso da Pietro Rescigno e quello su vari tipi di proprietà collettiva sviluppato da Paolo Grossi (pur coesistenti con un certo grado di individualismo proprietario) erano il risultato di una tradizione culturale che dopo la seconda guerra mondiale e la liberazione poteva riemergere per affermare la rilevanza dei gruppi e della socialità in un contesto caratterizzato dalla dissoluzione del corporativismo e dalla restaurazione della libertà.

In un tale contesto Grossi comprese che le radici dell'individualismo proprietario dovevano essere ricercate sul piano antropologico e più in particolare su quello teologico, dal momento che il primo nella nostra civiltà era stato plasmato dal secondo. Comprese che la svolta decisiva era nella teologia francescana e nel primato del volontarismo.

Studiando questo lato della questione, ebbi modo di conoscere queste linee interpretative¹⁷. Linee che mi fecero comprendere come già nell'idea di poter dimostrare razionalmente l'esistenza di Dio si operava un passaggio decisivo verso l'individualismo, dal momento che il rapporto fra Dio e l'uomo veniva in certo modo ribaltato. Tale rapporto finiva, infatti, per poggiare sulla capacità del soggetto di instaurarlo mediante il ragionamento dimostrativo.

Mentre nella Patristica, infatti, è stata vigente l'idea fondamentale, così chiara in Agostino, secondo la quale la rivelazione avesse anche il compito di venire in soccorso della ragione, là dove questa avesse mostrato i suoi limiti, nella scolastica, proprio a partire da Anselmo d'Aosta, è la ragione che inizia a ritenere di possedere la forza che sembrava necessaria per fondare stabilmente la rivelazione. Non a caso Anselmo svolge la sua dimostrazione con il timore e il tremore appena celato di poter compiere un sacrilegio¹⁸.

La svolta volontarista della teologia francescana in certo modo rendeva esplicito

¹⁷ P. Grossi, *'Usus facit'*. In *Il dominio e le cose*, cit., p. 150 ss.

¹⁸ Anselmo d'Aosta, *Proslogion*.

questo ribaltamento, lo consolidava e poneva le basi del passaggio all'individualismo. In altri termini, l'impostazione di Grossi si dimostrava molto più ricca di tanti discorsi sul rapporto fra individualismo, capitalismo e riforma protestante.

3. L'affrancamento dell'utilità

L'interesse per i lavori di Grossi, tuttavia, non si esauriva su quanto ho cercato qui di indicare. In essi era presente anche un altro tipo di riflessione che costringeva a pensare in modo maggiormente critico, quello sul dominio utile e sulla sua relativa autonomia rispetto al dominio¹⁹.

Questo tipo di divisione della proprietà prefigurava una possibile autonomizzazione dell'utilità rispetto al potere esclusivo sulla cosa.

Certo, questa emancipazione dell'utilità, per giungere a maturazione, avrebbe avuto bisogno di una trasformazione radicale dei rapporti sociali e proprietari. Tuttavia, era cosa particolarmente interessante che il valore costitutivo della moderna economia di scambio potesse ritrovare le sue radici nella proprietà divisa e nel rafforzamento del dominio utile.

Le ricerche di Grossi rendevano possibile una perspicua comprensione dell'elemento che avrebbe potuto consentire l'emancipazione dell'utilità. Così credetti, e credo ancor oggi, che tale elemento sia consistito nell'acquisizione della capacità di poter produrre una infinità di prodotti utili di tipo artificiale, grazie alla altrettanto importante scoperta del possibile indefinito sviluppo della tecnologia.

Certo, è vero che l'uomo ha da sempre usato tecniche per ottenere prodotti; e ciò è vero anche per quel che riguarda lo sfruttamento della terra in una economia agricola. Tuttavia, mentre la terra costituiva un bene che pur fruttifero, era, però, fortemente limitato sia in sé che quanto ai possibili suoi prodotti, la tecnologia, o meglio il suo indefinito sviluppo, consentiva, mediante la creazione di prodotti artificiali, di soddisfare qualsiasi tipo di utilità che fosse emersa nel corso della vicenda creativa dell'uomo.

Grazie alla tecnologia e alla possibilità di creare prodotti artificiali l'utilità, in altre parole, si poteva distaccare dal suo legame con il dominio e con la dimensione fondiaria.

Essa poteva divenire, così, la vera base dei rapporti economici eliminando ad un tempo la grande rilevanza che aveva avuto l'occupazione come modo fondamentale di acquisto della proprietà e sostituendovi, non a caso, il contratto.

4. Le 'proprietà' e gli assetti collettivi

La riflessione di Grossi sul dominio utile risultava della massima importanza, dal momento che mostrava come là si prefigurasse la trasformazione dei diritti sulle cose

¹⁹ P. Grossi, *Il dominio e le cose*, cit., pp. 350 e 637.

da meri gravami sulla proprietà ad un tipo specifico di dominio, a qualcosa che avrebbe preteso di distaccarsi dalla formula romanistica.

Essa, in altri termini, consentiva, al filosofo del diritto e al sociologo, di approfondire temi fondamentali, verso i quali talvolta si finiva per essere disattenti.

Tuttavia, *hoc satis non est*. Perché c'è un altro aspetto della posizione di Paolo Grossi che fa riflettere. Quello riguardante il giudizio sugli scritti di Salvatore Pugliatti e in generale sul riconoscimento della pluralità di statuti che il fenomeno proprietario era venuto assumendo²⁰.

Come è noto, Grossi accolse favorevolmente tale indirizzo di pensiero; tuttavia, con qualche riserva.

Era certamente un bene che, riguardo al nostro tema, ci si fosse accorti di dover abbandonare il primato del soggetto e ci si fosse rivolti prima di tutto all'aspetto opposto, quello maggiormente attento alle cose. Tuttavia, la pluralità di statuti proprietari non scalfiva di per sé quel primato. Lo relativizzava, come avevo potuto constatare anche nelle riflessioni di Massimo Severo Giannini in ordine alla proprietà pubblica; non lo superava²¹.

Dunque, per compiere un passo in una direzione più decisa, era necessario mutare profondamente l'ottica assunta e partire dal punto di vista della possibile rilevanza della comunità. Cosa che ha fatto Paolo Grossi, soprattutto, ma non solo, mediante le sue riflessioni sugli assetti fondiari.

Va confessato che questo tema della comunità, negli anni ai quali ho fatto riferimento, spesso veniva trattato in modo eccessivamente ideologico. Il comunitarismo filosofico sembrava si risolvesse in un mero elemento dell'ideologia sociale cattolica; che io apprezzavo sul piano dei valori, ma che sul piano economico ritenevo fosse tradito proprio dai suoi sostenitori.

Era necessario chiarire il nesso fra comunità e libertà. Essere convinti che la comunità dovesse essere intesa da un lato come la condizione della libertà, da un altro lato come l'effetto di quest'ultima. La libertà senza la sua finalizzazione alla comunità finisce, infatti, per trasformarsi in egoismo. (Lo stesso spirito capitalista si troverebbe ad assumere le forme dell'avarizia.) A sua volta la comunità senza la libertà diverrebbe la più soffocante delle autocrazie. Per questo, a mio parere Tommaso d'Aquino giustifica la proprietà con il *communicare* e quest'ultimo con la prima²².

Chi, come Grossi e Rescigno, si è trovato a operare dopo la seconda guerra mondiale e nel periodo del nuovo rinascimento italiano, di fronte al confronto politico fra capitalismo e comunismo ha cercato, pur fra molte evidenti difficoltà, di sostenere la centralità del tema della comunità proprio per indicare l'unica via umanisticamente valida ad una società italiana profondamente divisa.

Compito niente affatto facile, dal momento che, a causa delle tristi vicende del nostro Paese, il nesso fra comunità e nazione era stato completamente distrutto.

²⁰ S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà, con riguardo particolare alla proprietà terriera*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

²¹ M.S. Giannini, *I beni pubblici. Dispensa delle lezioni del Corso di diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963*, Bulzoni, Roma, 1963.

²² S. Thomae Aquinatis, *Summa Theologica*, II, IIae, q. LXVI, a. 2.

Questo nesso era necessario ricostruirlo per così dire dal basso. Solo se, seguendo l'intuizione della Costituzione, la società italiana si fosse ricostruita su basi comunitarie, solo allora si sarebbe potuto restaurare la comunità nazionale e così guarire le sue ferite.

Una battaglia non facile che, forse, non può mai cessare di essere combattuta, dal momento che da un lato, ad oggi, il valore della comunità nazionale non è stato ancora realmente ricostituito, da un altro lato si stenta a voler plasmare come autentica comunità l'ordinamento dell'Unione europea.

Anche chi scrive, in quel periodo della storia del nostro Paese era convinto che la via da intraprendere fosse quella segnata, finalmente nel concreto delle istituzioni giuridiche, soprattutto da Rescigno e da Grossi. Il quale ultimo su questi temi consentiva alla storia europea del diritto di proprietà di riemergere in tutta la sua complessità.

Grazie ad una tale rilettura si giungeva così ad una rilevante conclusione. Quella comunitaria costituisce da un lato una forma particolare di 'proprietà', da un altro lato una dimensione che segna il confine in virtù del quale si rende possibile una proprietà individuale che non sia individualistica; che cioè sia coerente con la crescita di uno specifico universo di rapporti giuridici. Lo stesso mercato ha la sua legittimità nel suo finalizzarsi alla crescita di un tale universo di rapporti, di una tale comunità. Gli stessi scambi internazionali o sono diretti al mutuo aiuto fra le comunità o si risolvono in forme larvate di colonialismo. Non vi è dubbio che le differenze di potere spingano verso quest'ultimo esito; ma non vi è altrettanto dubbio che il diritto debba premere per l'affermazione di rapporti di natura comunitaria.

Più in particolare gli assetti collettivi, per tornare ai ragionamenti di Paolo Grossi, hanno una particolare, rilevante funzione sia quando si riferiscano alla salvaguardia di specifici assetti fondiari necessari per la 'sopravvivenza' di un certo territorio, sia quando costituiscano qualcosa che sia nell'interesse di un 'pubblico', sia, infine, quando costituiscano semplicemente la cornice all'interno della quale possano esplicitarsi anche attività puramente private.

In tutti questi casi quell'elemento sarà e dovrà essere presente, anche se in modo più o meno penetrante.

Dunque, il libro di Grossi invita ad una seria riflessione sia riguardo alla sopravvivenza di realtà collettive che siano state e siano ancor oggi in polemica con le istituzioni più consolidate, come lo Stato o le Regioni, sia riguardo a realtà della medesima natura che, prima protette ad esempio dallo Stato, si trovino oggi esposte a causa del declino e delle limitazioni della sovranità.

5. Dimensione collettiva e dimensione pubblica

Il volume di Grossi, infine, apre ad una ulteriore riflessione; quella riguardante la dimensione pubblica in sé considerata.

Ciò che è stato detto in relazione alla comunità ha radici più o meno sotterranee con il concetto di ciò che, per noi, è 'pubblico'. L'elemento collettivo implica che sia superata una riduzione di ciò che è pubblico a ciò che è 'privato' dello Stato. Riduzione che

è stata tipica dell'età che Grossi ha definito come quella dell'assolutismo giuridico²³.

È quasi superfluo richiamare alla nostra attenzione la distanza che corre fra la nozione di *res publica* e quella di Stato. Nella prima si dice implicitamente che le questioni e le azioni politiche sono oggetto di un pubblico, cioè di una comunità, i cui membri concorrono a decidere i problemi che la concernono. Con la seconda si afferma che i problemi di quella comunità vengono imputati ad un soggetto sovraordinato e strutturato gerarchicamente.

Come ha ben chiarito Grossi, nell'età moderna e soprattutto nel momento dell'affermazione della nostra società industriale, le questioni pubbliche si sono trasformate in qualcosa di proprietà di un soggetto sovraordinato, lo Stato.

L'interrogativo che sorge spontaneo, di fronte ad un tale esito, è come sia possibile che ciò sia accaduto. Il lettore troverà risposta soprattutto in altri lavori di Grossi; in particolare in quelli relativi all'assolutismo giuridico, sopra citati e sui processi che esso ha in certo modo indotto: da un lato quello relativo alla progressiva dissoluzione del primato della classe nobiliare a favore della persona del sovrano con la contemporanea trasformazione della dimensione collettiva del 'pubblico' in quella 'privata' del monarca, da un altro lato il processo di apparente, momentanea riappropriazione collettiva del 'pubblico' operata dalla classe borghese con la sostanziale imputazione di quest'ultimo alla persona giuridica dello Stato.

Ora poiché sul primo processo molto è stato detto, vale la pena sottolineare un aspetto particolarmente importante del secondo.

Non vi è dubbio che con la borghesia vi sia stata una riappropriazione della dimensione sociale e collettiva dell'elemento pubblico. Molta letteratura sociologica non a caso si è soffermata sulla *Öffentlichkeit* e sulla sua nascita, senza chiedersi come mai questa dimensione pubblica alla fine si sia trasformata nel monopolio statale su ciò che fosse da considerarsi pubblico.

Se ci si libera dalla pigrizia indotta dalle consolazioni ideologiche, che pure hanno ottenebrato gli ingegni per molti anni, la risposta mi sembra chiara.

La classe borghese ha prima trasformato la dimensione collettiva del 'pubblico' che faceva capo a se stessa in qualcosa di privato mediante l'istituto della rappresentanza censitaria; ha poi trasferito questa dimensione collettiva, già in qualche modo privatizzata, allo Stato dal momento che quest'ultimo altro non era che l'ente esponenziale di quella medesima rappresentanza tipicamente borghese. Lo Stato, infatti, per il suo carattere di persona impersonale poteva porre come suo contenuto solo gli interessi fondamentali della classe che esso stesso rappresentava.

La classe borghese, in altre parole, affidando la sua dimensione pubblica allo Stato da un lato privatizzava la dimensione pubblica in capo a questo, dall'altro lato consentiva questa privatizzazione, perché in questo modo trovava garantito il primato della propria idea della dimensione pubblica.

Con l'ampliamento del suffragio tutto ciò, però, ha finito per divenire qualcosa di molto pericoloso per la stessa borghesia. Per le correnti più radicali della società, infatti, la conquista dello Stato diveniva l'obiettivo, il cui raggiungimento avrebbe consen-

²³ P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, p. 3.

tito di impadronirsi del monopolio pubblico. Avrebbe consentito di sostituire il dominio dell'idea borghese di pubblico con una differente idea altrettanto 'privata'.

Lo Stato, in altre parole, a causa delle tumultuose trasformazioni sociali poteva divenire proprio un possibile nemico degli stessi ceti produttivi dominanti. Un nemico sia quando fosse intervenuto nell'economia ponendosi come un 'privato' intento a esercitare una sorta di concorrenza sleale nei confronti degli individui privati, sia quando avesse teso ad operare l'estirpazione dello stesso ceto produttivo dominante.

Di qui il tentativo, come oggi in Europa, di restaurare l'autonomia del mercato, di costringere lo Stato ad arretrare dai settori economici, di restaurare la concorrenza.

Naturalmente, come si sa, in occidente il pericolo di una eliminazione radicale dell'autonomia dei ceti produttivi è stato evitato grazie a quello che Massimo Severo Giannini ha denominato Stato pluriclasse²⁴. Il pluralismo, cioè, ha consentito di restaurare una dimensione autenticamente pubblica e di evitare la radicale privatizzazione di quest'ultima mediante il monopolio statale. Lo ha, però, evitato pagando alcuni prezzi; il più rilevante dei quali è stata la corporativizzazione dei ceti sociali e la trasformazione della dimensione pubblica nello spazio all'interno del quale si potesse svolgere un continuo confronto fra i medesimi ceti sia sul piano degli interessi sia (e forse ancor più) su quello dei valori fondativi della stessa convivenza civile. Di modo che, non è un caso che la nostra Corte costituzionale (e Grossi stesso come giudice²⁵), ripetutamente investita dai valori esponenziali dei ceti, sia costretta ad una azione di costante bilanciamento.

6. Congedo

Per concludere queste riflessioni minime su qualcosa che ha la massima importanza per il nostro stesso vivere sociale, vorrei rendere sinteticamente esplicito ciò che a mio parere si muove al di sotto dei discorsi relativi al nostro tema e che le analisi di Grossi ci sollecitano ad esprimere liberamente.

Prima di tutto mi sembra necessario riconoscere che un discorso serio, fondato sulla proprietà collettiva, anzi meglio, sul dominio collettivo ci ha consentito di liberarci dalla questione ideologica che ha veduto contrapposto capitalismo e comunismo, libertà contro eguaglianza e viceversa. Ci ha fatto intendere con maggiore chiarezza come tali contrapposizioni altro non fossero che l'effetto più di una lotta per il monopolio di un potere che di una vera contesa diretta a far emergere ciò che fosse maggiormente rilevante per l'organizzazione sociale.

Il momento collettivo, se inteso correttamente, non sopporta, ed anzi concettualmente rifiuta, la contrapposizione fra libertà e cooperazione fra eguali. Perciò, la ricerca di Grossi mi è sempre sembrata, mi si permetta l'espressione, un'occasione concessa al nostro intelletto per in certo modo emendarsi.

²⁴ M.S. Giannini, "Stato sociale: una nozione inutile", in *Il Politico*, 1977, 1, p. 205; vedi anche M.S. Giannini, *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Studi in onore di Salvatore Satta*, I, Padova, Cedam, 1982, p. 585 ss.

²⁵ P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

In secondo luogo, una riflessione sulla dimensione collettiva ci fa comprendere qualcosa di molto semplice ed essenziale.

Quando l'organizzazione sociale viene meno, vuoi perché si fa nemica, vuoi perché sprofonda su se medesima; quando la natura scatena le sue forze ed infrange le difese sociali che faticosamente ci si sia costruite; quando ci accorgiamo di non aver più nessun potere *uti singuli*, cerchiamo di unire le forze in vista della salvezza del nostro mondo sociale. Lì, in quel momento scopriamo di non aver altra risorsa se non ciò che è comune; lì, senza neppure doverlo decidere, fondiamo di nuovo la nostra comune identità sociale; lì comprendiamo la vera origine della nostra vita collettiva.

Tutto ciò è accaduto e accade continuamente. È accaduto agli albori della storia umana, ma è accaduto alle origini del cristianesimo con le prime comunità. È avvenuto nelle oscure stagioni del crollo della società romana con il monachesimo e agli albori della modernità con la fondazione degli ordini mendicanti. È avvenuto tutte le volte nelle quali la nostra società ha sentito urgente il bisogno di rigenerarsi, quanto meno eticamente, e di rifondarsi. È accaduto nelle zone meno favorite là dove la comunità costituiva l'unico modo che consentiva la sopravvivenza fisica e culturale; e non è a caso che l'Autore del libro, che abbiamo cercato di commentare, Paolo Grossi, abbia anche lavorato intensamente per salvare giuridicamente libere collettività, la cui natura e la cui sostanzialità, la nostra modernità vuoi capitalistica che comunista ha cercato in qualche modo di misconoscere e dissolvere.

Ma tutto ciò non riguarda solo situazioni di profonda crisi; tutto ciò può avvenire anche nel momento del massimo rigoglio di una organizzazione sociale, perché sentiamo che senza un riferimento ad una qualche comunità lo stesso sviluppo della socialità finirebbe per essere messo in pericolo. In questo caso il vicino diverrebbe un nemico, il competitore colui che ci insidia, il politico colui che ci domina.

E non è un caso che nell'*Etica Nicomachea* Aristotele, prefigurando un possibile futuro discioglimento dei vincoli comunitari della tribù e della città, di tutto ciò che allora appariva come collettivo, abbia descritto con ansia e dolore la riduzione dell'uomo a pura e a mera individualità.

L'espace public comme notion émergente du droit administratif

Jean-Bernard Auby

Sommaire: 1. Prémisse. – 2. Les différents sens de la notion d'espace public. Celui qui est retenu ici. – 3. L'importance de la notion. – 3.1. Enjeux concrets. – 3.2. Motivations théoriques. – 4. Le droit à construire sur elle. – 4.1. Les principales questions à régler. – 4.2. Les constructions à élaborer, mobiliser, modifier. – 4.3. La question de la mise en forme du droit de l'espace public.

1. Prémisse

Sans que nous en soyons trop conscients, la période actuelle pourrait cacher un besoin nouveau de renouvellement conceptuel dans notre droit administratif. Pourquoi? Parce que, si on y regarde bien, nous sommes entrés dans un univers socio-économico-politique qui n'est plus ni celui de la maturation initiale de nos droits administratifs à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, ni celui de la transhumance dans laquelle ils sont entrés à partir des années 1970. Des sociétés de plus en plus complexes, pluralistes dans leur fonctionnement, le poids non démenti de la globalisation, la déspatialisation croissante des activités et des entités par l'effet d'Internet notamment, le tsunami du numérique, l'épreuve lourde de la crise sanitaire, celles que nous réserve le changement climatique, etc. ... Comment se pourrait-il que des droits dont les concepts de base sont enracinés dans un passé maintenant assez éloigné, qui ont déjà du mal à digérer les chaos des dernières décennies, ne soient pas aujourd'hui bousculés par ici et par là?

Dans cette conjoncture, nous nous devons de fouiller, décrypter, pour faire apparaître les constructions intellectuelles qui parfois seront mieux adaptées aux temps nouveaux. C'est dans cet esprit que je voudrais plaider pour le concept d'espace public et pour certaines façons de l'utiliser.

Je livrerai quelques réflexions sur les différents sens possibles de la notion d'espace public, dont celui qui sera retenu dans cet article (I), sur l'importance qui s'attache au fait de mettre en avant cette notion (II) et sur les directions dans lesquelles devrait sans doute aller le droit à construire sur elle (III).

2. Les différents sens de la notion d'espace public. Celui qui est retenu ici

1°. La notion d'espace public est en quelque sorte tiraillée entre une acception physique et une acception symbolique ou communicationnelle.

Elle permet évidemment de désigner certains espaces physiques présentant quelques caractéristiques dont on va parler, mais la théorie politique l'utilise aussi pour désigner ce lieu abstrait intermédiaire entre l'Etat et la société qui permet l'existence même de la sphère publique: concrètement le cadre dans lequel peut se déployer le débat démocratique. Ce sens abstrait, symbolique, qui a été analysé, comme on sait, par Jürgen Habermas dans une œuvre célèbre, mais aussi par Hanna Arendt et quelques autres, en fait un concept fondamental de la théorie normative de la démocratie¹.

Les développements qui suivent se concentreront sur les espaces publics conçus en tant qu'espaces physiques. En même temps, il faut prendre garde au fait que la distinction comporte une part de superposition. Parce que les lieux publics physiques sont parfois en eux-mêmes le siège de l'expression démocratique: que l'on songe au Speaker's Corner à Londres. Mais aussi parce que le statut de ces lieux publics physiques, le rôle qu'ils peuvent jouer, sont tributaires des évolutions qui affectent les vecteurs d'expression de la démocratie. Entre autres, les évolutions de la ville, celles qui affectent les rapports public-privé, celles que cause la globalisation, tout cela se combine pour transformer à la fois les espaces publics symboliques et le statut concret des espaces publics physiques².

2°. Si l'on se concentre sur les espaces publics au sens physique, alors on rencontre une autre bifurcation terminologique, car l'expression peut désigner soit les espaces ambients qui sont de propriété publique, soit ceux qui sont ouverts au public. Ce n'est pas la même chose, même si cela coïncide souvent. Certains espaces de propriété publique ne sont pas ouverts au public: les enceintes militaires, beaucoup de bureaux administratifs, les logements de fonction, etc. ... Inversement, il existe des espaces de propriété privée qui sont ouverts au public: une dalle ouverte, les espaces communs d'un centre commercial.

On établira plus loin sans difficulté que ce qu'il y a de plus intéressant, de plus riche de substance juridique parce que de plus chargé d'enjeux sociaux, économiques, politiques, ce sont les espaces qui sont à la fois de propriété publique et qui sont ouverts au public: les voies publiques, les places, les forêts, le littoral, etc. ...³. Pour autant, nous ne pouvons pas négliger totalement les espaces privés ouverts au public, car ils posent souvent des problèmes très semblables à ceux que posent les précédents: problèmes analogues de sécurité et inversement de liberté de déplacement et d'expression, etc. ...

La démarche que j'ai choisie consiste à concentrer l'attention sur les premiers, mais je m'efforcerai de dire un mot, ici et là, sur les seconds.

3°. Une précision doit être ajoutée. Lorsqu'on parle d'espaces de propriété publique op-

¹ F. Di Lascio, *Espace public, biens publics et régulations administrative: quelques réflexions introductives*, en F. Di Lascio (sous la direction de), *Il diritto amministrativo dei paesi europei. Tendenze e riforme*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 63.

² D. Innerarity, *El nuevo espacio publico*, Espasa, 2006.

³ Cf. P. Merlin et F. Choay (sous la direction de), *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, VII éd., Presses Universitaires de France, 2015, 5, *Espace public*.

posés aux espaces de propriété privée, on passe sous silence le fait que certains espaces, tout en ne relevant pas du tout de la propriété privée, se voient difficilement appliquer la notion de propriété publique, car ils sont plutôt des biens communs, sans propriétaire: la mer, l'air, les fleuves... Ils seront pris en compte dans les développements qui suivent.

3. L'importance de la notion

La notion d'espace public, qu'on lui donne l'un ou l'autre des sens évoqués précédemment, n'est pas une catégorie traditionnellement reconnue par le droit⁴.

A titre d'exemple, lorsque le droit pénal français se préoccupe d'infractions commises dans des espaces ouverts au public, il utilise plutôt traditionnellement l'expression "lieu public"⁵. Le droit français, pour se référer encore à lui, n'ignore, il est vrai, pas totalement la notion, au moins depuis une loi du 11 octobre 2010, ayant posé en principe que "nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage"; mais sa présence se résume à peu près à cette apparition accidentelle⁶.

On peut pourtant établir que sa pleine reconnaissance dans le droit satisferait à la fois à des enjeux concrets (3.1) et à des motifs théoriques (3.2).

3.1. Enjeux concrets

Ce qui est à l'origine des interrogations juridiques que l'on peut avoir aujourd'hui au sujet des espaces publics, c'est, pour le dire simplement, l'accumulation des problèmes qui se concentrent sur eux: en vérité, ils connaissent même une sorte de saturation d'exigences, de convoitises, de tensions, que l'on peut résumer autour des idées suivantes.

1°. D'abord, on peut penser que, dans nos sociétés, la distribution même des espaces en espaces publics et privés est entrée dans une phase de grande instabilité, et ce en raison de deux mouvements inverses.

Une plus grande publicisation des espaces est tout simplement engendrée par le développement des équipements publics, en particulier mais pas seulement dans les villes. Si l'on compare les plans d'à peu près n'importe quelle ville européenne au XVIII^e siècle et aujourd'hui, on constate que la plupart des grandes propriétés privées qui y existaient ont disparu, largement au profit d'espaces abritant des équipements publics. Le phénomène est, il est vrai, plus ou moins accentué selon les régions du monde: 6% de la surface de la Ville de Djakarta sont occupés par les voies publiques, là où celles-ci occupent en moyenne 20% de la superficie des villes européennes⁷.

⁴ O. Bui-Xuan (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, Fondation Varenne, 2012.

⁵ P. Poncela, *La pénalisation des comportements dans l'espace public*, en *Archives de politique criminelle*, 2010, 32, pp. 5-21.

⁶ Voir C. Girault, *Espace public et droit pénal*, en *Droit et espace(s) public(s)*, ss. dir. O. Bui-Xuan, préc., p. 75. Sans le dire, cette loi est évidemment destinée à combattre la pratique du voile islamique intégral.

⁷ P. Le Galès et D. Lorrain, *Gouverner les métropoles*, in *Revue française d'administration publique*, 2004, 107, *Introduction*.

Mais en sens inverse, on observe, ici et là, en particulier dans le cadre des villes mais pas seulement dans ce contexte, des phénomènes de “privatisation”. Dans certains pays, les contraintes financières, le souci d’une meilleure valorisation des biens publics font que de grands espaces publics – hospitaliers, militaires – sont cédés à des promoteurs privés, et deviennent des espaces privés. La tendance croissante des collectivités publiques à externaliser certaines de leurs tâches a parfois des effets similaires: dans les montages contractuels de type “partenariat public-privé”, soit le partenaire privé est carrément propriétaire de l’équipement concerné – du moins pendant la durée du contrat-, soit il en a en tous les cas la gestion pendant la durée du contrat.

On peut constater également que les espaces publics à caractère naturel sont de plus en plus souvent clos, dans le souci de leur préservation. Combien de forêts publiques, d’espaces littoraux divers qui étaient traditionnellement librement accessibles et que les institutions publiques responsables de leur gestion clôturent dans le souci de leur protection!

Dans un registre différent, il faut évoquer le phénomène des *gated communities*, ou des “résidences protégées”: on désigne par là des lotissements enclos, dans lesquels toutes les fonctions urbaines (voirie, surveillance des espaces collectifs, ecc.) sont prises en charge par les propriétaires, et qui constituent des sortes de parcelles de villes privatisées: tous les espaces collectifs y sont rendus inaccessibles au public, alors que, très souvent, dans les lotissements classiques, les voies au moins sont ouvertes à l’usage public lorsqu’elles ne sont pas carrément cédées à la collectivité pour être alors définitivement ouvertes au public⁸.

La pratique des *gated communities* est fortement développée aux États-Unis – où elle représente entre 10% et 30% des logements neufs selon les États –, elle l’est aussi en Amérique latine⁹, en Afrique du Sud, et elle se développe en Europe et en Asie¹⁰. De véritables villes privées sont en construction, notamment dans certains pays émergents¹¹. A un moindre degré, ce qui s’observe de plus en plus fréquemment dans les pays Européens, ce sont des montages dans le cadre desquels des opérateurs privés sont chargés de créer ou rénover de véritables “morceaux de villes”, dans lesquels les espaces seront, comme l’écrit une auteure, “sous surveillance 24 heures sur 24, aseptisés, interdits à la différence, évitant les échanges, ne permettant pas le partage des lieux¹²».

On pourrait ajouter ceci. Le souci qu’ont de plus en plus fréquemment les autorités locales de limiter la présence de l’automobile dans les villes a pour conséquence que d’innombrables obstacles sont opposés à la circulation et au stationnement – chicanes,

⁸ Il y a maintenant une littérature importante sur les “gated communities”. Entre autres: T. Paquot, *Ghettos de riches, tour du monde des enclaves résidentielles sécurisées*, Perrin, 2009; L.A. Fennel, *Contracting Communities*, en *University of Illinois Law Review*, 2004, p. 829; M. Fenster, *Community by Covenant, Process and Design: Cohousing and the Contemporary Common Interest Community*, en *Journal of Land Use and Environmental Law*, 1999, 15, p. 3.

⁹ G. Pflieger, *Santiago du Chili ou le prototype de la ville libérale: entre un État fort et des services collectifs privatisés*, en *Métropoles XXL en pays émergents*, Presses de Sciences Po, 2011, p. 301.

¹⁰ Y. Fijalkow, *Sociologie des villes*, III éd., La Découverte, 2007, p. 20 et s.; M.-H. Bacqué, J.-P. Levy, *Ségrégation*, en *Traité sur la ville*, ss dir. J.-M. Stébé, H. Marchal, PUF, 2009, p. 303.

¹¹ *Villes privées: la nouvelle utopie*, en *Les Échos* 31 mars 2015, p. 10; *Sun City, ville privée pour seniors aisés*, en *Les Échos*, 4 août 2015, p. 8.

¹² A. Durand, *Mutabilité urbaine. La nouvelle fabrique des villes*, Infolio, 2017, p. 204.

voies réservées aux autobus, aux taxis, aux vélos ... –, au point que certaines voies en finissent par être, de fait, quasiment réservées au seul usage des riverains.

On pourrait encore mentionner le phénomène suivant. On voit se répandre autour de nous des situations d'indifférenciation des espaces publics et des espaces privés. Le centre commercial remplit la même fonction que la place publique, et, en vérité, il arrive que l'on ne sache pas bien si la dalle sur laquelle on circule relève d'un ensemble privé, commercial ou d'habitation, ou si elle est une dépendance du domaine public¹³.

L'évolution de la décomposition de notre environnement en espaces publics et privés se trouve donc aujourd'hui placée en tension entre deux mouvements, de développement des infrastructures publiques, et de "privatisation", et elle va dans le sens d'une plus grande complexité dans les rapports fonctionnels entre les uns et les autres.

2°. Par ailleurs, il est facile d'observer que des tensions sans cesse croissantes et de nature de plus en plus variée affectent aujourd'hui les usages des espaces publics¹⁴.

Sans sous-estimer ce qui tient tout simplement à l'accroissement démographique et à la croissance économique, on doit d'abord constater ici un phénomène de diversification des activités sociales qui se déploient dans l'espace public. Ce qui est frappant en tous les cas, c'est le fait que les espaces publics principalement dédiés à la mobilité – les voies, les places, les ponts, etc. ... – sont plus que jamais revendiqués pour d'autres types d'utilisation: commerciale – les terrasses des cafés et restaurants qui ont envahi la Piazza Navona à Rome, les publicités de plus en plus abondantes, les food-trucks ... –, culturelle – le théâtre de rue, les flashmobs –, politique – les manifestations, les sit-in-, religieuse – les prières de rue –, etc. ...

Le problème est que ces différents appétits sont parfois de plus en plus difficiles à concilier. Déjà, les voies publiques ne savent plus très bien comment s'accommoder de la multiplication des moyens de mobilité: scooters, trottinettes, vélos, électriques ou non, skateboards, tous en concurrence avec à la fois la voiture et la piétonnisation des villes, etc. ... Et voici que les besoins de mobilité viennent en compétition avec d'autres revendications d'usages: les terrasses des cafés et restaurants¹⁵ et les guichets automatiques de banques entravent la circulation des piétons, la multiplication des tournages cinématographiques dans certaines villes¹⁶ bloque des rues entières pour des durées parfois importantes, etc. ... Cependant que d'autres revendications d'usages se télescopent: la lutte contre le tabagisme fait s'agglutiner les fumeurs devant les bars et restaurants au détriment du passage des piétons et de la tranquillité des voisins¹⁷, l'expression religieuse

¹³ J. Hannigan, *Fantasy City, Pleasure and Profit in the Postmodern Metropolis*, Routledge, 1998; *Espace public, espace privé, le commerce se joue des limites*, en *Les Échos* 18 nov. 2015, p. 37; F. Chiodelli et S. Moroni, *Do malls contribute to the privatisation of public space and the erosion of the public sphere? Reconsidering the role of shopping centres*, en *City, Culture and Society*, 6, 2015, pp. 35-42.

¹⁴ I. Baraud-Serfaty, C. Fourchy et N. Rio, *Espaces publics, usages publics, nouvelles valorisation des espaces publics*, en *La Revue Foncière*, janvier-février 2018, p. 31.

¹⁵ J.-F. Tribillon, *Espaces publics, usages publics. Les terrasses des bistrotis parisiens*, en *La Revue Foncière*, janvier-février 2018, p. 38.

¹⁶ A Paris, il y a plus de 800 tournages par an.

¹⁷ En France, des maires ont interdit l'usage de narguilés dans leur commune: leurs arrêtés ont été annulés par les tribunaux administratifs.

dans l'espace public en vient à blesser de plus en plus fréquemment les regards¹⁸, la mendicité est de plus en plus jugée comme faisant tâche dans les lieux touristiques, etc. ... Les conflits d'usages concernent aussi bien les trottoirs que les chaussées¹⁹.

3°. Les phénomènes qui viennent d'être évoqués ont pour conséquence une explosion des problèmes juridiques attachés aux divers espaces publics concrets. Non que le régime juridique de ces espaces ait été dans le passé systématiquement de tout repos: le classique *Traité de la police* de Delamare, publié entre 1705 et 1738, fourmille d'exemples de pré-occupations sociales et économiques concernant les espaces publics – des voies publiques aux fleuves – et de régulations corrélatives. On a pourtant l'impression qu'aujourd'hui, l'étau se resserre autour de ces espaces, faisant surgir partout des problèmes particulièrement difficiles à résoudre.

Les tendances "privatisantes" menacent le stock même d'espaces publics, ou simplement dans certains cas leur disponibilité pour l'usage du public. En sens inverse, la constitution d'espaces publics par expropriation est en général assez facile. Est à l'œuvre ici un phénomène essentiel dans l'évolution contemporaine des droits publics, qui consiste dans une croissante incertitude dans la distribution des rôles entre public et privé, une croissante interchangeabilité des interventions publiques et privées. On est bien loin de l'époque où la propriété privée était sacrée et ne pouvait être évincée que moyennant des procédures lourdes et complexes. Mais en même temps, nos Etats privatisent leurs biens immobiliers et leurs entreprises avec une assez grande facilité, en fonction de la conjoncture. Nos droits publics tendent à ne plus avoir de théorie bien claire de la configuration souhaitable de leurs biens publics et donc, pour ce qui nous concerne ici, de leurs espaces publics.

La sursaturation de convoitises dont sont l'objet les espaces publics rend cruciale, dans certains hypothèses, la question de l'accès. Laquelle est totalement en porte-à-faux avec l'idée traditionnelle selon laquelle les espaces publics ouverts au public sont libres d'utilisation, donc libres d'accès. Comme on l'a signalé, de nombreux espaces publics naturels autrefois ouverts sont aujourd'hui clôturés. La Ville de Venise envisage de restreindre le nombre de touristes qui pourraient accéder à la partie lagunaire de son territoire.

Non sans lien avec le problème précédent, il y a celui de la gratuité. Traditionnellement, les espaces publics ouverts au public sont accessibles gratuitement: les hypothèses qui s'écarterent de ce principe – le cas des autoroutes dans certains pays – sont rares, doivent être autorisées par une source juridique éminente et sont discutées. A l'heure actuelle, les coûts induits par les espaces publics, qu'il s'agisse de ceux que suscitent la mise en place et l'entretien des équipements de plus en plus nombreux dont ils sont dotés ou de ceux qui résultent du renforcement des exigences de protection – en termes de sécurité, environnementaux ... – sont de plus en plus difficiles à assumer dans le contexte de

¹⁸ C. Chambraud, *La bataille de l'espace public*, en *Le Monde*, 27 février 2016, p.7, d'où le problème des crèches dans les lieux publics, ou des statues de personnalités religieuses, sur lesquels les juges administratifs français, comme leurs homologues de divers autres pays, ont dû se prononcer: voir par exemple Conseil d'Etat, 25 novembre 2017, Fédération morbihanaise de la libre pensée, en *Semaine Juridique*, édition A, 2017-2277, note H. Pauliat.

¹⁹ I. Baraud-Serfaty, *Le trottoir, symbole de la ville des infrastructures*, en *La Revue Foncière*, novembre-décembre 2018, p. 5.

finances publiques tendues – au plan local, notamment²⁰. Les collectivités qui en sont chargées sont de plus en plus naturellement conduites à faire payer l'utilisateur au lieu du contribuable. En Chine, l'accès des jardins publics est payant. Dans la ville "numérique", "intelligente", la tendance au paiement de l'usage des espaces publics s'alourdit²¹.

Plus que jamais, les préoccupations d'hygiène et de santé liées aux espaces publics mettent sous pression les pouvoirs de police les concernant. On le sait depuis le Moyen Âge, où les villes étaient parfois conduites à se confiner entièrement face aux épidémies de peste, mais la crise du coronavirus le démontre exponentiellement, avec l'effet de faire exploser les cadres traditionnels de cette police, notamment en suscitant une tension entre les autorités d'Etat et les autorités locales.

Mais au fond on peut en dire autant des soucis de sécurité, notamment depuis qu'ils sont nourris par la dérive de certains quartiers "à problème" et par le terrorisme²². Sur ce plan aussi, l'équilibre qui existait traditionnellement entre action de l'Etat et action locale a volé en éclats et la distribution des rôles est devenue souvent assez incertaine: dans le cas français, cette incertitude est bien traduite par le combat que mènent – pour le moment en vain – certains maires pour avoir communication des fichiers de personnes suspectes de dérive islamiste que détient l'Etat.

Ajoutons un dernier symptôme des difficultés qu'a le droit existant à maîtriser les évolutions qui affectent actuellement les espaces publics. L'occupation dont ceux-ci font l'objet n'est pas seulement physique, elle est aussi symbolique: les publicités y véhiculent une certaine idée de la femme, les statues qui s'y trouvent honorent des personnages pour certaines actions, les vêtements que portent ceux qui y circulent peuvent être la manifestation d'une préférence religieuse ... La saturation symbolique peut rejoindre la saturation physique: ici ou là, certains exigent que l'on déboulonne des statues qui évoquent un passé autoritaire, colonial, esclavagiste ... Le droit traditionnel des espaces publics n'est pas très armé pour résoudre ces problèmes, même s'il les a parfois rencontrés: dans le droit administratif français, par exemple, il y a une vieille jurisprudence sur la possibilité de processions religieuses sur la voie publique²³. Mais on sent le besoin de développements plus conséquents, qui pourraient peut-être s'orienter vers une sorte de principe de "neutralité" de l'espace public.

4°. Ajoutons ici que si l'on étend la notion d'espace public aux lieux privés ouverts au public, on retrouve bien certaines des difficultés précédentes. Le problème de l'accès apparaît: dans quelle mesure les propriétaires d'un centre commercial peuvent-ils en interdire l'accès à certaines personnes (celles qui pratiquent la mendicité, par exemple)? Le respect dû à la liberté d'expression peut poser problème: dans quelle mesure les mêmes propriétaires d'un centre commercial peuvent-ils s'opposer à ce qu'une

²⁰ D'autant que, par exemple, le mobilier urbain se perfectionne et s'enrichit constamment: V. Lorelle, *Quand on arrive en ville*, en *Le Monde*, 17-18 juin 2018, p. 23.

²¹ I. Baraud-Serfaty, *La ville de demain sera-t-elle encore gratuite?*, en *Futuribles*, 23 février 2015.

²² C. Gayet-Viaud, *Les espaces publics démocratiques à l'épreuve du terrorisme*, en *Métropolitiques*, 20 novembre 2015.

²³ Cette jurisprudence a admis que les processions pouvaient se dérouler librement lorsqu'elles correspondent à une tradition locale et qu'elles devaient être déclarées à l'autorité publique dans le cas contraire: voir F. Messner, P.-H. Prêlot, J.-M. Woehrling, *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, p. 518.

manifestation se déroule dans leurs espaces ouverts au public (laquelle manifestation pourrait, par exemple, critiquer la vente, dans le centre commercial, de produits réalisés grâce au travail d'enfants)²⁴?

3.2. Motivations théoriques

Si l'on peut plaider pour que le droit public accueille et développe le concept correspondant, ce n'est pas seulement parce que le régime juridique des espaces publics paraît receler un nombre croissant d'incertitudes, c'est aussi pour des raisons d'ordre plus théorique, que l'on peut résumer de la manière suivante.

1°. Dans les systèmes juridiques issus de la tradition continentale, comme dans ceux issus de la common law, c'est fondamentalement autour de la propriété que se construit le traitement juridique des espaces publics. Dans certains des systèmes de la première espèce, vient s'y ajouter une théorie du "domaine public", reposant sur l'idée selon laquelle les biens publics ou au moins une partie significative d'entre eux – le "domaine public" opposé au "domaine privé" – appelle par nature l'application d'un régime spécial, s'écartant sur divers points de celui de la propriété privée.

Or, il est assez clair que la notion de propriété n'éclaire pas grand chose dans le régime des espaces publics, que l'on soit ou non dans un système accueillant une théorie de la domanialité publique. Lorsque le droit anglais fait appel à l'idée de droits "quasi-propriétaires" pour qualifier les droits d'accès aux voies et à quelques autres espaces publics, on a le sentiment que cela est un peu artificiel²⁵. Le droit français a bien dénommé "code général de la propriété des personnes publiques" sa législation d'ensemble concernant les biens publics, mais, parmi les règles qu'elle regroupe, il n'y en a pas beaucoup que l'on puisse réellement expliquer par la propriété²⁶. On peut penser, cela dit, que la difficulté est plus accentuée dans les traditions juridiques qui véhiculent une vision monolithique du droit de la propriété que dans la tradition de common law, qui tend à concevoir la propriété comme un "bundle of rights" aisément dissociables²⁷.

A cela s'ajoute le fait que, quel que soit le système juridique, il y a un type d'espaces publics que l'on ne peut pas, sans grande artificialité, rattacher à l'idée de propriété: ceux qui sont en vérité des choses communes, des choses "qui n'appartiennent à personne" selon l'expression qu'emploie le Code civil français: l'air, la mer, les eaux courantes,

²⁴ Il existe sur le sujet, notamment, une consistante jurisprudence constitutionnelle américaine (voir S.H. Friedelbaum, *Private property, public property, shopping centres and expression freedom in the States*, en *Albany Law Review*, 62, 1999, pp. 1252-1262) et un arrêt Appleby de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (6 mars 2003).

²⁵ K. Gray, S.F. Gray, *Elements of Land Law*, V ed., Oxford University Press, 2009, p. 1344: "for want of a better term, these entitlements may perhaps be termed 'quasi-proprietary' in that they exhibit only tentatively or imperfectly the characteristics which are conventionally associated with 'property' in land".

²⁶ J.-B. Auby, *Propriété et gestion domaniale*, en *Droit administratif*, juin 2011, p. 1.

²⁷ V. par exemple, K. Gray, S.F. Gray, *Elements of Land Law*, précité, p. 86 et s.; F. Upham, *An Introduction to the Principles of Private Land Ownership, Transfer and Control in the United States*, en *Land Law in Comparative Perspectives*, sous la direction de M.-E. Sanchez Jordan et A. Gambaro, Kluwer Law International, 2002, p. 37.

l'espace hertzien. Ces biens constituent plutôt un patrimoine collectif, et les droits que les collectivités publiques exercent sur eux s'éloignent des standards du droit de propriété par de nombreux aspects: et de façon croissante au fur et à mesure que les règles – nationales et internationales – de protection de l'environnement en garantissent la protection²⁸.

Quant à la théorie de la domanialité publique, elle n'est pas à la hauteur des enjeux concrets évoqués, pour diverses raisons. D'une part, elle ne couvre pas toute la surface du sujet, dès lors que certains espaces publics ouverts au public relèvent du domaine privé: c'est le cas de divers espaces naturels. D'autre part, adossée à l'idée selon laquelle le domaine public affecté à l'usage du public est normalement d'usage libre, elle n'est pas à l'aise pour gérer la rareté que crée l'accumulation des convoitises: où commence et où s'arrête l'usage normal des trottoirs par les trottinettes? Tout cela étant accentué par le fait que les espaces publics sont de plus en plus utilisés indépendamment de leur statut juridique²⁹: leur affectation définit très mal les utilisations réelles dont ils font l'objet.

La théorie de la domanialité publique n'est pas non plus très à l'aise pour valoriser l'usage et le faire payer par ceux qui en tirent profit: comme l'ont appris à leurs dépens des communes françaises qui ont voulu taxer l'encombrement des trottoirs par les queues devant les distributeurs de billes ou les étals de marchands de glaces³⁰. Elle bafouille un peu pour assurer la protection de l'image des espaces urbains embellis par leur mobilier urbain et les objets d'art qui y sont déposés.

On ajoutera que les évolutions de type "smart city" pèseront vraisemblablement dans le sens d'une gestion intégrée d'ensembles d'espaces publics: il en ira ainsi très certainement dans ces quartiers "durables", dans lesquels les éléments d'infrastructure se trouveront fortement intégrés: le stationnement avec l'éclairage, la production d'énergie avec le traitement des déchets ... Dans ces contextes, devrait s'imposer une prise en charge "ensemblère" des espaces publics, pour l'établissement de laquelle le droit de la domanialité publique ne fournit pas beaucoup d'outils juridiques.

2°. D'autres raisons concourent à établir que les progrès d'une conceptualisation autour de l'espace public seraient théoriquement bénéfiques.

Ils permettraient de caractériser solidement une des fonctions de l'administration et par là même un objet des compétences administratives: en admettant que l'une des fonctions essentielles des autorités publiques est de fournir au fonctionnement social des espaces de vie collective, de les équiper, de les entretenir, de les contrôler, etc. ... Comment nier qu'il s'agisse d'une de leurs missions fondamentales! C'est en tous les cas évident pour les autorités publiques locales: on peut plaider qu'aujourd'hui, les espaces publics sont leur principal levier d'action, avec les données³¹.

²⁸ J. Morand-Deville, *La crise du domaine public. À la recherche d'une institution perdue*, en *Mélanges Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 737; A. Danis-Fatôme, *Biens publics, choses communes ou biens communs*, en *Mélanges Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 99.

²⁹ F. Di Lascio, *La regolazione amministrativa degli spazi urbani*, en *Munus*, 2016, 2, p. 315.

³⁰ La jurisprudence leur a répondu que cette forme d'occupation indirecte de l'espace public ne constituait pas une occupation "privative" du domaine public et qu'elle ne pouvait pas être rendue payante: Conseil d'Etat, 31 mars 2014, Commune d'Avignon, in *Droit Administratif*, juin 2014, 37, note J.-F. Giacuzzo.

³¹ Ibicity, *Qui gouvernera la ville (de)demain*, 2018: <https://www.modeleseconomiquesurbains.com/telechargement-rapport-saison-2>.

Ils permettraient d'éclairer davantage un aspect majeur du fonctionnement des villes, qui sont elles-mêmes, chaque jour davantage le lieu essentiel de l'action publique et par là, nécessairement, une composante du centre vivant du droit administratif³². Les espaces publics, qui sont au cœur du fonctionnement concret des villes, sont une dimension essentielle du droit de l'urbain qui se construit progressivement³³.

On peut également plaider qu'ils contribueraient à acter, au sein du droit public, ce "tournant spatial" que les sciences sociales ont enregistré à l'époque contemporaine³⁴. Déjà, nos droits publics ont fait une place de plus en plus importante à la préoccupation des territoires, à l'analyse de la territorialisation des politiques publiques et de ses conséquences juridiques. Une autre systématisation, autour des espaces publics, complèterait cette évolution.

On peut ajouter un autre argument encore. Il y a, on l'a noté, un lien entre les espaces publics, même réduits aux espaces publics physiques, et le fonctionnement démocratique: ne serait-ce que parce que certains sont l'instrument indispensable de la liberté d'aller et venir, ou de la liberté de manifester ses opinions, de l'accès à certaines informations, etc. ... Les théories traditionnelles appliquées aux biens publics ne sont pas sans rapport avec les soucis démocratiques – l'ouverture à tous du droit de chasser, l'égalité plus généralement dans l'accès aux biens publics – mais elles ne sont pas centrées sur eux. Elles devraient l'être davantage, ne serait-ce que, comme l'écrit François Ost, pour aller vers un nouvel espace public susceptible de démocratiser la régulation administrative de la vie sociale, toujours plus envahissante³⁵.

4. Le droit à construire sur elle

Pour esquisser le travail d'élaboration prospective que le statut des espaces publics appelle, il convient d'identifier les principales questions à régler (4.1), de cerner les constructions intellectuelles qui seraient à élaborer ou à mobiliser, quitte à les infléchir (4.2) et de se poser la question de savoir à quoi pourrait ressembler la mise en forme du droit de l'espace public (4.3).

4.1. Les principales questions à régler

Il me semble que les principales questions qu'un droit organisé des espaces publics devra régler sont de quatre ordres.

1°. Elles concernent en premier lieu la géométrie des espaces publics, le droit de

³² J.-B. Auby, *L'espace public, dimension juridique critique de la ville de demain*, en *Third*, mai 2019, 2, p. 50.

³³ J.-B. Auby, *La Ville, nouvelle frontière du droit administratif?*, en *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2017, p. 853.

³⁴ Y. Blank et I. Rosen-Zvi, *The spatial turn in legal theory*, in *HAGAR Studies in Culture, Polity and Identities*, 10 (1), 2010, pp. 37-60.

³⁵ F. Ost, *Le temps du droit*, Editions Odile Jacob, 1999, p. 322.

leur consistance. Ce qui manque ici, ce sont des normes qui indiquent plus précisément ce à quoi nos sociétés ont droit en termes d'espaces ouverts au public: de ces normes se déduiraient, alors, les pouvoirs dont disposeraient les institutions publiques pour créer de tels espaces, et les limites à l'intérieur desquelles elles pourraient soit les céder soit cesser de les ouvrir au public. Naturellement, des bribes de droit existent dans nos systèmes sur ces deux points, mais ils ne relèvent en général pas d'une systématique, ils sont le produit de contributions partielles de la législation ou/et de la jurisprudence.

Si je raisonne dans le cas du droit français, j'y trouve évidemment un certain nombre de dispositifs législatifs ou jurisprudentiels qui garantissent ou simplement permettent l'existence d'espaces publics et leur ouverture au public: depuis l'exigence d'une loi pour vendre des forêts publiques jusqu'aux facilités données aux collectivités locales pour acquérir les voies internes des lotissements privés, depuis les règles qui protègent le caractère naturel de divers sites jusqu'à celles qui accordent aux citoyens un droit de passage tout le long du littoral maritime. Mais tout cela n'est pas plus qu'un patchwork qui converge plus ou moins sur l'existence d'espaces publics et leur ouverture au public.

2°. Il s'agit en second lieu des questions relatives à l'accès aux espaces publics. Nos droits sont en général imprécis et incomplets sur cette question, parce qu'ils reposent sur un principe dominant de libre accès. Ils ne sont pas adaptés à la situation de grande rareté des espaces publics et de forte compétition pour leur usage qui est en train d'advenir.

Certes, ils sont en général vigilants vis-à-vis des formes privatives d'utilisation des espaces publics: précisément parce qu'elles raréfient la part de ces espaces dont tout le monde peut disposer. Au point que, dans la sphère européenne, la délivrance des autorisations des autorisations correspondantes est maintenant normalement subordonnée à une mise en concurrence³⁶: ce qui est un moyen de vérifier que leur utilisation sera compatible avec le bien commun.

Mais, d'une part, nos droits ne limitent pas toujours la part que les collectivités publiques peuvent consentir à l'utilisation privative des espaces publics: une municipalité sera en général libre de décider sur quelle proportion des trottoirs de ses rues l'installation de tables de bars et restaurants peut être autorisée.

D'autre part, l'idée de continger l'accès de la part des espaces publics qui n'est pas réservé à un usage privatif est peu admise, tant elle est incompatible avec celle de la liberté d'utilisation. En général, nos droits n'autoriseront nos autorités publiques qu'à réglementer certaines formes d'utilisation, au nom de l'ordre public ou de la protection de l'intégrité des espaces publics concernés: dans un espace piétonnier, on pourra éventuellement interdire les skates ou les trottinettes. Ce qu'en revanche il ne leur sera généralement pas possible de faire, c'est limiter le nombre de personnes pouvant entrer dans un tel espace pour éviter la surcharge – sauf peut-être dans des périodes exceptionnelles comme celle de grandes épidémies ... –.

Des exceptions intéressantes existent cependant. Outre celle qui résulte des développements récents du droit italien en matière de "beni comuni", qui sera évoquée plus loin, on remarque que, dans le droit espagnol, certains biens publics ouverts peuvent faire l'objet d'une utilisation qui n'est ni l'utilisation commune générale, ni une utilisat-

³⁶ CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14 et C-67/15.

tion privative. Cette jouissance spéciale – “*aprovechamiento especial*” – est définie par l’article 85.2 de la loi sur le patrimoine des administrations publiques comme une utilisation «qui, sans entraver l’usage commun, suppose la conjonction de circonstances telles que la dangerosité ou l’intensité de l’usage commun, la nécessaire préférence en cas de pénurie, l’obtention d’une rentabilité singulière ou d’autres circonstances similaires, qui déterminent un excès d’utilisation par rapport à l’utilisation par tous ou à une altération de cette dernière»³⁷. On rencontre, par exemple, cette forme intermédiaire d’usage dans l’utilisation du domaine maritimo-terrestre – où il peut concerner, entre autres, des services saisonniers sur les plages –, dans celui du domaine public hydraulique – où il peut concerner des autorisations de navigation ou de flottaison, comme l’établissement de navettes de passage –, dans celui des voies de transhumance – où il peut prendre la forme de la circulation autorisée de véhicules motorisés³⁸.

D’une manière analogue, le droit suisse distingue des usages communs et privatifs du domaine public, ce qu’il appelle l’usage “accru”, que l’on rencontre «premièrement, lorsqu’il reste conforme à l’affectation ou à la nature de la chose, mais n’est pas simultanément possible à un nombre indéterminé de personnes, ou, secondement, lorsqu’il dépasse le cadre de l’affectation ou de la nature de la dépendance, sans pour autant exclure d’autres usages, ou enfin, troisièmement, lorsqu’il empêche temporairement l’exercice d’autres usages (que ceux-ci soient communs ou non communs)»³⁹. Font un usage “accru” du domaine public: un stand de marché amovible, un cortège, une exposition temporaire, les places de stationnement réservées aux taxis, les tables et chaises des bars et restaurants sur les trottoirs, etc. ... L’usage “accru” est soumis à autorisation.

De telles solutions particulières ne se retrouvent pas dans d’autres droits administratifs, qui, face à la multiplication des situations de surcharge – en nombre brut d’utilisateurs ou en multiplication des formes concurrentes d’utilisation – devront se doter de nouvelles formes de régulation des usages.

3°. Au-delà de l’accès, mais liée à lui comme on a vu, il y a la question de la compétition croissante entre les usages des espaces publics. En général, le droit existant ne s’en préoccupe qu’aux limites: celle qui sépare les utilisations privatives des utilisations non privatives, celle qui permet d’interdire des usages qui menacent l’ordre public ou l’intégrité même des espaces publics. Ces dispositifs-là ne sont pourtant pas nécessairement suffisants pour réguler l’accumulation des convoitises et des formes d’usage. Produire du bruit peut être une forme d’usage envahissant des espaces publics, comme le fait d’y accumuler de la publicité. Tous nos systèmes consacrent-ils à un niveau suffisant des pouvoirs de police pour empêcher ces formes d’usage de nuire gravement à d’autres formes d’usage?

Se rencontre ici la question de l’exercice des droits fondamentaux dans l’espace pu-

³⁷ “Es uso que implica un *aprovechamiento especial* del dominio público el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste”.

³⁸ *Derecho de los bienes públicos*, sous la direction de J. Gonzalez Garcia, Tirant lo blanch, 2009, voir pp. 101, 482 s., 587 s., 737 s.

³⁹ P. Moor, F. Bellanger, T. Tanquerel, *Droit administratif*, III, Stämpfli Editions, 2018, p. 697.

blic, que nos droits règlent en général avec un mélange plus ou moins efficace de principes généraux concernant la police et d'orientations particulières concernant les usages des propriétés publiques⁴⁰. On a vu en outre que cette question se pose non seulement dans les espaces publics de propriété publique mais aussi dans certains espaces de propriété privée mais ouverts au public comme les centres commerciaux.

Se rencontre ici, également, la question de la gratuité ou du caractère payant de l'utilisation des espaces publics. Le principe dominant reste indiscutablement celui de la gratuité, mais il risque de se montrer de moins en moins compatible avec à la fois la valeur et les coûts qui s'attachent à la disposition d'une forte quantité d'espaces ouverts au public dans nos sociétés.

4°. Cette question de la gratuité rejoint le dernier domaine d'expansion nécessaire du droit des espaces publics, qui est celui de la gestion de ces espaces.

Le point essentiel est sans doute ici celui de la professionnalisation de cette gestion. En l'état actuel des choses, celle-ci, au fond, est abandonnée au petit bonheur des propriétés publiques et des externalisations. C'est parce qu'elle est propriétaire de telle voie et de tel jardin public que telle commune est en charge de les entretenir et d'en réguler l'autorisation. C'est parce qu'elle est concessionnaire de tel ou tel port de plaisance ou en charge du mobilier urbain dans la commune que telle ou telle entreprise assume de la gestion des équipements correspondants.

Or, on peut penser que la gestion des espaces publics ouverts au public devrait devenir de plus en plus un métier en soi: un savoir-faire concernant non seulement l'entretien matériel, mais aussi la modulation des usages, leur tarification ... Un savoir-faire qui serait de plus en plus identifié en tant que tel au sein des collectivités publiques. Et qui pourrait être apporté, parfois, par des acteurs privés spécialisés. Il semble que, dans les villes "intelligentes", "digitales", le besoin d'une individualisation de la fonction de gestionnaire d'espaces public se démontre de plus en plus⁴¹: le montre assez bien l'exemple de la Ville de Dijon, dans laquelle la Métropole a confié par contrat à un groupe d'entreprises la plupart des fonctions en relation avec la gestion des espaces publics⁴².

4.2. Les constructions à élaborer, mobiliser, modifier

Dans une remarquable synthèse consacrée au régime des espaces urbains⁴³, Francesca di Lascio montre que ce régime se situe au point de convergence de trois corps de règles: celles qui concernent le gouvernement du territoire, celles qui concernent la sécurité interne et l'ordre public, celles qui concernent les droits domaniaux.

Une façon, non pas plus exacte mais différente, de présenter les choses consiste à

⁴⁰ Voir par exemple, R. Petry, *L'exercice des droits fondamentaux sur le domaine public*, in F. Bellanger, T. Tanquerel (dir.), *La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux*, Schultezz, 2020, pp. 35-58.

⁴¹ V. Badague, *Pour une refonte de l'espace public urbain*, en *Le Monde*, 14-15 février 2021, p. 29; Ibicity, *Qui gouvernera la ville (de)demain*, précité.

⁴² http://www.reseautationalamenageurs.logement.gouv.fr/IMG/pdf/rex_dijon_vf.pdf.

⁴³ F. Di Lascio, *La regolazione amministrativa degli spazi urbani*, en *Mumus*, 2016, 2, p. 315.

partir de l'idée selon laquelle ce qui a besoin d'être élaboré et construit concerne à la fois le statut démocratique des espaces publics et leur statut fonctionnel. Leur statut démocratique dans tout ce qui garantit et organise l'existence même d'espaces ouverts au public, l'accès à ces espaces et l'éventail le plus large des utilisations. Leur statut fonctionnel dans tout ce qui en rend administrativement possible l'existence, l'ouverture la plus large, la gestion la plus rationnelle.

Or, progresser dans ces directions impose manifestement à la fois de revisiter des théories existantes et d'en convoquer de nouvelles.

1°. Asseoir un régime plus perfectionné des espaces publics impose certainement de revoir ici et là les théories du domaine public et la conception des pouvoirs de police en relation avec les espaces publics.

a) Les théories du domaine public, là où elles existent, ont en général beaucoup vieilli car elles restent enracinées dans le passé de pays ruraux, dans lesquels les questions relatives à l'ouverture des espaces publics au public se réduisaient à un petit nombre de problèmes: le droit de chasser, le droit de faire paître des animaux sur des communaux, etc. ... Pour importantes qu'elles soient, les conquêtes historiques correspondantes ne sont pas à la hauteur des problèmes d'aujourd'hui.

Si j'observe le droit français, j'ai tendance à penser que la théorie domaniale y a surtout été modernisée dans les mécanismes qu'elle recèle pour permettre la valorisation économique du domaine public. Ce qui n'est pas rien, mais n'apporte qu'une réponse très limitée aux questions identifiées précédemment.

Il faudrait sans doute, ici et là, se rallier à la position selon laquelle le droit spécifique de la domanialité publique – là où cette notion existe – devrait se concentrer sur les espaces qui font l'objet d'une utilisation collective essentielle à la vie en société⁴⁴.

b) La théorie des pouvoirs de police en relation avec les espaces publics paraît également retardataire, mais pour des raisons différentes. Elle souffre en général d'un manque de spécificité, en ce sens que ce qu'elle s'efforce de servir, c'est un ordre public général et non des finalités concernant spécifiquement la régulation des espaces publics.

Le droit français, il est vrai, admet qu'à côté de la police générale de l'ordre public, certains espaces publics fassent l'objet d'une police "de la conservation", ayant spécifiquement pour but de garantir la conservation matérielle de certains espaces publics⁴⁵. Mais, outre que l'articulation entre les deux types de polices n'est pas totalement claire, la police "de la conservation" est d'un secours très limité pour réguler les problèmes d'accès et d'usage que nous avons évoqués.

2°. L'élaboration d'un droit mieux articulé des espaces publics devrait exiger également de mobiliser des théories nouvelles.

Il est clair qu'il faudra se tourner vers la théorie des "communs" dans l'une ou

⁴⁴ Position efficacement défendue, par exemple, par M. Chouquet, *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2017.

⁴⁵ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, XV éd., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2014, p. 214 s.

l'autre de ses versions⁴⁶. Pourquoi? Parce que cette théorie permet de dépasser la vision traditionnelle, univoque, de la propriété, pour aménager des palettes de droits d'usage distincts sur des biens à caractère collectif⁴⁷. Or, on a clairement besoin de cela pour réguler les compétitions contemporaines pour réguler l'accès aux/ et l'utilisation des espaces publics: des clefs beaucoup plus précises de différenciation et de hiérarchisation des droits.

Le droit italien fournit ici un exemple, avec le régime des “beni comuni”, qui permet de moduler l'utilisation d'espaces publics en utilisant l'instrument juridique de “pactes de collaboration” – “patti di collaborazione” – que concluent les collectivités territoriales⁴⁸.

Un autre exemple est fourni par les “ruelles” de la Ville de Montréal qui, au cœur des pâtés de maisons, constituent des espaces où propriété publique et propriété privée se rejoignent et se fondent dans l'usage, qui sont entretenus par une communauté de riverains dans le cadre d'accords passé avec la municipalité⁴⁹.

Naturellement, aller dans ces directions impose des inflexions dans le droit du domaine public tel que le conçoit par exemple le système français, trop tributaire d'une vision classique de la propriété qui s'est trouvée étendue aux propriétés publiques.

Il me semble qu'il y a au moins une autre orientation théorique qu'il faudra adopter. Elle viserait à mieux asseoir les pouvoirs des collectivités territoriales sur l'ensemble des espaces publics situés sur leurs territoires et à leur permettre de réguler de façon plus coordonnée leur utilisation. Cela peut passer par la reconnaissance à des collectivités locales – situées à un niveau à déterminer – de quelque chose comme une qualité d’“autorité organisatrice des espaces publics”, sur le modèle de ce que le droit français reconnaît en matière de transports: dans les agglomérations, un échelon, normalement intercommunal, reçoit, avec cette qualité d'importants pouvoirs de coordination en matière de mobilité⁵⁰.

Une solution semblable pourrait être adoptée en ce qui concerne la régulation et la gestion des espaces publics.

⁴⁶ J. Tornos Mas, *Bienes comunes y administración compartida*, in *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico, Estudios en homenaje al profesor Jose-Luis Carro Fernandez-Valmayor*, II, Andavira Editoria, 2017, p. 635.

⁴⁷ J.-F. Tribillon, *La cause des communes à l'épreuve de la ville*, en *La Revue Foncière*, septembre-octobre 2018, p. 27; E. Le Roy, *Les communes et le droit de propriété. Entre concurrence et divergences*, en *La Revue Foncière*, mars-avril 2015, p. 29; C. Legros, *Les “communs urbains”, graines de démocratie locale*, en *Le Monde*, 2-3 août 2020, p. 26.

⁴⁸ F. Di Lascio, *Espace public, biens publics et régulation administrative: quelques réflexions introductives*, in *Il diritto amministrativo dei paesi europei. Tendenze e riforme*, sous la direction de F. Di Lascio, Editoriale Scientifica, 2016, p. 63; F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto della città*, en *Munus*, 2016, 2, p. 271; J.-B. Auby, M. De Donno, *Communs dans le droit italien: “beni comuni” et “patti di collaborazione”*, en *Blog Chemins Publics*, 26 avril 2021, <https://www.chemins-publics.org/articles/communs-dans-le-droit-italien-les-beni-comuni-et-patti-di-collaborazione>.

⁴⁹ J. Zask, *Les ruelles de Montréal, un laboratoire de la vie démocratique*, en *Métropolitiques*, 23 décembre 2019, <https://metropolitiques.eu/Les-ruelles-de-Montreal-un-laboratoire-de-la-vie-democratique.html>.

⁵⁰ *La mobilité urbaine/Urban mobility*, sous la direction de D. Renders, J. Morand-Deville, W. Spannowsky, Bruylant, 2020.

4.3. La question de la mise en forme du droit de l'espace public

Le droit des espaces publics est aujourd'hui peu présent en tant que tel dans nos systèmes juridiques. Il y a de bonnes raisons de penser que des apports législatifs – constitutionnels peut-être aussi – seront nécessaires pour assurer sa reconnaissance officielle. On peut difficilement espérer que la jurisprudence édifie seule cette construction fondée sur des concepts qui, pour la plupart, ne sont pas officiellement reconnus et qui tend à se placer en porte-à-faux avec des constructions existantes comme celles des droits du domaine public.

On comprend aisément, aussi, que les bases à poser se situent à deux niveaux différents et liés à la fois. Le premier est celui de la définition des droits de la société à l'égard des espaces publics, des droits des citoyens en termes de disposition d'espaces ouverts d'accès à ces espaces et d'utilisation: en liaison probable avec ce qui peut tourner autour du "droit à la ville"⁵¹. Le second concerne les compétences administratives à l'égard des espaces publics: en d'autres termes le contenu de la fonction administrative de producteur et de gardien des espaces publics, les pouvoirs qui y sont associés et les autorités publiques qui en disposent.

A quel corpus du droit public cela peut-il être rattaché? Cela peut être la législation générale sur les biens publics, là où il en existe une: cela peut en être un chapitre particulier. Une autre solution est le rattachement à la législation générale sur la Ville, là où il en existe une. Les problèmes que posent les espaces publics ouverts au public ne se posent pas que dans les villes, mais ils se posent spécialement là. La solution aurait également pour avantage de pouvoir facilement intégrer des dispositions concernant les espaces de propriété privée mais ouverts au public, pour y régler les problèmes d'accès et d'usage qui les rapprochent parfois de leurs homologues de propriété publique.

Dans nos sociétés, il y a un nombre considérable d'agoras diverses et notamment celles que procurent la presse, les médias audiovisuels, les réseaux sociaux. La crise sanitaire actuelle nous les rend particulièrement précieux, nous fait les fréquenter avec une particulière intensité. En même temps, elle nous fait sentir par le manque le besoin si fort que nous avons aussi des lieux physiques de rencontre, d'échange, de vie en commun. Les espaces publics ouverts au public sont une respiration essentielle et on peut penser que le droit devrait leur consacrer une attention spécifique plus grande. Nous avons besoin d'un droit des espaces publics plus encore que d'un droit des propriétés publiques.

⁵¹ J.M. Montaner, *El derecho al espacio publico: principios y ejemplos* et Jordi Borja, *Espacio publico y derecho a la ciudad*, in *El derecho a la ciudad*, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2011; J.-B. Auby, *Droit de la Ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, II éd., LexisNexis, 2016, p. 317 s.

Notarelle sulla disciplina delle cave di marmo apuane (a margine dell'apporto di Marco D'Alberti alla lettura "privatistica" delle concessioni amministrative)

Giuseppe Morbidelli

Sommario: 1. Premessa. – 2. Cenni sui vari sistemi di disciplina dell'attività mineraria. – 3. La disciplina estense delle cave di marmo del comprensorio apuano. – 4. Le concessioni "di livello" di cui alla legislazione estense. – 5. La trasformazione per effetto della legislazione regionale delle concessioni perpetue in concessioni temporanee e la validazione della stessa ad opera della Corte Costituzionale. – 6. Sulla rivedibilità della tesi della Corte Costituzionale alla luce e della CEDU e della dottrina di D'Alberti.

1. Premessa

Marco D'Alberti ha dato un contributo decisivo allo studio delle concessioni amministrative. Non è fuori luogo rilevare che la sua monografia dal titolo *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni* (Napoli, Jovene, 1981), abbia avuto il merito di dimostrare il definitivo superamento della tesi di Ranelletti, secondo cui le concessioni amministrative sono da configurare come provvedimenti amministrativi ad effetti bilaterali: tesi – come noto – che ha dominato per quasi un secolo la nostra dottrina contribuendo nello stesso tempo ad esaltare i profili di "specialità" del diritto amministrativo nel segno di una *utilitas* pubblica che si riteneva contrassegnasse ogni rapporto, gestiti attraverso atti significativamente definitivi atti di "impero". Ciò nel contesto di una ideologia improntata ad assiomi di fondo quali lo Stato forte e l'unità dell'ordinamento «organico disegno ideologico di alcuni gruppi intellettuali, mirante al potenziamento del nuovo Stato unitario» (v. P. Rescigno, in M. D'Alberti, *Presentazione, Le concessioni amministrative*, cit., XX), la quale discendendo per li rami, determinava la innervatura *quam maxime* pubblicistica dei rapporti tra privato concessionario e amministrazione pubblica.

D'Alberti ha messo in luce come tale ricostruzione non fosse invece in linea con i dati normativi sistematici né con la giurisprudenza della Corte di Cassazione: tanto vero che quest'ultima ebbe ad elaborare la nozione della concessione-contratto proprio

per inserire nel rapporto concessorio la trama dei principi civilistici in materia di obbligazioni e di responsabilità.

L'apporto decisivo alla lettura privatistica delle concessioni da parte di Marco D'Alberti è del resto canonizzato da M.S. Giannini nel suo *Diritto amministrativo* (III ed., Milano, Giuffrè, 1993, p. 443) che così scrive: "Sulle concessioni, importante Marco D'Alberti, Le concessioni amministrative", e questo appunto per avere messo in risalto come la concezione di tipo pubblicistico delle concessioni introdotta dalla dottrina di fine secolo XIX trascurasse la sostanza del rapporto.

In estrema sintesi, la menzionata monografia di D'Alberti si segnala per tre profili:

a) Una rivisitazione raffinata e meticolosa della giurisprudenza, anche di quella più risalente, pure anteriore agli studi di Ranelletti.

b) Una considerazione profonda (quanto scarsamente praticata di solito dagli amministrativisti) della prassi.

c) Una attenzione rigorosa al diritto positivo dell'epoca (fine secolo XIX) in tutte le sue varie articolazioni: concessioni ferroviarie, di acque, di illuminazione, di servizi di trasporto, minerarie ecc., ma anche minori come quelle di coltivazione di tabacco.

2. Cenni sui vari sistemi di disciplina dell'attività mineraria

Non certo per colmare una lacuna dello studio, ma solo per simmetria con il vero e proprio setaccio di discipline settoriali in materia di concessioni, ho pertanto ritenuto di rievocare la specialissima disciplina delle cave di marmo del comprensorio apuano, che del resto ha attirato l'attenzione della dottrina più autorevole¹.

Come noto, l'attività mineraria è stata sempre oggetto di estrema attenzione da parte dei poteri pubblici atteso il valore sia economico che strategico delle risorse estrattive. Sotto il profilo giuridico è invece sempre stata luogo geometrico di scontro tra la tradizionale pienezza ed esclusività del diritto di proprietà sul suolo e la pubblica utilità di "*metalla et marmora*", cui si aggiunge la difficoltà di individuare fonti, ragioni e spessore dei diritti dello scopritore del giacimento non proprietario. Si tratta del resto di tematiche che riscontriamo già nelle fonti romanistiche e poi presso i glossatori e indi presso tutti i grandi commentatori e *consiliatores* del diritto comune. Fatto è che ne sono sorte le più svariate interpretazioni e soluzioni, le quali vanno dal c.d. "sistema fondiario" ovvero coincidenza fra proprietà del suolo e proprietà della miniera, al sistema c.d. "regalistico", per il quale il sottosuolo appartiene esclusivamente al sovrano in virtù del dominio eminente che esercita su tutto il territorio, sicché compete al sovrano stabilire se sfruttare direttamente la miniera o concederne ad altri il godimento dietro pagamento di un canone, dal sistema c.d. "demaniale", per il quale le miniere

¹ Valga ricordare per tutti gli scritti di A.M. Sandulli, *Appunti in tema di usucapibilità del diritto di coltivazione delle cave marmifere di Massa e Carrara*, in *Giustizia civile*, 1955, 5, p. 1491; di G. Branca, *Possesso del diritto di enfiteusi su beni indisponibili*, in *Foro italiano*, 1955, 1, c. 534, e più di recente di F. Merusi, *La disciplina degli Agri Marmiferi fra diritto e storia*, in F. Merusi, V. Giomi (a cura di), *La disciplina degli Agri Marmiferi fra diritto e storia*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 191 ss.

appartengono allo Stato che ne cura la coltivazione per mezzo di concessionari o per gestione diretta, non tanto per procurare un'entrata all'erario quanto per finalità di interesse pubblico e di economia generale, al sistema c.d. "industriale", che si basa sulla separazione della proprietà del suolo da quella del sottosuolo e si compendia nel fatto che si riconosce a chiunque la facoltà di ricercare i giacimenti minerali e attribuisce la proprietà della miniera allo scopritore, a condizione che abbia la capacità e i mezzi per coltivarla, o altrimenti a chi dimostri di possedere tali mezzi, salvo, in tal caso un adeguato premio allo scopritore².

Non mancano poi soluzioni intermedie. La situazione era resa ancor più complessa dai variegati regimi in punto di concessioni di esercizio dell'attività mineraria (durata, revocabilità, ecc.), dalla qualificazione delle varie sostanze come minerali o no, nonché dalla necessità di tenere conto di usi e tradizioni locali: ad esempio, il regime minerario pontificio improntato alla regalia incontrava talune eccezioni quali ad esempio la concessione alla popolazione di Cesena del diritto di estrarre zolfo o i privilegi personali di cui godeva la Casata Boncompagni-Ludovisi nel Principato di Piombino.

Non sorprende pertanto che gli Stati preunitari fossero dotati di leggi minerarie ispirate a criteri notevolmente diversi come pure non sorprende il fatto che, mentre le leggi di unificazione amministrativa risalgono al 1865, la unificazione della legislazione mineraria si ebbe dopo un lungo e acceso dibattito solo con il r.d. 29 luglio 1927, n. 1443, c.d. legge mineraria, e ciò in quanto, come ha rilevato la dottrina³, «la varietà dei sistemi pre-vigenti ha certamente rappresentato una delle cause che resero estremamente laboriosa e complessa, ritardandola di oltre mezzo secolo, l'unificazione della legislazione mineraria».

3. La disciplina estense delle cave di marmo del comprensorio apuano

L'unificazione della legislazione mineraria, però, non ebbe a riguardare gli agri marmiferi nei territori dei Comuni di Carrara e di Massa, dato che l'art. 64 della legge mineraria demandò la relativa disciplina ad un regolamento da emanare dalle rispettive amministrazioni locali, da sottoporre a successiva approvazione da parte del Ministero per l'economia nazionale. Nel frattempo, anche se non sono mancate incertezze, secondo la tesi affermata dalla giurisprudenza della Cassazione e poi seguita anche della Corte Costituzionale continuava ad applicarsi l'antica disciplina estense, ovvero per limitarsi alle fonti basilari, l'Editto 1 febbraio 1751 di Maria Teresa Cybo Malaspina, Duchessa di Massa, Principessa di Carrara, nonché Principessa ereditaria di Modena e il Chirografo Sovrano 19 novembre 1846 del discendente di Maria Teresa

² Una sintesi di questi vari sistemi in G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, V ed., Milano, Giuffrè, 1958, p. 149 ss., per una rassegna completa con ampi richiami storici v. invece G. Pacinotti, *Le miniere, le torbiere e le cave*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, V, Milano, S.E.I., 1930, p. 686 ss.

³ Così F. Francario, *Le miniere, le cave e le torbiere*, in S. Cassese (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte Spec., Milano, Giuffrè, 2000, p. 1328.

Cybo Malaspina, Francesco V d'Austria, duca di Modena e Reggio (ducato cui erano state, per effetto del Trattato di Vienna, aggregate Carrara e Massa), pubblicato con notificazione governatoriale 3 dicembre 1846⁴.

Non v'è dubbio che in tal maniera si volle tener conto sia della specificità delle tradizioni locali in materia, che avevano avuto consolidamento in una serie di atti normativi preunitari, sia dell'importanza primaria che nell'economia della zona apuana aveva (ed ha) la escavazione del marmo (come del resto venne esplicitato nella relazione illustrativa di un disegno di legge del 1921 i cui principi e criteri ebbero poi a confluire nella legge mineraria). Specificità riconosciuta subito dalla dottrina⁵, accentuata dal fatto che la legge mineraria ricomprende i marmi entro la categoria delle cave le quali, secondo la stessa legge mineraria e poi il codice civile (art. 826, co. 2), rientrano invece nella disponibilità del proprietario del suolo, di talché la concessione di cave è prevista solo a seguito dell'avocazione delle stesse al patrimonio pubblico per inattività ai sensi dell'art. 45 legge mineraria: di contro l'art. 64 di tale legge prefigurava una disciplina concessoria delle cave di marmo poste nei territori di Carrara e di Massa, in quanto di proprietà comunale (salvo talune eccezioni corrispondenti ai c.d. beni estimati) in applicazione del sistema della regalia sovrana, secondo il quale, come già ricordato, tutto ciò che è posto in sottosuolo appartiene al Sovrano al quale «era riservata la facoltà esclusiva di assegnarla in privato possesso, mediante la concessione, a coloro che prestino garanzia di saperla adeguatamente sfruttare»⁶.

Che vi fosse una specificità – anzi una estrema specificità – e con essa una serie di problematiche da risolvere e regolamentare è confermato dal fatto che, più o meno gli stessi anni che ci vollero per l'unificazione della disciplina mineraria, sono stati necessari per dare attuazione all'art. 64, e cioè per approvare il regolamento comunale che andava a sostituire l'antica normativa estense (tra l'altro ciò è avvenuto a Carrara mentre gli agri marmiferi di Massa ancora attendono un regolamento). Del resto la delicatezza e la complessità della materia sono dimostrate dal fatto che il Comune di Carrara, proprio al fine di dotarsi del divisato regolamento ebbe negli anni '50 ad istituire una autorevolissima Commissione composta da Emanuele Piga, presidente onorario della Corte di cassazione, e da due dei più illustri giuristi del secolo scorso, quali Filippo Vassalli e Massimo Severo Giannini.

⁴Una ricostruzione di tale disciplina in A. Landi, *La storia giuridica del marmo. Aspetti di diritto minerario negli stati di Massa e Carrara tra diritto comune e diritti particolari*, e S. Antoniazzi, *La normativa estense degli agri marmiferi di Massa e Carrara: questioni dibattute sulla natura pubblicistica della disciplina, degli atti di concessione, e sulla specialità del regime*, entrambi in F. Merusi e V. Giomi, *La disciplina degli Agri Marmiferi fra diritto e storia*, cit., rispettivamente pp. 11 ss. e 97 ss.; nonché la monografia di C. Piccioli, *Storia e dogmatica del sistema minerario estense. Carrara, 1751-1995*, II ed., Pisa, Borghetto, 2004.

⁵D. Simoncelli, *Il nuovo regolamento giuridico delle cave*, Roma, 1930, p. 5.

⁶V. sul punto il già ricordato saggio di Antoniazzi che ricorda la *Constitutio de regalibus* di Federico Barbarossa del 1158, nonché la Bolla d'oro di Carlo VIII del 1356, che sancivano i diritti di regalia su tutti i metalli e sul sale.

4. Le concessioni “di livello” di cui alla legislazione estense

Secondo la legislazione estense, salvo la ricordata eccezione dei c.d. beni stimati⁷, le cave sono di proprietà comunale. Esse venivano però assegnate ai privati attraverso un contratto di “livello”⁸ interpretato dalla giurisprudenza alla stregua di una concessione⁹ (e del resto la stessa normativa estense usava il termine concessione in livello o concessione livellare: v. Editto di Maria Teresa 21 dicembre 1771, n. 13; Istruzioni del Governatore al Comune di Carrara e Sovrano Chirografo del 30 agosto 1842; Notificazione governatoriale 14 luglio 1846 art. 2, n. 14). Concessione peraltro intrisa di non poche particolarità a partire dal carattere della perpetuità confermata dall’art. 2, n. 13, lett. d) della Notificazione governatoriale del 14 luglio 1846, nonché della sua trasmissibilità a chiunque, così per successione come per alienazione, tanto che si è ritenuto avesse molti elementi comuni con il rapporto di enfiteusi: fatto sta che la Cassazione ebbe a definirla «un’enfiteusi perpetua, sia pure con la particolare caratteristica dell’insussistenza, dell’obbligo del miglioramento e del diritto di affrancazione. Si tratta cioè di un vero diritto reale di godimento di natura privata, ancorché creato da un atto pubblicistico di concessione amministrativa»¹⁰. E del resto la Commissione Piga ebbe ad osservare che «il diritto del concessionario deriva da un rapporto bilaterale che si inquadra nello schema di un contratto (livello) riconosciuto e regolato nel diritto medioevale, in quello statutario e nel diritto intermedio, nell’ambito del diritto privato, contratto che presenta molti elementi comuni con il rapporto di enfiteusi, dal quale si differenzia soltanto in alcuni dettagli»: e dopo aver elencato poi tutta una serie di segni inconfondibili del carattere privatistico, ebbe a concludere nel senso che il livello di cava può pertanto inquadrarsi nello schema delle concessioni contratto, il che dimostra ulteriormente la innervatura privatistica del rapporto.

5. La trasformazione per effetto della legislazione regionale delle concessioni perpetue in concessioni temporanee e la validazione della stessa ad opera della Corte Costituzionale

La legislazione della Regione Toscana (l. 5 dicembre 1995, n. 104 intitolata “Disciplina degli agri marmiferi di proprietà dei Comuni di Massa e Carrara”) ha innovato profondamente la legislazione estense, di cui abbiamo rilevato la strutturazione im-

⁷ Trattasi di quelle cave che per varie ragioni (immemorabile, autorizzazione alla vendita da parte del principe, ecc.) sono state acquisite nel tempo alla piena proprietà dei privati: v. sul punto C. cost., 24 ottobre 2016, n. 228 su cui v. la nota di M. Esposito, *Pubblico e privato nella disciplina giuridica delle cave*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2016, p. 1821 ss.; v. altresì V. Giomi, *Una vicenda toscana dalla eco nazionale: i beni stimati della zona apuana sono pubblici o privati? Davanti alla Corte costituzionale finiscono la regione e il governo*, in www.ilmerito.org, 2016.

⁸ Come ha osservato P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 107, il livello era strutturato “non come contratto specifico con contenuto specifico bensì come forma contrattuale disponibile a ricevere quei vari e multiformi contenuti che i vari usi locali vi potessero riversare”.

⁹ V. ad es. Cass., Sez. Un., 8 luglio 1972 n. 2291 in *Foro italiano*, 1972, I, p. 2797; Cass., Sez. Un., 14 ottobre 1967, n. 2462, *ivi*, 1967, I, p. 2283.

¹⁰ V. Cass., I, 24 maggio 1954, n. 1679; Cass., Sez. Un., 14 ottobre 1967, n. 2462, *cit*.

prontata a schemi privatistici, onde adeguarla alla disciplina delle cave disegnata dalla legge mineraria del 1927 che ha invece, proprio sulla scorta dei principi ranelletiani, un'impronta schiettamente pubblicistica.

Così, tra le innovazioni principali introdotte dalla l. reg. n. 104/1995 v'è appunto la soppressione della perpetuità del rapporto di livello e dunque una modifica radicale del rapporto contrattuale sotteso alla "concessione di livello". La Corte costituzionale con la sentenza 20 novembre 1995, n. 488 ha giustificato tale stravolgimento dello *status* dei livellari sulla base di «esigenze di pubblico interesse o di ordine pubblico, emergenti nel caso in discussione dalla denunciata degenerazione della perpetuità originariamente apprezzata dal legislatore estense come incentivo dell'iniziativa privata ai fini dello sfruttamento razionale dei giacimenti marmiferi in una causa di inoperosità dei concessionari e di correlativo incremento delle subconcessioni abusive; tenuto conto anche del fatto che in molti casi di subconcessione non autorizzata l'azione del Comune per far pronunciare la decadenza del concessionario è ormai prescritta, essendo in sostanza un'azione di impugnativa negoziale». Per il vero l'argomento della situazione di diffusa abusività e/o di inoperosità non si prestava ad essere generalizzato, sicché, se era questa la ragione della trasformazione in rapporto temporaneo, andava fatta una distinzione tra chi aveva fatto un uso non corretto del livello e chi no, e di conseguenza nei confronti dei primi andavano applicate le regole privatistiche in punto di inadempimento (o di decadenza a seguire la terminologia invalsa con riguardo alle concessioni-contratto¹¹ e impiegata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza in questione). D'altra parte, la stessa sentenza della Corte costituzionale laddove rileva che la misura della temporaneità è sostitutiva di una azione di impugnativa negoziale, in quanto quest'ultima ormai prescritta, di fatto riconosce che si tratta di una misura di decadenza: la quale però richiedeva l'accertamento della colpevolezza e non a caso l'art. 53 l. mineraria, relativo alle concessioni minerarie perpetue, le manteneva in essere «quando per esse non siasi incorsi in motivo di decadenza».

Ed invero davanti alla Corte Costituzionale era stato altresì sostenuto che la perpetuità doveva essere garantita in virtù dell'appena ricordato art. 53 l. mineraria secondo cui le concessioni di miniere «date senza limiti di tempo sono mantenute come concessioni perpetue». Questa tesi è stata respinta dalla Corte sulla base della mera constatazione che non si tratta di miniere bensì di cave. Distinzione che tuttavia non risulta essere in linea con il principio di ragionevolezza tanto più a fronte di cave che, così come le miniere, rientrano nel patrimonio indisponibile. Conseguentemente nel sistema della legge mineraria non vi era ragione di operare un richiamo alla norma sulla perpetuità delle concessioni minerarie con riguardo alla disciplina delle cave, atteso il fatto che queste ultime sono di proprietà privata (o divengono pubbliche a seguito di inattività per effetto appunto della legislazione introdotta nel 1927), per cui il tema della perpetuità non si poneva in radice. Sicché il mancato richiamo all'art. 53 lo si spiega per il differente regime di fondo tra cave e miniere, differenza che con riguardo alle cave di marmo di proprietà pubblica poste nel comprensorio apuano invece si annulla: di qui la tesi della illegittimità costituzionale attesa la distonia con il *tertium comparationis*. Peraltro – come rilevato – tutto questo ordine di considerazioni non trovò adesione presso

¹¹ V. sul punto quanto osserva M. D'Alberti, *Le concessioni*, cit., p. 230.

la Corte costituzionale, la quale ebbe di contro ad affermare che l'argomento storico e la *ratio* dell'art. 53, introdotto per le concessioni perpetue di miniere nelle regioni in cui vigevano la legge sarda del 1859 e la legge lucchese del 1847, ne escluderebbe l'applicabilità per analogia: in realtà proprio il fatto che la legge tutelava le concessioni perpetue oggetto di discipline speciali imponeva una *eadem ratio* con riguardo ad una disciplina parimenti speciale che garantiva la perpetuità delle concessioni (si intende una perpetuità relativa, perché non poteva andare oltre l'esaurimento della cava).

Restava comunque il problema dell'indennizzabilità della commutazione *ope legis* di un rapporto da perpetuo a temporaneo. Questo perché in assenza di una specifica constatazione di *status* di abusività, tale commutazione si traduce in una revoca del carattere perpetuo del livello, e dunque in una misura pubblicistica che va a caducare un rapporto in essere, con la conseguenza dell'obbligo di indennizzo secondo quei criteri indicati a suo tempo proprio da D'Alberti¹² con riguardo alle ipotesi di revoca legittima, criteri che poi hanno trovato conferma nella disciplina dell'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990 introdotto all'art. 14 della l. 11 febbraio 2005, n. 15.

All'epoca la Corte ritenne invece che la nuova disciplina non desse luogo ad un indennizzo in quanto «l'assoggettamento alla regola della temporaneità anche dei rapporti pendenti non comporta revoca, ma rinnovo della concessione in favore del medesimo concessionario, secondo la disciplina stabilita dal regolamento». In altre parole secondo la Corte la questione non sarebbe stata attuale perché la concessione avrebbe potuto essere rinnovata.

Ma a prescindere dal fatto che sarebbe stato comunque un rinnovo di concessione pur sempre temporanea, sicché la perpetuità è venuta meno, sta il fatto – sottolineato dalla dottrina¹³ – che la Corte non ebbe a tener conto del fatto che il rinnovo è subordinato dal regolamento del Comune di Carrara ad una serie di condizioni soggette a verifica da parte dell'amministrazione, e dunque è tutt'altro che sicuro. Quanto al fatto che la revoca fosse disposta per legge e non per provvedimento amministrativo ciò non modifica i termini giuridici della questione: in entrambi i casi si ha un atto autoritativo che si sovrappone sul rapporto negoziale, sicché l'unica differenza sta negli strumenti di tutela.

6. Sulla rivedibilità della tesi della Corte Costituzionale alla luce e della CEDU e della dottrina di D'Alberti

La interpretazione data dalla Corte costituzionale, invero subito seguita dal giudice amministrativo¹⁴, richiede però una ravisitazione anche alla luce di un profilo di cui all'epoca non si era potuto tener conto, atteso che non era ancora intervenuto il nuovo art. 117 Cost., né il conseguente indirizzo giurisprudenziale¹⁵ per cui i principi affer-

¹² *Le concessioni*, cit., p. 211.

¹³ A. Andronio, *La questione degli agri marmiferi dei Comuni di Massa e Carrara: rapporti fra "legge estense", legge mineraria, legge regionale e regolamenti comunali*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1996, 5, p. 870 ss.

¹⁴ V. ad es. Tar Toscana, I, 20 dicembre 1999, n. 1111.

¹⁵ Cfr. in particolare C. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349; C. cost., 26 novembre 2009, n. 311; 11 novembre 2011, n. 303.

mati in sede di Cedu (Convenzione europea dei diritti dell'uomo) costituiscono norme interposte attraverso cui valutare la costituzionalità della normativa interna. Come noto l'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 della Cedu testualmente dispone: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale». Ed è del pari altrettanto noto che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la nozione di proprietà ha assunto portata e significato autonomi rispetto agli ordinamenti giuridici dei singoli Stati contraenti, con la conseguenza che è irrilevante che il richiedente sia o meno titolare di un diritto di proprietà secondo l'ordinamento interno; ai fini dell'invocazione della tutela è infatti sufficiente che il soggetto richiedente sia titolare di un qualsiasi diritto, ovvero anche di un mero interesse, purché avente valenza patrimoniale, in quanto la convenzione tutela il "bene". Il criterio utilizzato per delimitare il campo di applicazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale è pertanto quello del "valore patrimoniale", senza che assuma rilevanza la qualificazione secondo il diritto nazionale della pretesa patrimoniale in termini di proprietà, diritto reale, diritto di credito o mero interesse patrimoniale giuridicamente rilevante. Difatti la nozione di "beni" evocata nella prima parte dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 ha una portata autonoma che non si limita alla proprietà di beni materiali ed è indipendente dalle qualificazioni formali del diritto interno: nel senso che diritti e interessi che costituiscono degli attivi possono essere considerati "diritti patrimoniali" e dunque "beni" ai fini di questa disposizione¹⁶.

Pertanto, in assenza di una espressa definizione in seno all'art. 1 Protocollo n. 1, dei limiti di applicazione della tutela ivi prevista, ma in conformità con l'interpretazione autonoma del concetto di "bene" nell'ambito del quale viene incluso tutto ciò che abbia un valore economicamente valutabile, la Corte di Strasburgo ha nel tempo sempre più esteso il campo di applicazione della disposizione, ricomprendendovi non solo la proprietà di beni mobili ed immobili ed i diritti reali, ma anche, tra gli altri, il diritto allo sfruttamento di una concessione amministrativa ed è sicuramente una forma di espropriazione di fatto sostanziale, tutelata pertanto dalla CEDU, la "retrocessione" di una concessione da perpetua a temporanea. Un precedente significativo è dato dalla già citata sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Valle Pierimpì Società Agricola c. Italia*. Anche lì si trattava di tener conto di testi complessi, alcuni dei quali molto antichi e adottati nel quadro di un sistema giuridico diverso da quello dell'Italia contemporanea, quali gli atti del Senato della Repubblica di Venezia e il regolamento di polizia lagunare del 1841, e di armonizzarli tra loro alla luce delle vigenti disposizioni che definiscono la nozione di demanio marittimo. Nella specie si discuteva infatti se determinati soggetti, i quali utilizzavano da tempo immemorabile una valle da pesca nella laguna veneta, valle che poi la Cassazione ha ritenuto far parte del demanio marittimo, avessero diritto ad un indennizzo proprio basato sulla aspettativa legittima nella

¹⁶ V. C. EDU, 23 settembre 2014, n. 370, *Valle Pierimpì Società Agricola c. Italia*. Va peraltro aggiunto che da tempo sulla base dell'art. 42, co. 3, Cost. la dottrina più avvertita aveva messo in luce come tale disposizione costituzionale sia posta a presidio di tutti gli interessi patrimoniali facenti capo ai soggetti privati: F. D'Alessandro, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1984, 1, p. 53 ss.

prassi esistente da lunga data, in quanto risalente al XV secolo, che consisteva nel riconoscere ai privati un possesso e un utilizzo continui della valle stessa. La risposta della Corte europea è stata positiva, appunto ravvisando in ciò una situazione soggettiva che, seppur non qualificabile come diritto di proprietà, tuttavia si traduceva in una “aspettativa legittima” di ottenere il godimento effettivo di una situazione tutelata ai sensi della Cedu. Non v’è chi non veda come si tratti di una situazione per molti versi analoga a quella dei livellari perpetui il cui diritto, tra l’altro, non nasceva da una semplice prassi ma dalla legislazione estense.

Naturalmente va fatta un’analisi caso per caso, onde accertare se vi è stato un rinnovo oppure no, fattore questo che peraltro rileva ai fini del *quantum*, e soprattutto per stabilire se vi è stato un uso del livello non in linea con i dettami della normativa estense e della stessa concessione di livello: in tale evenienza la legge, in concreto, non si configurerebbe come revoca, ma come misura di decadenza o “revoca-sanzione”. O meglio, secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza ricordata da Marco D’Alberti, decadenza per inadempimento.

Nel caso invece che il riscontro dia un esito negativo, “il rispetto del bene”, ovvero del livello perpetuo, comporta l’obbligo di indennizzo poiché la trasformazione forzata del rapporto da perpetuo a temporaneo non può essere assimilato ad una revoca (*in parte qua*) per motivi di pubblico interesse.

In conclusione ... le leggi estensi vivono ancora e sono tutelate (o meglio i loro effetti sono tutelati) da una convenzione internazionale! Ma questa conclusione è ulteriormente avvalorata dalla lettura privatistica del rapporto concessorio, e come tale tutelato alla stregua delle regole in materia di obbligazioni.

In altri termini, l’obbligo di indennizzo della revoca per via legislativa delle concessioni marmifere nel comprensorio apuano deriva sia dall’art. 1 del Protocollo Addizionale alla CEDU, sia, e forse ancor di più, dai principi individuati e precisati da Marco D’Alberti circa la natura contrattuale del rapporto concessorio e come tale fonte di diritti soggettivi perfetti, e nello stesso tempo, se pur revocabile, sempre assistito dalla garanzia dell’indennizzo.

Le concessioni autostradali: spunti a partire dai contributi di Marco D'Alberti

Mauro Renna

Sommario: 1. Introduzione: gli spunti metodologici offerti dal percorso di ricerca di Marco D'Alberti. – 2. Le concessioni autostradali: il quadro di riferimento. – 3. I tratti caratterizzanti il bene-autostrada, come punto di partenza per un tentativo di ricostruzione della fattispecie concessoria inerente il bene medesimo. – 4. Spunti ricostruttivi. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione: gli spunti metodologici offerti dal percorso di ricerca di Marco D'Alberti

La produzione scientifica di Marco D'Alberti ha indagato temi molto diversi e si è confrontata con stagioni contrassegnate da concezioni eterogenee riguardo tanto alla dialettica pubblico-privato quanto ai rapporti tra politica e dinamiche economiche. Rispetto a entrambi i profili si registra, nella disciplina dedicata al tema delle concessioni autostradali, un fortissimo dinamismo, che si traduce nel continuo riposizionamento delle scelte legislative, la cui instabilità nel tempo si è tradotta in una poco chiara gestione dei rapporti di forza tra enti concedenti e concessionari e, di riflesso, in una situazione di cronica non conoscenza (e dunque non controllabilità) della qualità delle prestazioni in concreto eseguite dai gestori in favore dei fruitori dell'infrastruttura in questione.

L'opera di Marco D'Alberti in materia di concessioni è stata ampia e ha condotto, con molti decenni di anticipo rispetto alle sopraggiunte consapevolezze legislative e dottrinali, a un lucido inquadramento del fenomeno in chiave binaria. La fattispecie concessoria è stata inquadrata come fattispecie a doppio livello¹: il primo, di natura pubblicistica, compendiato nel provvedimento concessorio (preceduto da un procedimento amministrativo) e il secondo, di natura convenzionale, nel quale le posizioni della parte pubblica e del concessionario privato si collocano in un terreno di pariteticità, pur contrassegnato – anche per le concessioni autostradali – da non trascurabili tratti di peculiarità rispetto alla nozione civilistica di contratto².

¹ Cfr. *infra* note 6 e 7.

² Cfr., *ex multis*, M. Ramajoli, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporto concessorio*, in G. Pericu, A. Romano e V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, Giuf-

Il prezioso contributo di Marco D'Alberti si è, tuttavia, manifestato, prima ancora che nella ricostruzione della fattispecie concessoria, nella messa a fuoco di profili inerenti il metodo della ricerca, sempre rigoroso e, al contempo, originalissimo.

Non è un mistero che le concessioni amministrative abbiano rappresentato, per la teoria generale del diritto pubblico, una sorta di palestra in cui "mettere alla prova" l'attitudine delle categorie a spiegare i fenomeni che il diritto positivo e la sua applicazione pratica sottoponevano, e tuttora sottopongono, all'approfondimento degli studiosi.

In quest'ottica l'attenzione si è principalmente appuntata su due temi: quello del carattere costitutivo o traslativo della concessione³ e quello della genesi degli effetti giuridici di tale provvedimento.

In questo secondo filone gli studi sono stati particolarmente numerosi e si sono essenzialmente polarizzati attorno a due tesi principali: quella della genesi unilaterale e attizia degli effetti propri delle concessioni⁴ e quella che, invece, individua nel momento convenzionale, e nella annessa ripartizione di diritti e obblighi tra le parti del rapporto concessorio, la fonte delle prerogative di uso esclusivo del bene di cui il concessionario è titolare.

È questa seconda prospettiva a incontrare il favore di Marco D'Alberti⁵. Il grande tratto innovativo impresso dalle ricerche di quest'ultimo nel dibattito in tema di concessioni è il percorso metodologico attraverso il quale vengono raggiunte le conclusioni "pro-negoziali". La ricerca di Marco D'Alberti assume, infatti, un dichiarato e mai rinnegato metodo induttivo. Alla astratta ricerca di modelli ricostruttivi eleganti e coerenti egli ha sempre preferito una disincantata analisi del dato di realtà, con ciò intendendo non solo l'attenzione alla legislazione di settore e alla giurisprudenza⁶, ma anche e soprattutto lo studio della concreta prassi amministrativa⁷, e dunque degli atti at-

frè, 1995, p. 361; E. Bruti Liberati, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio e i poteri unilaterali dell'amministrazione. La decadenza e la revoca della concessione*, ivi, p. 151.

³ Sul punto si rinvia, tra gli altri, a R. Cavallo Perin, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di pubblico servizio*, in *Diritto amministrativo*, 1994, 1, p. 117. In termini critici rispetto a tale distinzione: B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1993, p. 98.

⁴ Cfr. F. Cammeo, *I monopoli comunali*, Bologna, Tipografia Garagnani, 1896, p. 69; O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Torino, Utet, 1894, p. 91; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 236. Per la prospettiva delle concessioni come convenzioni pubblicistiche, in quanto tali non pienamente ascrivibili all'ambito della contrattualità: G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 215 e 260; in particolare l'Autore ritiene che l'atto di adesione delle amministrazioni alle convenzioni concessorie sia un autentico provvedimento amministrativo, soggetto al relativo regime sostanziale e processuale. Di analogo avviso anche F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, 4, p. 1482.

⁵ Cfr. *infra* nota successiva. Dello stesso avviso anche: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 429; D. Sorace, C. Marzuoli, voce *Concessioni amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1989, p. 287.

⁶ M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, p. 187, in cui l'Autore riconosce che «è fatto incontestabile che fu il giudice ordinario, inventando la nuova figura, ad aprire la via verso nuovi equilibri, che mai avrebbero potuto essere praticati con l'uso delle costruzioni e delle regole dottrinali».

⁷ M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 91. Questo stesso approccio è fatto proprio, sempre dal medesimo Autore, in *Concessioni e concorrenza*, a cura di M. D'Alberti, Roma, AGCM, 1998.

traverso i quali i rapporti concessori venivano intrapresi e gestiti.

Questo approccio induttivo, che ha consentito di evitare le secche del dogmatismo in favore di una indagine contraddistinta da un'efficace sintesi tra rigore metodologico e "autenticità" della ricostruzione offerta, verrà in questa sede sfruttato per l'analisi dello specifico tema delle concessioni autostradali, nel tentativo di offrire un quadro idoneo a catturare le specificità della fattispecie e, al contempo, a collocare quest'ultima nel più ampio panorama teorico del fenomeno concessorio.

2. Le concessioni autostradali: il quadro di riferimento

Il metodo induttivo che contraddistingue l'esperienza scientifica di Marco D'Alberti risulta particolarmente prezioso in tema di concessioni autostradali. La materia in questione, infatti, risente in modo decisivo della disciplina dettata in sede europea e dell'approccio interpretativo fornito dalla Corte di giustizia, molto distanti da un approccio dogmatico che renderebbe impraticabile ogni obiettivo di armonizzazione tra le varie legislazioni nazionali.

Come noto, il legislatore europeo vede nelle concessioni di lavori e servizi degli autentici contratti, il cui unico tratto caratterizzante rispetto alla realtà degli appalti pubblici consiste nella allocazione del rischio di gestione in capo al concessionario. Si tratta di una definizione lineare, fondata su un dato di matrice economica, che dovrebbe fungere da spartiacque tra fattispecie assoggettate a discipline ben diverse, soprattutto in tema di selezione dell'affidatario del lavoro o del servizio. In realtà, il *discrimen* rappresentato dal rischio di gestione si è rivelato tutt'altro che un granitico spartiacque tra appalti e concessioni, come dimostra il copioso contenzioso sul punto registratosi negli ultimi decenni. Ma soprattutto, per quanto in questa sede rileva, il tema della distinzione tra appalti e concessioni⁸ non ha rappresentato l'unico profilo bisognoso di

⁸ Originariamente il *discrimen* era fissato in modo diverso: v. U. Pototschnig, *Concessione ed appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, p. 394, il quale considerava la concessione dominata dal provvedimento amministrativo, a differenza dell'appalto, cui riconosceva natura pienamente contrattuale. Il criterio distintivo oggi è differente e si impenna intorno al concetto di rischio di gestione. L'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016 reca, infatti, le seguenti definizioni: «uu) «concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale uno o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere; vv) «concessione di servizi», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale uno o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi». Sulla nozione di rischio di gestione si veda, in dottrina, *ex multis*: G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, 2, p. 599; F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Diritto amministrativo*, 2015, 4, p. 743. Sul carattere trilaterale della concessione di servizi cfr., in particolare, R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 79.

accurati approfondimenti da coltivare con gli strumenti della teoria generale. In altre parole, anche per le concessioni di cui sia stata accertata la “genuinità”, rispetto alla contigua fattispecie dell'appalto, residuano importanti problemi di inquadramento, che inevitabilmente si riflettono in una serie di difficoltà nella individuazione della disciplina applicabile.

Per ragioni di sintesi e di coerenza con l'oggetto del presente contributo in questa sede non verrà, quindi, indagato il tema (pur attualissimo e, non a caso, ampiamente scandagliato) della delimitazione dei confini tra appalti e concessioni, preferendosi indirizzare l'attenzione sulle specificità intrinseche del fenomeno concessorio, con particolare riferimento alle concessioni autostradali.

Rispetto a queste ultime l'applicazione del metodo induttivo declinato secondo l'insegnamento di Marco D'Alberti, che orienta la ricerca partendo dallo studio delle fattispecie concrete offerte dalla prassi, si deve confrontare con alcune importanti, e per certi versi sorprendenti, specificità del settore.

Tra queste ve ne sono almeno due che meritano di essere segnalate.

La prima concerne il tema della (in)conoscibilità del contenuto delle convenzioni. Fino al recente passato, e precisamente fino al febbraio del 2018, le convenzioni e i relativi allegati recanti la regolamentazione dei rapporti con i concessionari autostradali non erano stati pubblicati dal Ministero delle infrastrutture. La pubblicazione è poi avvenuta in due momenti distinti. Dapprima, a essere pubblicate dal Ministero delle infrastrutture sono state soltanto le convenzioni, senza il corredo dei relativi allegati, recanti i contenuti in grado di riferire sul concreto assetto delle obbligazioni delle parti e dunque sull'equilibrio economico caratterizzante il sinallagma di ciascun rapporto. Tale pubblicazione, peraltro, è avvenuta solo a seguito dell'acquisizione del consenso da parte delle società concessionarie, che hanno puntualizzato il carattere (asseritamente) volontario di tale *disclosure*. Quanto agli allegati alle convenzioni, sia i concessionari che lo stesso Ministero hanno, per alcuni mesi successivi al febbraio del 2018, continuato a ritenere l'inapplicabilità degli obblighi di trasparenza sanciti dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

È stata poi innanzitutto l'Anac ad aver sollecitato il cambio di rotta, chiedendo al Ministero di esplicitare, con riferimento agli allegati alle convenzioni, le presunte «motivazioni giuridiche che ne impediscono la pubblicazione, oltre agli elementi comprovanti la tutela di un interesse superiore»⁹.

Nel volgere di pochi mesi, la sollecitazione dell'Anac è stata infine in qualche modo sopravanzata dal grande impatto mediatico ed emotivo che, sull'opinione pubblica, ha prodotto il crollo del ponte Morandi di Genova, a seguito del quale si è provveduto a una adeguata *disclosure*¹⁰. Ad essere ora conoscibili, quindi, sono, oltre ai testi delle convenzioni, anche i piani economici finanziari, i cronoprogrammi degli investimenti, le caratteristiche specifiche delle opere da realizzare, le penali e le sanzioni previste per l'inadempimento dei concessionari.

Non è certo questa la sede per indagare le ragioni *lato sensu* politiche della scarsa

⁹ Nota 2 marzo 2018, n. 19723.

¹⁰ Cfr. Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, Deliberazione 18 dicembre 2019, n. 18/2019/G.

trasparenza che ha tradizionalmente contraddistinto il settore in esame. Decisamente più appropriata risulta, invece, la riflessione sugli spunti giuridici che sono stati rispettivamente sfruttati per giustificare dapprima la mancata accessibilità e poi il superamento di tale preclusione. Quanto ai primi essi vanno ricercati nella disciplina dedicata all'accesso civico, la quale – come noto – controbilancia la legittimazione generalizzata all'accesso mediante la previsione, dettata dall'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 33/2013, di limiti oggettivi dalla formulazione estremamente ampia, e dunque suscettibile di discutibili applicazioni estensive. Tra questi viene in rilievo quello relativo alle ipotesi in cui la conoscenza del documento possa recare un pregiudizio concreto all'interesse alla «politica e (al)la stabilità finanziaria ed economica dello Stato». Si tratta, evidentemente, di una causa di esclusione dalla latitudine interpretativa estremamente estesa, che non a caso è stata invocata anche per sottrarre a un regime di conoscibilità diffusa un altro fenomeno di scottante attualità: quello degli investimenti pubblici in derivati, rivelatisi poi negli anni tendenzialmente tossici per la finanza pubblica. Senza entrare ulteriormente nel merito delle valutazioni sui risultati effettivi del Foia “declinato all'italiana”, appare tuttavia evidente come, anche in materia di concessioni autostradali, si debba sfatare il mito dell'accesso civico come strumento idoneo a garantire un controllo diffuso in grado di investire sostanzialmente per intero l'azione delle pubbliche amministrazioni. Il che non sarebbe di per sé grave, se non fosse che ad essere oggetto delle persistenti zone d'ombra sono proprio quei documenti su cui la trasparenza dovrebbe, invece, trovare massima esplicazione, stante il forte impatto che le scelte pubbliche compendiate nei documenti in questione sono in grado di determinare sulla sicurezza, e dunque sulla vita, dei consociati.

Nel caso delle concessioni autostradali, come si è anticipato, la *disclosure* è sì avvenuta, ma essa è stata non solo “incalzata” dall'indignazione dell'opinione pubblica conseguente a un evento eccezionale e tragico, ma anche dovuta al sopraggiunto consenso dei concessionari (per quanto concerne la pubblicazione dei testi delle convenzioni). In altre parole, la conoscibilità delle concessioni autostradali risulta frutto di una sorta di generosa elargizione da parte di questi ultimi, in contrasto con l'idea di trasparenza che, almeno in linea teorica, dovrebbe essersi affermata nel nostro ordinamento a partire dal 2013.

La seconda specificità del settore che, come sopra anticipato, rende particolarmente complesso il ricorso a un metodo induttivo per lo studio delle concessioni autostradali concerne lo strumento giuridico sfruttato per l'attribuzione delle prerogative concessorie. I rapporti concessori in essere sono, infatti, in origine frutto di affidamenti diretti disposti non mediante provvedimenti amministrativi bensì per legge.

I piani di lettura di questo dato sono molteplici.

Vi è quello imperniato sul tema della distinzione tra poteri. In quest'ottica occorre riscontrare come la giurisprudenza costituzionale non riconosca alcuna cittadinanza a un ipotetico principio di riserva di amministrazione, come dimostrano le innumerevoli pronunce sulla legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento¹¹. Si tratta di una posizione discutibile sul piano della teoria generale, ma in punto di fatto assolutamente netta.

¹¹ *Ex multis*, C. cost., 20 novembre 2013, n. 275; 21 marzo 1989, n. 143.

Sul fronte degli effetti di questa “vischiosità” tra amministrazione e legislazione è poi innegabile come la scelta di usare lo strumento legislativo per adottare una decisione amministrativa non sia priva di precise conseguenze, che rappresentano, a ben vedere, proprio gli obiettivi perseguiti attraverso lo strumento delle leggi provvedimento.

Per comprendere quali siano, nel settore in analisi, tali conseguenze può essere utile segnalare alcune interessanti tappe che hanno condotto al peculiare assetto odierno, il quale si contraddistingue per la presenza di venticinque rapporti concessori aventi origine da fonti legislative, cui accedono le convenzioni pubblicate dal 2018. Le concessioni attualmente in essere sono state per lo più affidate nella seconda metà del decennio 2000-2010 e hanno una durata pluridecennale.

Negli ultimi anni, tuttavia, i tentativi di intervenire sui rapporti in questione, soprattutto al fine di rendere più “controllabile e sanzionabile” la condotta negoziale del concessionario, sono stati innumerevoli. Tra questi merita di essere segnalato il d.l. 3 ottobre 2006, n. 262¹², mediante il quale si è tentato di ricondurre a unità il frastagliato panorama degli affidamenti in corso, introducendo un regime uniformante, secondo cui le imprese concessionarie, al momento del primo aggiornamento del piano finanziario, sarebbero state obbligate (pena altrimenti l'estinzione automatica del rapporto concessorio e il subentro di Anas nelle posizioni attive e passive del concessionario) a stipulare una nuova convenzione “standard”, particolarmente rigorosa in tema di allocazione dei rischi, vigilanza sulla corretta gestione del bene autostradale e annesse sanzioni, e recante l'obbligo, per il concessionario, di affidare lavori, servizi e forniture nel rispetto del codice dei contratti pubblici all'epoca in vigore.

La riforma perseguiva obiettivi di palese interesse pubblico, ma ad essa non si può non ascrivere un evidente tratto utopistico. Al di là della prevedibile e accesa opposizione dei concessionari, il vero ostacolo alla sua attuazione è stato il principio del *pacta sunt servanda*, dal cui spettro di applicazione non possono essere arbitrariamente sottratte le fattispecie negoziali il cui oggetto consista nella gestione di un bene pubblico. L'imposizione ai concessionari di una nuova convenzione (unilateralmente predisposta dal legislatore nazionale) è stata, infatti, censurata in sede europea: su questo aspetto (ma non solo) la Commissione ha aperto una procedura di infrazione, ravvisando – nella imposizione unilaterale di modifiche essenziali al contenuto delle pattuizioni precedentemente intercorse tra ente concedente e imprese concessionarie – gli estremi della violazione della libertà di circolazione dei capitali nel mercato unico¹³.

L'idea della convenzione unica, da stipulare a pena di decadenza, è stata dunque superata nel 2008¹⁴, lasciando invariato lo scenario eterogeneo di cui si è riferito. Ad oggi, pertanto, i rapporti concessori in questione hanno contenuti diversi tra loro e sono originati da atti di affidamento posti in essere per legge.

¹² Si veda in particolare l'art. 2, co. 82-89.

¹³ Procedura C (2006) 2006/2419. Sul tema della necessità di assicurare, mediante una attenta predisposizione delle clausole convenzionali, la possibilità di modifica di alcuni elementi del rapporto in corso di esecuzione dello stesso, cfr. L. Saltari, *Un quadro d'insieme e spunti per il rilancio del settore in Italia*, in L. Saltari e A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 321.

¹⁴ Cfr. l'art. 8 *duodecies* del d.l. 8 aprile 2008, n. 59, conv. in l. 6 giugno 2008, n. 101, con cui sono stati altresì approvati tutti gli schemi di convenzione fino a quel momento sottoscritti da Anas. Successivamente, con l. 23 dicembre 2009, n. 191 e d.l. 31 maggio 2010, n. 78 sono stati approvati ulteriori testi convenzionali.

L'affidamento per legge risponde a un intento facilmente riconoscibile: quello di sottrarre i contenuti delle convenzioni alla dialettica dei rapporti tra contraenti, nell'ambito dei quali le modifiche in corso di esecuzione sono possibili anche in ambito pubblicistico – sia pure con significative limitazioni – come testimoniano gli artt. 106 e 175 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. L'approvazione per legge delle concessioni, di contro, determina una sorta di sclerosi della “materia prima” contrattuale, il cui impatto, anche sul fronte delle prestazioni offerte all'utenza, risulta amplificato dalla notevole estensione temporale dei rapporti concessori¹⁵.

Questo effetto investe anche il delicato tema della quantificazione delle tariffe: l'approvazione per legge delle convenzioni ha, infatti, reso impossibile applicare le regole tariffarie introdotte dal Cipe in epoca successiva alla stipula¹⁶. Lo spartiacque più significativo, in proposito, è stato il 2007: per le convenzioni stipulate in epoca anteriore a tale anno non ha potuto (fino al recente passato; cfr. *infra*) trovare applicazione il metodo del *price cap* previsto dalla del. Cipe n. 39/2007. Ciò in concreto ha significato che per le convenzioni ante-2007 le tariffe sono state calcolate secondo metodi che rendevano gli importi delle stesse indipendenti dai costi sostenuti dai concessionari, garantendo a questi ultimi profitti maggiori e, al contempo, disincentivando gli investimenti volti a efficientare l'infrastruttura autostradale. Solo recentemente, e – ancora una volta – sull'onda emotiva sviluppatasi dopo la tragedia del ponte di Genova, l'ordinamento ha intrapreso una strada diversa, ma non priva di insidie. L'elemento di novità è rappresentato dalla previsione per cui l'Autorità dei trasporti, istituita nel 2011 e incaricata anche della regolazione tariffaria, possa determinare gli schemi tariffari applicabili non solo alle nuove concessioni¹⁷ (ossia a quelle successive all'istituzione dell'Autorità) ma anche a quelle precedenti¹⁸.

¹⁵ Cfr. l'art. 35 del c.d. Milleproroghe 2019 (d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con l. 28 febbraio 2020, n. 8, recante: “Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica”), che introduce significative modifiche al regime delle concessioni, rendendo più agevole la revoca per “grave inadempimento” e intervenendo anche sul fronte delle penali. Il predetto art. 35 dispone, infatti, che «qualora l'estinzione della concessione derivi da inadempimento del concessionario si applica l'articolo 176, comma 4, lettera a) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, anche in sostituzione delle eventuali clausole convenzionali, sostanziali e procedurali, difformi, anche se approvate per legge, da intendersi come nulle ai sensi dell'articolo 1419, secondo comma, del codice civile, senza che possa operare, per effetto della presente disposizione, alcuna risoluzione di diritto. L'efficacia del provvedimento di revoca, decadenza o risoluzione della concessione non è ((sottoposta)) alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione concedente delle somme previste dal citato articolo 176, comma 4, lettera a)».

¹⁶ Nota n. 8644 del 23 settembre 2019 del Dipartimento del Tesoro.

¹⁷ Cfr. l'art. 37, co. 2, lett. g), del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, che nella versione originaria prevedeva che l'Autorità provvedesse: «g) con particolare riferimento al settore autostradale, a stabilire per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del *price cap*, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione; a definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione; a definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni; a definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto».

¹⁸ Cfr. l'art. 16, comma 1, lett. a), del c.d. decreto Genova (d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito, con modificazioni, dalla l. 16 novembre 2018, n. 130), che – intervenendo sull'originario testo dell'art. 37

Lo scenario che si è determinato è il seguente: allo scadere dei periodi regolatori quinquennali delle singole concessioni l'Autorità, con specifiche delibere, ha imposto l'applicazione del metodo di tariffazione basato sul *price cap*, modificando dunque l'originario equilibrio dei rapporti concessori, sebbene approvati per legge. Ne è scaturito un contenzioso, ovviamente attivato dai concessionari, imperniato ancora una volta attorno alla asserita violazione del principio del *pacta sunt servanda*, valorizzato nella procedura di infrazione a suo tempo intrapresa dalla Commissione contro l'Italia riguardo alla riforma sulla "convenzione unica"¹⁹. Le pronunce sul punto²⁰ hanno offerto un quadro molto interessante in tema di bilanciamento tra le esigenze di certezza dei rapporti giuridici e quelle di tutela dell'interesse alla efficiente gestione delle risorse pubbliche. A prevalere è stata la linea interpretativa, mutuata anche dalla giurisprudenza costituzionale, secondo la quale il principio di tutela dell'affidamento non possa determinare l'immodificabilità assoluta né delle decisioni assunte in via provvedimentale né dei contenuti negoziali oggetto di preventive pattuizioni. Le modifiche unilaterali disposte per legge (e destinate, peraltro, a incidere su convenzioni approvate con legge) sono, secondo l'univoca giurisprudenza amministrativa (che non solleva la relativa questione di costituzionalità puntualmente formulata dai ricorrenti), da considerarsi costituzionalmente legittime ove superino un test di ragionevolezza e proporzionalità, che non può in concreto prescindere da un apprezzamento sui fini perseguiti attraverso le iniziative di modifica. Si tratta di affermazioni intrise di un indubbio pragmatismo, come si riscontra ogni qualvolta la linea ermeneutica prescelta dal giudice amministrativo sia di stampo decisamente principialista. Al contempo, però, la tesi dello *ius variandi* pubblico assoggettato solo ai supremi e generalissimi principi di ragionevolezza e proporzionalità proietta più di un'ombra sulla matrice autenticamente negoziale delle convenzioni su cui le iniziative modificative di stampo unilaterale sono destinate a esprimersi.

Tuttavia, il quadro appena descritto non deve nemmeno condurre ad affrettate e superficiali conclusioni sul piano della teoria generale. Non si possono sottovalutare le peculiarità del settore in cui la suddetta apertura giurisprudenziale verso lo *ius variandi* pubblico si colloca. In particolare non può essere trascurato il fatto che lo *ius variandi*, per quanto declinato in termini estranei alla disciplina vigente per i contratti pubblici e compendiata dal d.lgs. n. 50/2016, si inserisca in un contesto di rapporti negoziali intrapresi, senza alcuna previa procedura comparativa tra gli aspiranti concessionari, diversi decenni fa e per lo più oggetto di sistematiche e sostanziose proroghe, che in alcuni casi hanno postergato fino al 2050 l'originaria scadenza del rapporto.

Alla luce di ciò non sembra che il dato positivo, e in particolare quello relativo alle prerogative pubbliche di *ius variandi*, non sia idoneo a rappresentare un fondamento teorico sulla scorta del quale mettere in discussione la natura pattizia delle convenzioni

del già citato d.l. n. 201/2011 – ha esteso le competenze dell'Autorità nella determinazione degli schemi tariffari anche alle concessioni vigenti.

¹⁹ Cfr. *supra* nota 13.

²⁰ Cons. St., VI, 22 gennaio 2021, n. 680; Cons. St., VI, 7 gennaio 2021, n. 246; Cons. St., VI, 7 gennaio 2021, n. 244; Tar Valle d'Aosta, 26 giugno 2020, n. 22; Tar Piemonte, I, 13 aprile 2021, n. 384; Tar Liguria, II, 4 febbraio 2021, n. 87.

accessive alle concessioni. Il metodo per inquadrare il fenomeno in esame deve, dunque, essere un altro, e a tal proposito riemergono gli spunti epistemologici di cui Marco D'Alberti ci ha fatto prezioso dono durante tutto il suo, costante e inesaurito, percorso di ricerca. Questi spunti, come si è accennato, hanno avuto ad oggetto lo studio diretto della prassi. Anche rispetto a quest'ultima, tuttavia, il settore autostradale presenta delle peculiari criticità, che come si è visto risiedono nella scarsa trasparenza del contenuto delle convenzioni e dei relativi allegati, combinata con la tendenza alla "sclerotizzazione", per il tramite del discutibile ricorso a leggi-provvedimento, di aspetti essenziali del sinallagma negoziale. Tutto ciò suggerisce di riposizionare il baricentro del metodo d'analisi sfruttato dall'Amico e Maestro cui questi scritti sono dedicati, individuando direttamente come visuale prospettica le caratteristiche del bene dato in concessione. Si tratta, in definitiva, di continuare a coltivare un approccio induttivo e sostanzialmente empirico, spostando però il fuoco dell'osservazione per l'appunto sul bene, anziché sul contenuto degli atti attraverso cui si realizza il suo affidamento in concessione.

3. I tratti caratterizzanti il bene-autostrada, come punto di partenza per un tentativo di ricostruzione della fattispecie concessoria inerente il bene medesimo

L'articolo 822 del codice civile dispone che le autostrade fanno parte del demanio dello Stato *se* di proprietà pubblica. L'uso della congiunzione *se* veicola un contenuto molto importante: quello della non necessaria appartenenza pubblica del bene, che invece connota altri beni infrastrutturali, come ad esempio gli aeroporti²¹.

La possibile proprietà "non pubblica" del bene trova plurime conferme proprio nella prassi. Da quest'ultima emergono, infatti, almeno due elementi significativi, tra loro molto simili.

Il primo concerne il fatto che le concessioni più antiche, il cui perimetro comprende anche la costruzione della rete autostradale, testualmente prevedano che al termine del periodo concessorio il bene rientri nella proprietà dell'ente concedente, che quindi non ne è (per le concessioni di esecuzione e gestione tuttora in atto) titolare durante tutta la durata della concessione²².

Lo stesso può dirsi per gli affidamenti in *project financing*: questo strumento, benché ormai non più sfruttabile nel settore in esame – a causa di un divieto introdotto per ragioni non attinenti a profili dominicali²³ – prevedeva che la proprietà dell'opera ri-

²¹ Cfr. l'art. 692 del r.d. 30 marzo 1942, n. 327 (codice della navigazione). Su questi profili in dottrina si veda E. Picozza, *Le concessioni di trasporti tra identità nazionale e regole comunitarie: le autostrade*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 169.

²² Come già riferito nel testo, le concessioni sono attualmente pubblicate sul sito istituzionale del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili.

²³ Cfr. Corte UE, ord. 26 novembre 2020, C-835/19, in cui la Corte riconosce come conforme al diritto europeo la norma nazionale che vieta il ricorso alla finanza di progetto per l'affidamento delle concessioni autostradali. Tale divieto è formulato nel co. 8 *bis* dell'art. 178 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (introdotto dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile

sultasse in capo al soggetto realizzatore della medesima, fino alla scadenza del periodo di gestione.

Il tema proprietario, dunque, per le autostrade risulta, già dalla lettera della norma civilistica, non decisivo²⁴: non è esclusa la possibilità che si abbiano autostrade private, rispetto al cui regime l'ordinamento si limita a offrire una indicazione "in negativo", quella relativa alla loro non demanialità.

Proprietà pubblica e (conseguente) demanialità del bene non sono, tuttavia, presupposti necessari della funzionalizzazione del bene medesimo, la quale rappresenta – invece – un *prius* logico da cui è impossibile deflettere. L'ordinamento, in altre parole, ha potuto scegliere di non imporre la proprietà pubblica proprio in forza di un immanente principio di funzionalizzazione del bene oggettivamente pubblico, che in quanto tale risulta impermeabile alle vicende dominicali.

Sulla scorta di queste premesse occorre allora focalizzare ulteriormente l'indagine sulle caratteristiche fisiche del bene-autostrada, per tentare di offrire una ricostruzione sulle concessioni che hanno ad oggetto quest'ultimo. In quest'ottica meritano di essere considerate almeno tre caratteristiche "in positivo" e una "in negativo".

La prima consiste nel fatto che l'autostrada è una rete, e come gran parte delle reti rappresenta un monopolio naturale o, secondo un altro approccio, tecnico, come la rete ferroviaria. Questo implica che il bene in questione sia contraddistinto da una condizione di non replicabilità: per ragioni economiche, sociali e ambientali non è, infatti, razionalmente possibile ipotizzare la realizzazione di una pluralità di reti dedicate ad assicurare la copertura sulla medesima porzione di territorio. Le reti sono, cioè, beni a condivisione necessaria. Rispetto ad esse, dunque, lo scenario economico che si profila non può essere quello della concorrenza nel mercato, ma deve essere necessariamente quello, alternativo, della concorrenza per il mercato, che – come ormai ampiamente disciplinato dalla normativa europea e nazionale – implica lo svolgimento di puntuali procedure comparative per l'individuazione del soggetto che temporaneamente potrà (*rectius* dovrà) occuparsi in regime di esclusiva della gestione della rete.

La seconda caratteristica concerne il fatto che le reti autostradali sono indiscutibilmente beni non esauribili e a consumo non rivale (sebbene, come si vedrà, rispetto ad esse non vi siano problemi di integrazione verticale tra rete e servizio). Il transito di una pluralità di veicoli non solo è possibile per la conformazione del bene, ma deve essere assicurato dal gestore autostradale, per evidenti ragioni di interesse pubblico e di

2016, n. 50"), ai sensi del quale «le amministrazioni non possono procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 183». La *ratio* del divieto consisterebbe, secondo i giudici del Lussemburgo, nell'obiettivo di garantire la massima apertura possibile alla concorrenza di un settore tradizionalmente chiuso, come quello delle concessioni autostradali. Un simile obiettivo, volto ad evitare il riconoscimento di un qualsivoglia vantaggio, anche solo di fatto, ai concessionari uscenti, non eccede, secondo la Corte di Giustizia, i limiti posti dal TFUE e non determina l'illegittimità della normativa nazionale.

²⁴ Cfr. A.M. Sandulli, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, p. 163. Più in generale, per una ricostruzione della disciplina dei beni pubblici emancipata dalla prospettiva dominicale e orientata piuttosto a valorizzare, quale elemento identificativo della "pubblicità", la funzionalizzazione, sia consentito il rinvio, tra gli altri, a M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004.

universalità del servizio a questi affidato con il provvedimento concessorio.

La terza caratteristica “in positivo” ha a che vedere proprio con il sopramenzionato concetto di universalità. Quest’ultimo presuppone, infatti, che le funzioni gestorie siano regolate, il che a sua volta si traduce nella necessità di una etero-determinazione dei criteri tariffari, al fine di garantire l’accessibilità effettiva dell’infrastruttura e, quantomeno in base all’assetto vigente in tema di *price cap*, la condizionalità tra la remunerazione e gli investimenti effettuati.

Per converso, come si è già accennato, per la rete autostradale non si verifica il fenomeno, ricorrente in materia di *essential facilities*, della cosiddetta integrazione verticale tra bene e servizio, tipico, ad esempio, del settore aeroportuale. Si allude, con la locuzione “integrazione verticale”, al fatto che per molti beni (soprattutto, ma non esclusivamente, per quelli a rete) il problema che l’ordinamento si pone è quello relativo al dovere del gestore di assicurare la fruizione del bene (oltre che, ovviamente, agli utenti finali) a soggetti che sfruttano il bene per offrire a loro volta un servizio all’utenza. Quanto si è detto è di immediata evidenza per quanto concerne le reti ferroviarie, il cui gestore deve assicurare ad altri operatori economici di poter offrire all’utenza, sfruttando la rete, servizi di trasporto in concorrenza con il gestore medesimo. Il tema della necessità di non separare infrastruttura e servizi si pone, sia pure con caratteristiche non identiche²⁵, anche per le concessioni aeroportuali. Rispetto a queste ultime il fronte maggiormente indagato, non solo in giurisprudenza, è costituito dall’integrazione dei cosiddetti servizi di *handling*. Il nesso di strumentalità tra questi servizi e la funzionalità dell’infrastruttura implica, per il concessionario della stessa, l’obbligo di assicurare, previo affidamento dei servizi in questione con gara a operatori economici del settore²⁶, lo svolgimento di tali servizi, in assenza dei quali il servizio principale, quello di trasporto aereo, non sarebbe concretamente fruibile²⁷.

²⁵ Il caso degli aeroporti consente di mettere a fuoco i diversi tipi di integrazione verticale che possono verificarsi tra infrastruttura e servizi attraverso di essa offerti. Tale integrazione può infatti coinvolgere direttamente l’accesso alle infrastrutture in senso stretto (come si verifica nel caso delle concessioni ferroviarie, cui nel testo si è fatto cenno) o l’accesso a servizi *strumentali* a quello principale (come avviene per i servizi di *handling* in ambito aeroportuale, che possono essere resi da operatori terzi in regime di concorrenza con il gestore aeroportuale).

²⁶ L’art. 4 del d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18, prevede, infatti, che negli aeroporti con traffico di passeggeri pari o superiore a 3 milioni/anno o di merci pari o superiore a 75 mila tonnellate/anno è riconosciuto il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra ai prestatori in possesso di adeguati requisiti di idoneità, attestati dall’Enac. In virtù dell’art. 6 del medesimo d.lgs., la liberalizzazione è estesa dal gennaio 2001 a ogni aeroporto aperto al traffico commerciale avente un traffico annuale pari o superiore a 2 milioni di passeggeri o a 50 mila tonnellate di merci. Il gestore dell’aeroporto ha l’obbligo di garantire agli *handlers* e ai vettori che effettuano l’autoassistenza l’accesso agli impianti aeroportuali, e di garantire che le condizioni poste all’accesso siano adeguate, trasparenti, obiettive e non discriminatorie. Infatti, l’accesso alle infrastrutture è imprescindibile ed essenziale per lo svolgimento dell’attività degli *handlers*.

²⁷ La liberalizzazione dei servizi di *handling* si è avuta con il già citato d.lgs. n. 18/1999, che ha dato attuazione alla direttiva 96/67/CE del Consiglio del 15 ottobre 1996. I servizi di *handling* rappresentano un sottoinsieme dei servizi *aviation*. All’interno di quest’ultima categoria, infatti, si distingue (cfr. il documento del dicembre 2013 dell’Avcp *La gestione aeroportuale*, disponibile in *Astrid-online.it*) tra servizi *aviation* in senso stretto e servizi di *handling*. La prima sottocategoria comprende i servizi elencati dall’Allegato B del d.lgs. n. 18/1999 (ad es.: gestione sistema di smistamento e riconsegna bagagli; gestione tecnica pontili per l’imbarco e lo sbarco dei passeggeri o altri sistemi non frazionabili di trasporto dei passeggeri; ge-

Il ragionamento sinora condotto in tema di integrazione verticale – come si è visto non presente per le concessioni autostradali, a differenza di altre infrastrutture, non solo a rete – necessita di un ultimo chiarimento, che concerne i servizi strumentali non essenziali, che nel caso delle autostrade consistono in sostanza nei servizi di ristoro e nelle attività commerciali connesse. Tali servizi appaiono in parte coincidere, sotto il profilo del nesso di mera complementarietà rispetto al servizio principale, con i c.d. servizi *non aviation* in ambito aeroportuale²⁸ (negozi, bar, ristoranti, banche, farmacie). L'assenza di un vincolo di stretta strumentalità rispetto al servizio principale comporta l'estraneità di questi servizi rispetto al meccanismo dell'integrazione verticale e alle annesse problematiche. Tanto i punti di ristoro lungo il tracciato autostradale quanto gli esercizi commerciali all'interno degli aeroporti traggono le proprie premesse da rapporti negoziali il cui oggetto consiste nel temporaneo diritto di sfruttare (a fini indirettamente connessi al servizio pubblico oggetto della concessione principale) una porzione dell'infrastruttura. Di tali rapporti occorre mettere a fuoco la natura giuridica, dalla quale giocoforza derivano importanti conseguenze in termini di regime ad essi applicabile. La giurisprudenza che su questi profili si è espressa tende a qualificare i rapporti in questione come *subconcessioni*. La sensazione, tuttavia, che si ritrae da queste pronunce è che il termine *subconcessione* venga impiegato al fine di evidenziare la genesi dei rapporti negoziali in questione, ma non necessariamente per riconoscere agli stessi una natura pubblicistica, come sembra dimostrare anche la prevalente devoluzione, in giurisprudenza, delle controversie relative a tali rapporti alla giurisdizione del giudice ordinario²⁹. La natura non pubblicistica di tali rapporti parrebbe altresì comprovata dal fatto che le attività assentite con la c.d. subconcessione non siano contraddistinte da uno stretto e immediato nesso di connessione funzionale rispetto al servizio principale autostradale, che sarebbe espletabile anche in assenza dei servizi complementari in questione.

Dal punto di vista sostanziale, del resto, le c.d. subconcessioni relative agli spazi destinati all'offerta di tali servizi complementari presentano una natura non diversa da quella di un contratto privatistico di locazione. Il che, nonostante il diverso avviso di una parte della giurisprudenza³⁰, non implica comunque la sottrazione delle fattispecie in esame all'obbligo di selezionare i subconcessionari/conducenti sulla scorta di proce-

stione impianti centralizzati di alimentazione, condizionamento e riscaldamento aeromobili), mentre la sottocategoria rappresentata dai servizi di *handling* comprende i servizi elencati dall'Allegato A al predetto d.lgs. (ad es.: l'assistenza amministrativa a terra e la supervisione; l'assistenza passeggeri; l'assistenza bagagli; l'assistenza merci e posta). Per quanto concerne i servizi *non aviation* cfr. *infra* nota successiva.

²⁸ Si tratta, in definitiva, di tutti i servizi non inclusi negli Allegati A e B del suddetto d.lgs. n. 18/1999.

²⁹ Cons. St., IV, 10 luglio 2014, n. 3510; Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28053; Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2062. Per quanto concerne la giurisprudenza amministrativa cfr. altresì: Tar Campania, I, 12 agosto 2010, n. 17237; Tar Friuli Venezia Giulia, 27 ottobre 2011, n. 494. *Contra*: Tar Veneto, I, 6 novembre 2013, n. 1231; Tar Lazio, III, 16 maggio 2016, n. 5737.

³⁰ Si tratta, tuttavia, di pronunce della Corte di Cassazione adita in sede di regolamento di giurisdizione, in cui la stessa si pronuncia in senso favorevole alla giurisdizione dell'a.g.o. sui rapporti di subconcessione affermando, solo quale *obiter dictum*, la non sottoposizione di questi ultimi all'evidenza pubblica: cfr., ad es., Cass., Sez. Un., 13 maggio 2020, n. 8849. *Contra*, con riguardo ai servizi aeroportuali, v. però, in ultimo, la recentissima sentenza del C.G.A., 7 giugno 2021, n. 512.

ture comparative imparziali, come imposto non solo dall'ordinamento europeo in tema di concorrenzialità nell'accesso alle "occasioni di guadagno" assicurate dalla risorsa pubblica³¹, ma anche – ormai – da puntuali norme di diritto interno³².

4. Spunti ricostruttivi

Sulla scorta dell'analisi focalizzata sul bene occorre, a questo punto, tentare una ricostruzione che offra una prospettiva di sintesi, che tenga in considerazione le chiavi di lettura che attualmente animano il dibattito scientifico su questo delicato e attualissimo tema. In particolare, le principali posizioni sostenute in dottrina tendono a qualificare le concessioni autostradali alternativamente come concessioni di costruzione e gestione, concessioni demaniali³³ o concessioni di servizi. Si tratta di qualificazioni che non possono essere in astratto considerate corrette o erranee. Ciascuna di esse, innanzitutto, risente del perimetro oggettivo che di volta in volta caratterizza il singolo affidamento: nelle concessioni più risalenti la costruzione dell'opera rappresentava un elemento costante, mentre lo stesso non può dirsi per le fattispecie più vicine nel tempo. Inoltre, anche l'alternativa tra concessione demaniale e concessione di servizi non sembra idonea a rappresentare uno spartiacque concreto tra le diverse fattispecie. È chiaro, infatti, che il riconoscimento temporaneo del diritto di gestire il bene è dato al concessionario in funzione del suo dovere di assicurare un servizio universale, che per l'appunto consiste nella fruibilità della rete autostradale. In altri termini: il bene demaniale è il supporto materiale per l'erogazione di un servizio, il che implica che la qualificazione delle fattispecie come concessioni di servizi non sia ontologicamente antitetica a quella in termini di concessioni di beni, ma in qualche modo ricomprenda e trascenda quest'ultima.

Quanto precede incoraggia a intraprendere un percorso ermeneutico che provi a emanciparsi sia dalle singolarità delle specifiche fattispecie concessorie che dai rompicapo aventi ad oggetto l'arcano mito della strumentalità del bene al servizio o viceversa. In quest'ottica il dato su cui concentrare l'attenzione risiede nel tipo di interesse pubblico che attraverso le concessioni autostradali l'ordinamento intende perseguire.

³¹ Cfr. l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein). Sul punto si vedano anche le Conclusioni dell'Avv. Generale Szpunar, 25 febbraio 2016, in C-458/14 e C-67/15; in ambito nazionale, Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2020, n. 4610.

³² Cfr. l'art. 2, co. 85, del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262 (come novellato dall'art. 1, co. 939, l. 27 dicembre 2006, n. 296), ai sensi del quale: «L'affidamento dei servizi di distribuzione carbolubrificanti e delle attività commerciali e ristorative nelle aree di servizio delle reti autostradali (...) avviene secondo i seguenti principi: a) verifica preventiva della sussistenza delle capacità tecnico-organizzative ed economiche dei concorrenti allo scopo di garantire un adeguato livello e la regolarità del servizio, secondo quanto disciplinato dalla normativa di settore; b) valutazione delle offerte dei concorrenti che valorizzino l'efficienza, la qualità e la varietà dei servizi, gli investimenti in coerenza con la durata degli affidamenti e la pluralità dei marchi. I processi di selezione devono assicurare una prevalente importanza al progetto tecnico-commerciale rispetto alle condizioni economiche proposte; c) modelli contrattuali idonei ad assicurare la competitività dell'offerta in termini di qualità e disponibilità dei servizi nonché dei prezzi dei prodotti *oil* e non *oil*».

³³ Sulle concessioni di beni pubblici, si v., tra gli altri, l'importante lavoro monografico di B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008.

Non è un mistero che l'arcipelago delle concessioni sia estremamente eterogeneo, tanto da rendere dubbia la stessa pregnanza del tipo provvedimentale in questione.

Per orientarsi in questo complesso scenario la prospettiva che sembra più promettente è quella teleologica³⁴, che ha condotto a distinguere almeno due autonome sottocategorie di concessioni.

La prima comprende le ipotesi in cui il riconoscimento, in favore del concessionario, di un (temporaneo) diritto di esclusiva nella gestione del bene rappresenta lo strumento attraverso il quale l'ordinamento protegge un bene pubblico di carattere non infinito. I casi più significativi, in tal senso, sono rappresentati dalle concessioni minerarie. Queste concessioni sono state, in dottrina, definite funzionali, per alludere al fatto che l'affidamento in concessione rappresenta, nei casi in questione, il mezzo attraverso il quale si attua l'interesse pubblico alla corretta gestione del bene.

La seconda sottocategoria include, invece, le ipotesi in cui la concessione serve non a garantire la corretta gestione del bene e la sua preservazione ma – più semplicemente – ad assicurare all'ente concedente dei flussi di cassa, ottenuti, per l'appunto, sottraendo il bene pubblico a quella che risulterebbe la sua naturale vocazione, ossia l'accesso libero (i.e. non regolamentato) allo stesso da parte della universalità dei consociati. Il caso più interessante, in questo senso, è rappresentato dalle c.d. concessioni balneari, che assicurano agli enti concedenti la percezione dei canoni (invero particolarmente modesti) che costituiscono il corrispettivo dovuto per controbilanciare il sacrificio della temporanea sottrazione dell'area demaniale a un regime di godimento libero.

Occorre, dunque, in ragione di quanto si è detto sulle caratteristiche empiriche della rete autostradale, provare a ricondurre le concessioni relative alla rete medesima all'interno di una delle due categorie di concessioni sopra descritte. La soluzione più corretta è quella in favore delle concessioni funzionali: è evidente, infatti, che l'affidamento della gestione della rete ai concessionari serve a garantire che l'infrastruttura sia tenuta in uno stato di efficiente manutenzione, in modo da rendere la rete autostradale effettivamente fruibile agli utenti, sia pure a fronte del pagamento di un pedaggio.

Appare diverso il discorso per quanto concerne le c.d. subconcessioni relative alle aree di ristoro. Rispetto ad esse si è già avuto modo di puntualizzare come i relativi rapporti risultino avere, a dispetto della natura pubblica del bene su cui insistono le aree in questione, una natura sostanzialmente privatistica, non dissimile da quella tipica dei rapporti di locazione.

Ciò – preme puntualizzarlo perché, sul punto, la giurisprudenza non è cristallina – non in ragione del fatto che il rapporto convenzionale non coinvolge soggetti pubblici (coinvolgendo soltanto il concessionario e il c.d. subconcessionario), ma come riflesso dell'assenza di ragioni dirette di interesse pubblico che rappresentino la causa dell'affidamento in "subconcessione" dell'area deputata a ospitare le attività di ristorazione.

Se questo è vero per le subconcessioni in questione deve, per evidenti ragioni di coerenza, essere altrettanto vero anche per quelle che sono state definite concessioni reddituali. Laddove, infatti, l'ente concedente assegni la temporanea gestione del bene non in vista di un servizio pubblico che attraverso di essa debba essere svolto dal con-

³⁴ In questa direttrice si colloca la ricostruzione di A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

cessionario, ma allo scopo di ottenere da quest'ultimo il versamento di canoni, la fattispecie perde carattere pubblicistico, diventando nella sostanza del tutto corrispondente a un contratto *iure privatorum*. Né, ovviamente, può valere in senso contrario rilevare il fatto che la concessione formalmente assume le vesti di un provvedimento amministrativo: anche l'aggiudicazione di un appalto, infatti, è senza dubbio un provvedimento, ma ciò non compromette la natura autenticamente contrattuale della fattispecie negoziale conseguente. Ciò per la semplice ragione che al provvedimento in questione, così come al provvedimento di concessione, non possono essere riconosciuti effetti costitutivi del rapporto (ascrivibili, invece, alla sottoscrizione del contratto o della convenzione), ma può ascriversi solo l'effetto di determinare, rispetto a una platea di operatori economici interessati alla commessa o alla concessione, la scelta del titolare del successivo contratto/concessione³⁵.

5. Conclusioni

Il settore delle concessioni autostradali è innegabilmente oggetto di una particolare attenzione da parte dell'opinione pubblica, per un duplice ordine di ragioni: le preoccupazioni in tema di sicurezza originatesi all'indomani della tragedia di Genova e la ingente disponibilità di risorse economiche che il *Next Generation EU* mette a disposizione del Paese per attuare interventi di riforma e di investimento infrastrutturale. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sul punto reca, invero, indicazioni alquanto laconiche, che si concentrano (soltanto) su due aspetti.

Il primo consiste nella segnalata necessità di «prevedere gare competitive per gli affidamenti, fatti salvi i presupposti europei per l'in house; rafforzare i divieti di proroga e di rinnovo automatico e potenziare i controlli pubblici sull'esecuzione delle opere realizzate dai concessionari, in connessione con le previsioni introdotte nel nuovo codice dei contratti pubblici». Si tratta di affermazioni condivisibili, ma al contempo del tutto prive di innovatività. La necessità di provvedere ad affidamenti concorrenziali, astenendosi (se non in casi eccezionali) da proroghe e rinnovi, è pacificamente imposta dai principi europei e nazionali, così come il dovere di provvedere con puntualità e solerzia ai controlli sull'esecuzione delle opere realizzate dai concessionari.

Il secondo aspetto consiste nella attuazione del c.d. "Decreto Semplificazioni"³⁶

³⁵ Sul punto restano attualissime le considerazioni di F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1995, p. 27, laddove l'Autore riconosce al provvedimento concessorio – ma lo stesso ovviamente vale anche per il provvedimento di aggiudicazione – carattere autoritativo ove con tale carattere si intenda l'attitudine dell'atto a determinare «insieme al rilascio ad uno degli interessati, il rifiuto (o la sottrazione) della *utilitas* a tutti gli altri (attuali o anche potenziali aspiranti)».

³⁶ Il richiamo, invero alquanto generico, sembra riferirsi al co. 4 dell'art. 49 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120). Tale comma non fa espresso riferimento a fenomeni di spostamento della titolarità, ma menziona un futuro decreto del MIT (ora Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili) che dovrà dettare le linee guida dedicate alla valutazione della sicurezza e del monitoraggio dei ponti, viadotti, rilevati, cavalcavia e opere similari esistenti lungo infrastrutture stradali gestite da enti diversi da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali. Il PNRR sembra dare per scontato che tali linee

«nella parte in cui prevede il trasferimento della titolarità di ponti, viadotti e cavalcavia sulle strade di secondo livello a quelle di primo livello (autostrade e strade statali), in particolare dai Comuni, dalle Province e dalle Regioni allo Stato. Ciò consentirà un aumento della sicurezza complessiva della rete stradale, in quanto la manutenzione di ponti, viadotti e cavalcavia sarà di competenza dell'ANAS e/o delle società concessionarie autostradali, che hanno capacità di pianificazione e manutenzione migliori rispetto ai singoli comuni o alle province». La scelta, dunque, è quella di un trasferimento di proprietà delle opere "fragili" (ponti, viadotti e cavalcavia) verso il centro, funzionale alla sottoposizione delle stesse a un regime di controllo più efficace rispetto a quello che potrebbe essere assicurato nel caso in cui le opere in questione restassero di proprietà di enti di livello substatale. Il tema proprietario risulta quindi, ancora una volta, funzionale a quello della efficiente gestione e dunque, in definitiva, a quello della destinazione del bene a fini di interesse pubblico. Questa strumentalità dei profili dominicali rispetto al tema della destinazione è talmente forte da fare in modo che la titolarità del bene rientri nel cono di influenza del principio di sussidiarietà verticale, pur formalmente dedicato all'allocazione delle funzioni amministrative. È chiaro, infatti, che l'ordinamento, con la scelta di centralizzare la proprietà delle opere "fragili", intende perseguire due obiettivi tra loro convergenti: assicurarsi, in via diretta, che la manutenzione sia eseguita da soggetti adeguatamente attrezzati (i concessionari) e, in via indiretta, che i controlli sull'esecuzione di tali attività di manutenzione siano eseguiti dall'ente concedente statale, quindi dal Ministero delle infrastrutture, anziché da una pluralità di amministrazioni subcentrali non sempre in grado di assicurare un monitoraggio costante e incisivo.

Le considerazioni sinora svolte ci consegnano un quadro normativo complesso e interessato da una incessante evoluzione, che, oltre ad essere descritta, necessita di essere "governata" con gli strumenti della teoria generale, per poter indirizzare l'applicazione delle disposizioni in una direzione che sia compatibile con gli interessi pubblici coinvolti nelle dinamiche del settore senza compromettere la concorrenzialità del mercato in cui si confrontano i concessionari. In quest'ottica gli spunti di Marco D'Alberti rivelano una preziosa attualità, che si apprezza in modo particolare in un contesto come quello odierno, caratterizzato dalla ipertrofia normativa e, di contro, da una penuria di contributi scientifici in grado di bilanciare rigore metodologico e attenzione al dato di realtà. Una realtà che, come si è visto, impone al giurista di confrontarsi con problemi improcrastinabili, primo fra tutti quello della sicurezza.

guida si orientino in favore di una transizione della proprietà delle sopracitate opere; il che tuttavia non sembra del tutto scontato, giacché sul contenuto di tali linee guida dovrà esprimersi, oltre al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, anche il Consiglio superiore dei lavori pubblici, e con intesa in sede di Conferenza Unificata.

Il patrimonio culturale e l'amministrazione statale: tappe e sfide di un rapporto

Carla Barbatì

Sommario: 1. Alla ricerca dell'efficacia e dell'efficienza: il percorso e i percorsi. – 2. «In principio sono le funzioni». – 3. L'incontro con l'organizzazione. – 3.1. Rapporti tra funzioni e rapporti tra soggetti. – 3.2. Tra linee verticali e linee orizzontali. – 4. Le sfide interne e le sfide esterne.

1. Alla ricerca dell'efficacia e dell'efficienza: il percorso e i percorsi

Il tempo delle riforme per il miglior funzionamento della pubblica amministrazione è di quelli che non tramontano mai, ma sempre si ripropongono, in uno scorrere incessante di analisi, proposte, provvedimenti il cui succedersi certo racconta le differenti visioni e percezioni che del settore pubblico e del suo ruolo hanno inteso affermare, nei loro frequenti avvicendamenti, i diversi legislatori e i diversi governi, ma racconta anche altro. In special modo, che quanto si è sin qui tentato per assicurare l'efficacia e l'efficienza della pubblica amministrazione non è riuscito a conseguire appieno lo scopo.

Quasi a darne prova, lo stato della nostra pubblica amministrazione, la sua capacità di dare risposta alle molteplici domande della società, garantendo adeguate tutele ai tanti e variabili interessi pubblici e privati affidati alla sua cura continua a proporsi, sia nelle valutazioni delle sedi istituzionali, nazionali e sovranazionali, sia nelle analisi delle discipline che ne fanno oggetto di studio, come questione meritevole di nuove attenzioni e di nuove misure.

L'esperienza, dal canto suo, evidenzia anche che ad essersi rivelati deboli o comunque insufficienti, più ancora delle innovazioni di sistema volta a volta pensate dai diversi legislatori, sono stati i loro esiti, spesso compromessi se non contraddetti da discipline di settore che si sono allontanate, quasi a derogarvi, dalle principali direttrici delle tante riforme delineate per l'azione e per l'organizzazione amministrativa.

A complicarne il rendimento vi è stata, del resto, l'eterogeneità della pubblica amministrazione, attraversata da profonde differenze quanto a dimensioni, missioni, soggetti che la popolano e soggetti che ne sono interlocutori, tanto che se sono riconoscibili obiettivi comuni di miglioramento, maggiormente dubbia appare la possibilità di affidare il loro conseguimento a percorsi parimenti comuni.

Gli sguardi ravvicinati alle esperienze delle diverse pubbliche amministrazioni resti-

tuiscono, non a caso, immagini di riforme orientate nelle loro declinazioni dalle specificità dei contesti e degli assetti con i quali esse si confrontano, quasi a rintracciarvi i parametri alla cui stregua se ne sono definiti contenuti e applicazioni.

Tra le amministrazioni maggiormente investite da ricorrenti e importanti riordini vi è quella per il patrimonio culturale, ambito da sempre oggetto di una presenza pubblica tra le più significative, per storia e per incidenza, tanto che le vicende del settore, nella pluralità dei soggetti e degli interessi ad esso riconducibili, ben possono considerarsi, in gran parte, dipendenti da quelle che hanno contrassegnato nel tempo le dimensioni e le modalità dell'intervento pubblico.

Ambito dunque, fra gli altri, che ben sollecita quello sguardo dedicato che solo consente di verificare quali siano le sfide vinte e le sfide aperte nella ricerca di un'efficacia e di un'efficienza che, lungi dal potersi considerare scopi ultimi di qualsivoglia riforma, si definiscono semmai come canoni suscettibili di ricevere applicazioni e dunque suggerire percorsi differenti in relazione al ruolo che, per i diversi settori, si assegna alla pubblica amministrazione e alle risposte che da essa si attendono.

2. «In principio sono le funzioni»

Sin dai primordi degli interventi destinati dalle autorità pubbliche a quanto è oggi definito, in termini unitari, patrimonio culturale, sono state la natura e la finalità delle misure ritenute idonee a soddisfarne le necessità, a condizionare individuazione e configurazione dei soggetti preposti a porli in essere.

Furono così, innanzi tutto, le esigenze della tutela, nelle diverse valenze ascritte alla salvaguardia dei *monumenta antiquitatis*, a indurne già dal XII secolo l'affidamento ad apposite magistrature, dando in tal modo avvio al percorso, secoli dopo perorato anche da Raffaello Sanzio, nella sua lettera a Leone X sulla protezione e conservazione degli edifici di Roma antica¹, che avrebbe progressivamente condotto al suo riconoscimento come attività da assegnare a corpi qualificati dal possesso delle necessarie competenze tecniche.

La medesima consapevolezza orientò anche l'editto 7 aprile 1820 del cardinale camerlengo Bartolomeo Pacca, sulla «cura degli antichi monumenti» e la «protezione delle arti», primo provvedimento organico di tutela, archetipo di quelli adottati da molti Stati dell'Italia preunitaria, con il quale fu prevista l'istituzione a Roma di una Commissione consultiva centrale di Antichità e Belle Arti, affiancata da Commissioni ausiliarie operanti nelle province dei domini pontifici.

È la genesi del modello organizzativo che sarà accolto nell'Italia unita, nucleo originario del governo e dell'amministrazione statale per il patrimonio culturale, i cui tratti connotanti sarebbero stati delineati dalla l. 27 giugno 1907, n. 386. Con questa legge si stabilì, infatti, che «la tutela degli interessi archeologici e artistici» fosse esercitata «sotto la direzione del Ministero dell'Istruzione», per mezzo di uffici denominati So-

¹ Il riferimento è alla lettera di Raffaello Sanzio a Leone X, della quale si propone una datazione al settembre-novembre 1519 e su cui s. cfr. V. Terraroli, *Raffaello. Lettera a Leone X*, Losanna, Skira, 2020. Raffaello che, si ricorda, era stato nominato da Leone X *magister operis* della Fabbrica di San Pietro e, successivamente, *praefectus marmorum et lapidum*.

printendenze, articolate in 18 Soprintendenze ai Monumenti, 14 Soprintendenze agli Scavi e ai Musei Archeologici, 15 Soprintendenze alle Gallerie, ai Musei medievali e moderni e agli oggetti d'arte, ognuna di esse con competenze territorialmente delimitate, modificabili con decreti reali, promossi dal Ministro della pubblica istruzione, sentito il parere del Consiglio superiore di antichità e belle arti².

I mutamenti che, già dagli anni di poco successivi, interessarono l'organizzazione di questi presidi, dapprima riducendone il numero e accorpandone le competenze, come avvenne per opera del r.d. 31 dicembre 1923, n. 3164³, poi, con la l. 22 maggio 1939, n. 823 accrescendone nuovamente le articolazioni e la presenza sul territorio⁴, raccontano quello che, sino ad oggi, se ne sarebbe confermato il *muovement perpétuel* degli assetti, pur nella loro perdurante configurazione come articolazioni periferiche di un Ministero. Inizialmente, di quello della Pubblica Istruzione, cui erano assegnate le competenze in materia⁵ e, dopo la sua istituzione, con il d.l. 14 dicembre 1974, n. 657, di quello per i Beni culturali e ambientali.

La concezione della tutela come attività-funzione di spettanza dello Stato, ovvero dei suoi apparati politico-amministrativi e dei suoi uffici tecnici, era destinata a permanere anche con l'avvio dell'ordinamento regionale, per essere confermata anche in occasione del terzo decentramento, quando la l. 15 marzo 1997, n. 59, aprendo al rafforzamento delle competenze amministrative delle autonomie territoriali e al conseguente riordino, nel senso dell'alleggerimento, dell'amministrazione statale, dispose il mantenimento in capo al centro statale delle funzioni e dei compiti amministrativi in materia di "tutela dei beni culturali e del patrimonio storico-artistico"⁶, nell'accezione estesa che, in attuazione di quel disegno, ne accolse il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112⁷.

² Così, la l. 27 giugno 1907, n. 386 «Riguardante il Consiglio superiore, gli uffici e il personale delle antichità e belle arti» alla quale si dovette la consacrazione della struttura delle Soprintendenze, oltre che la disciplina degli Uffici esportazione, delle Commissioni provinciali e del Consiglio superiore. Sul ruolo che ebbero le questioni di organico, ai fini dell'approvazione di questa legge, s. cfr. R. Balzani, *Per le antichità e le belle arti. La legge n.364 del 20 giugno 1909 e l'Italia giolittiana*, Senato della Repubblica, Archivio storico, Bologna, il Mulino, 2003, p. 83 ss.

³ È questo il regio decreto recante il "Nuovo ordinamento delle Soprintendenze alle opere di antichità ed arte", con il quale se ne accorparono le competenze, prevedendo che esse fossero articolate in 8 Soprintendenze alle Antichità, 13 Soprintendenze all'arte medievale e moderna, 4 Soprintendenze uniche alle opere di antichità e d'arte.

⁴ La legge, in questione, intitolata al "Riordinamento delle Soprintendenze alle antichità e all'arte" prevedeva, infatti, una nuova articolazione in Soprintendenze «a) alle antichità; b) ai monumenti; c) alle gallerie; d) ai monumenti e gallerie», elevandone altresì il numero a 58.

⁵ Si ricorda, qui, che benché l'imputazione della maggior parte delle competenze statali in materia di beni culturali al Ministero della Pubblica Istruzione risalga già al periodo immediatamente successivo all'unificazione, solo nel 1864, il Consiglio dei Ministri si pronunciò per l'attribuzione delle funzioni in materia di conservazione dei documenti, al Ministero della Pubblica Istruzione, superando tesi propense ad assegnarle al Ministero dell'Interno.

⁶ Cfr. art. 1, co. 3, lett. d), l. 15 marzo 1997, n. 59, recante "Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa".

⁷ S. cfr. art. 149 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, per il cui esame si rinvia a G. Pitruzzella, *Commento all'art. 149*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 497 ss. Per un'analisi più estesa delle scelte compiute con il d.lgs. n. 112/1998, in materia di beni culturali, si cfr. i contributi raccolti in *Aedon*, 1998, 1 e, in particolare, l'analisi di M. Cammelli, *Il decentramento difficile*.

Le proposte che pure erano state avanzate per un trasferimento delle Soprintendenze alle Regioni, secondo il modello già accolto dal d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 3 per le Soprintendenze ai beni librari⁸, rimasero dunque nell'alveo delle tante proposte che dalla metà degli anni Novanta del secolo scorso erano state formulate anche per il superamento del modello organizzativo ministeriale che venne invece riaffermato, e sin potenziato, con l'istituzione per opera del d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368 del (nuovo) Ministero per i Beni e le Attività Culturali⁹.

Da allora, l'assetto dell'amministrazione ministeriale, sia centrale sia periferica, preposta alla tutela del patrimonio culturale ha conosciuto numerosi aggiustamenti e riorganizzazioni, sempre volte a confermarne la centralità, tanto che a innovare, nel senso dell'ampliamento, il ruolo assolto dal centro statale nel settore si può dire abbia molto più concorso l'entrata in scena dell'altra attività-funzione, quella di valorizzazione, nella latitudine indeterminata che ne ha accompagnato l'incerta identificazione e distinzione dalla tutela¹⁰.

Già il d.l. n. 657/1974, istitutivo del primo Ministero per i beni culturali e ambientali, raccogliendo le proposte della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio, istituita nel 1964¹¹, annoverava tra i compiti del ministero «la valorizzazione del patrimonio culturale del Paese»¹², ma è solo con il d.lgs. n. 112/1998 che essa riceve un'identità normativa propria, quale ambito funzionale aperto all'intervento delle autonomie territoriali, ovvero spazio per estendere al settore dei beni culturali le istanze del decentramento amministrativo poste a fondamento della l. delega n. 59/1997.

Con l'art. 152 del d.lgs. n. 112/1998 la valorizzazione diventa dunque compito che ciascun livello di governo è tenuto ad assolvere «nel proprio ambito» benché da esercitare, di norma, mediante il ricorso a «forme di cooperazione strutturali e funzionali tra Stato, Regioni ed enti locali».

Allo Stato e, in particolare, al Mibac, l'art. 10 del d.lgs. n. 368/1998, venne perciò a riconoscere anche la possibilità di aprirsi ad accordi o ad altre formule organizzative di collaborazione sin con privati per il più efficace esercizio delle funzioni e, in particolare, per la «valorizzazione dei beni culturali e ambientali»¹³.

⁸ Cfr. art. 8 del d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 3 «Trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di assistenza scolastica e di musei e biblioteche di enti locali e dei relativi personali ed uffici». In proposito, si ricorda che con l'art. 16, co. 1 *sexies* della l. 6 agosto 2015, n. 125, la tutela dei beni librari è ritornata in capo allo Stato, per essere poi imputate alle Soprintendenze Archiviste e Bibliografiche.

⁹ Al riguardo, cfr. gli atti della Giornata di studio del 12 marzo 1999, *L'istituzione del ministero per i Beni e le Attività culturali nel quadro delle riforme amministrative*, in Aedon, 1999, 1.

¹⁰ In proposito, cfr. A. Moliterni, *Pubblico e privato nella disciplina del patrimonio culturale: l'assetto del sistema, i problemi, le sfide*, in A. Moliterni (a cura di), *Patrimonio culturale e soggetti privati, Criticità e prospettive del rapporto pubblico-privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 31 ss. e L. Casini, *Valorizzazione e gestione*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciallo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 195 ss.

¹¹ Il riferimento è ai lavori della Commissione Franceschini, dal nome del suo Presidente, istituita con l. 26 aprile 1964, n.310 e i cui atti confluirono anche nell'elaborazione di 84 Dichiarazioni, la seconda delle quali dedicata ai «Provvedimenti per la tutela e la valorizzazione dei beni culturali».

¹² Cfr. art. 2, co. 1, d.l. 14 dicembre 1974, n. 657.

¹³ Sul punto, cfr. E. Bruti Liberati, *Il Ministero fuori dal Ministero (art. 10 del d.lgs. 368/1998)* in Aedon, 1999, 1.

Un titolo di intervento statale, esplicitato e potenzialmente ampliato, nei suoi contenuti anche regolamentari, da interventi legislativi successivi¹⁴, che ha comunque richiesto l'avallo del giudice costituzionale in risposta alle censure sollevate, all'indomani della riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione, da talune Regioni.

Con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, infatti, mentre la tutela continua ad esser riconosciuta funzione di competenza esclusiva del legislatore statale, sottoposta alla sua potestà anche regolamentare, la valorizzazione diventa materia di potestà legislativa concorrente, in quanto tale nominalmente sottratta alla competenza regolamentare dello Stato.

Fu perciò necessario l'intervento della Corte costituzionale per stabilire che, in ogni caso, il criterio alla cui stregua leggere il nuovo assetto delle competenze legislative e regolamentari fosse ancora quello fornito dall'art. 152 del d.lgs. n. 112/1998¹⁵. La legittimazione dello Stato ad esercitare anche una potestà regolamentare in materia doveva pertanto farsi derivare dalla competenza a valorizzare i beni culturali riconducibili «al suo ambito», ovvero, come ebbe a precisare il pressoché coevo Codice dei beni culturali e del paesaggio, nell'art. 112, i beni di sua appartenenza e dei quali non avesse trasferito la disponibilità alle autonomie territoriali¹⁶.

Il riconoscimento all'amministrazione statale di un ruolo anche in materia di valorizzazione divenne poi ragione di scelte organizzative quando, pochi anni dopo, con il d.P.R. 2 luglio 2009, n. 91, s'istituì, presso il Ministero, una Direzione generale apposita per la Valorizzazione del patrimonio culturale di pertinenza dello Stato.

L'esperienza di questa Direzione le cui competenze trasversali ne supposevano la capacità di esprimere azioni di raccordo sia interne, con le altre Direzioni generali, sia esterne, con le autonomie territoriali titolari, nel loro ambito, di corrispondenti attribuzioni, si rivelò tuttavia, e come tale fu valutata anche dalla Corte dei Conti, tanto debole da condurre al suo superamento¹⁷.

Con il nuovo regolamento di organizzazione del ministero, adottato con d.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171, le funzioni e i compiti ad essa assegnati saranno pertanto assorbiti da una nuova Direzione generale Musei, provvista di proprie articolazioni periferiche, quale soluzione organizzativa che identifica nei musei e nei luoghi della cultura il nucleo delle nuove politiche statali per la conservazione e la valorizzazione del patrimonio culturale¹⁸.

Sin qui le tracce, che si sono intese solo evocare, di una presenza pubblica i cui assetti, nel tempo, raccontano la storia di un settore che ha vissuto di relazioni fattesi

¹⁴ Ci si riferisce, in particolare, al riconoscimento al Ministero della potestà di regolamentare la concessione a terzi della gestione di servizi finalizzati al miglioramento della pubblica fruizione e valorizzazione dei beni culturali, introdotta con la modifica dell'art. 10 del d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368 ad opera dell'art. 33, l. 28 dicembre 2001, n. 448.

¹⁵ In questo senso, cfr. C. cost., 20 gennaio 2004, n. 26.

¹⁶ Cfr. art. 112, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e succ. modifiche, recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 della l. 6 luglio 2002, n. 137".

¹⁷ In merito, cfr. G. Sciullo, *Il Mibac dopo il d.p.r. 91/2019: il "centro" rivisitato*, in *Aedon*, 3, 2009. Quanto alle osservazioni della Corte dei Conti, cfr., fra gli altri, la Relazione sui "Risultati conseguiti in termini di valorizzazione del patrimonio culturale", approvata con deliberazione n. 15/2012/G (12 dicembre 2012).

¹⁸ Sulle innovazioni introdotte con il d.p.c.m. n. 171/2014, sia consentito rinviare a C. Barbati, *Il "nuovo" Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 2, p. 206 ss.

progressivamente interazioni tra le funzioni e gli apparati amministrativi preposti ad esercitarle, sino a rendere talvolta difficile distinguere, all'interno di questo rapporto, ciò che si fa causa da ciò che si definisce come effetto.

È l'incontro delle funzioni con l'organizzazione, che diventa banco di prova del governo e della pubblica amministrazione per il patrimonio culturale ¹⁹.

3. L'incontro con l'organizzazione

Nell'incontro con l'organizzazione, la tutela e la valorizzazione, pur nella debolezza della dicotomia e della sua supposta onnicomprensività, diventano il titolo di un'estesa serie di compiti progressivamente ricondotti all'amministrazione statale, ben oltre le identificazioni che ne offre il Codice dei beni culturali e del paesaggio, tronco di antiche origini della loro disciplina sostanziale e procedurale.

E sono appunto i regolamenti che si succedono a disciplinare l'assetto dell'apparato ministeriale a offrire lo spazio normativo per riconoscere a talune attribuzioni, spesso individuate per enucleazione di finalità esplicite e implicite sia alla tutela sia alla valorizzazione, quella rilevanza organizzativa che si ritiene assicurata dalla loro imputazione a strutture dedicate, appositamente costituite o riconfigurate ²⁰.

Le scelte organizzative, mentre confermano in tal modo l'attitudine del Ministero a operare, come vuole il suo stesso disegno istitutivo, quale centro non solo di governo ma anche di gestione e di amministrazione attiva ²¹, ne consolidano il ruolo di interlocutore necessario di tutti gli attori, sia pubblici sia privati, del sistema e qualunque sia l'azione che si tratti di porre in essere.

La centralità dell'apparato ministeriale, lasciata inalterata dai processi di decentramento che hanno lambito più che investito il settore, con i regolamenti che ne definiscono l'organizzazione diventa anzi tale che le stesse funzioni delle altre amministrazioni, regionali e locali, paiono definirsi *per relationem*.

Qualunque sia la valutazione che s'intenda dare di questa opzione, tanto più a fronte dei dubbi esiti del generale processo di decentramento che ha investito l'intero sistema politico-amministrativo e dell'incerto rendimento di altri modelli organizzativi, originariamente apparsi come le alternative sacrificate dall'istituzione del "grande" Mibac, è indubbio che essa contiene in sé una sfida.

¹⁹ Un banco di prova che si definisce tale anche alla luce dell'attenzione raccomandata all'imputazione e alla distribuzione delle funzioni, quale criterio alla cui stregua definire l'organizzazione di ogni sistema pubblico, su cui valga sempre il rinvio a M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni, in Amministrazione civile*, 1957, I, p. 11 ss.

²⁰ Si ricorda qui che il Mibac, retto all'indomani della sua istituzione, dal regolamento dettato dal precedente d.P.R. 3 dicembre 1975, n. 805, è stato successivamente disciplinato nella sua organizzazione dal d.P.R. 29 dicembre 2000, n. 441, poi abrogato e sostituito dal d.P.R. 10 giugno 2004, n. 173, a sua volta abrogato dal d.P.R. 26 novembre 2007, n. 233, come modificato dal d.P.R. 2 luglio 2009, n. 9. Regolamento successivamente sostituito dal d.p.c.m. 19 agosto 2014, n. 171, abrogato dal nuovo regolamento, peraltro rimasto privo di attuazione, adottato con d.p.c.m. 19 giugno 2019, n. 76, a sua volta sostituito e abrogato dal d.p.c.m. 2 dicembre 2019, n. 169.

²¹ Su questi caratteri dell'apparato ministeriale, s. cfr. G. Pastori, *La riforma dell'amministrazione centrale tra continuità e discontinuità*, in *Aedon*, 2015, I.

Quella insita nella scommessa, già sottesa alla scelta di darvi istituzione con il d.lgs. n. 378/1998, discostandosi dalle indicazioni e dalle tappe delineate dalla l. delega n. 59 del 1997²², sulla capacità di un Ministero di farsi centro di riferimento delle politiche e degli interventi in materia di patrimonio culturale e più ampiamente di cultura. E, insieme, sulla tenuta di un apparato sempre più articolato, anche per effetto della scelta di conferire una distinta evidenza organizzativa a talune attribuzioni, ritenute progressivamente idonee a soddisfare nuove esigenze o a sviluppare nuove potenzialità del patrimonio culturale.

Una sfida, aperta dai regolamenti che definiscono l'ambiente organizzativo entro il quale sono tenute a svilupparsi decisioni di governo e di gestione, la cui formazione e il cui perfezionamento passano attraverso una rete sempre più densa di rapporti orizzontali e verticali fra le tante soggettività chiamate a esercitare compiti e funzioni destinati a intersecarsi all'interno di affollate linee di coordinamento e di comando.

3.1. *Rapporti tra funzioni e rapporti tra soggetti*

Se si guarda all'organizzazione del Ministero, per come risulta dagli ultimi provvedimenti di disciplina, in attesa degli adeguamenti resi necessari dallo scorporo delle funzioni in materia di turismo²³, è facile cogliere, già con riferimento alle sole strutture del livello centrale, deputate alla tutela e alla valorizzazione del patrimonio culturale, la complessità di un disegno animato da quattro Direzioni generali con compiti di gestione, collocate al vertice di una diffusa amministrazione periferica, tre Direzioni generali titolari di altre funzioni gestionali, ma la cui natura trasversale le colloca al centro di un reticolo di relazioni sia con gli altri uffici dirigenziali centrali sia con le loro articolazioni periferiche, e di due Direzioni generali con funzioni strumentali, di *staff*.

Un assetto, che rappresenta l'ultima tappa di un percorso fatto di ripetute ridefinizioni, giunte a toccare anche il modello organizzativo per Direzioni generali, dapprima nel segno delle unificazioni per la riduzione numerica degli uffici dirigenziali centrali in ragione di esigenze di contenimento della spesa pubblica e successivamente di nuove suddivisioni, accanto a nuovi accorpamenti²⁴.

In occasione di ogni riordino, tanti sono stati gli interrogativi circa l'idoneità delle soluzioni, volta a volta accolte, ad assicurare il miglior esercizio di funzioni oggetto di separazioni o, per converso, di aggregazioni che, a molti osservatori, parevano obbedire alle logiche del "lego istituzionale" più che riflettere intrinseche contiguità o utili distanze²⁵.

²² Cfr. art. 11, co. 1, lett. a), l. 15 marzo 1997, n. 59.

²³ Il riferimento è all'ultimo regolamento adottato con d.p.c.m. 2 dicembre 2019, n. 169 e ai decreti ministeriali volti a darvi attuazione, in attesa delle modifiche conseguenti all'art. 6, d.l. 1 marzo 2021, n. 22, recante "Disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri", convertito in l. 22 aprile 2021, n. 55, con il quale si è istituito il Ministero del Turismo e conseguentemente ridenominato, come tale, il Ministero della Cultura.

²⁴ Si ricorda, qui, che il Mibac organizzato, all'atto della sua istituzione, secondo il modello per Direzioni generali, con il d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 3 venne configurato secondo il modello dipartimentale, per poi ritornare, con l'art. 2, co. 24, d.l. 3 ottobre 2006, n. 286 all'originaria struttura per Direzioni generali, successivamente e reiteratamente modificate nella loro articolazione e numerosità.

²⁵ In merito al "lego istituzionale" che interessò il Mibac già all'atto del d.l. 18 maggio 2006, n. 181,

Sullo sfondo di tali controverse valutazioni, le difficoltà a definire i rapporti intercorrenti fra attribuzioni interessate da ineliminabili interdipendenze o connotate da complessità e specificità tecniche che, in taluni casi, facevano apparire dubbia l'altra possibilità ossia quella di accentrarne l'esercizio in capo alla medesima struttura.

Molti di questi interrogativi circondano anche l'ultima configurazione dell'amministrazione centrale, in cui ci si confronta con accorpamenti o con partizioni organizzative che offrono risposte differenziate, per certi aspetti quasi opposte, alle esigenze di efficacia e di efficienza degli interventi pubblici.

Da un lato la scelta, effettuata con il d.m. 23 gennaio 2016, di ricondurre a una sola struttura dirigenziale centrale le competenze in materia di Archeologia, Belle Arti e Paesaggio, speculare se non conseguente a quella di istituire Soprintendenze parimenti uniche, immaginata quale soluzione organizzativa funzionale a «razionalizzare e rendere più efficiente l'amministrazione periferica di tutela del patrimonio culturale». Discusso punto di arrivo di un lungo dibattito circa la dimensione olistica reputata necessaria alla piena esplicazione di una tutela che sappia considerare i beni nella loro unitarietà, anche di contesto, e non separatamente, per tipologie.

Dall'altro, la conferma di Direzioni generali rispettivamente dedicate ai Musei, agli Archivi e alle Biblioteche benché anche per esse fossero state formulate proposte per un'aggregazione atta a favorire il coordinamento tecnico-scientifico degli interventi e, si potrebbe aggiungere, valorizzare le ontologiche connessioni funzionali fra questi istituti²⁶.

Accanto ad esse, il riconoscimento organizzativo che si è inteso assicurare, presso il medesimo livello centrale, a funzioni enucleate da sfere di competenza prima unificate in capo ad altre strutture.

Con il d.p.c.m. n. 171/2014 si è così istituita un'apposita Direzione generale Educazione e Ricerca, dal 2019 estesa anche agli Istituti Culturali, chiamata a elaborare, coordinare e valutare i programmi di formazione, educazione e ricerca posti in essere da tutte le strutture centrali e periferiche del Ministero. Con il successivo regolamento del 2019 si è inoltre creata la Direzione generale per la Sicurezza del Patrimonio Culturale, quale altra risposta organizzativa rafforzata ad un'esigenza dapprima oggetto di imputazioni a soggettività meno pronunciata.

Due nuove Direzioni, dunque, titolari di funzioni trasversali che le conducono ad essere parti di relazioni orizzontali con le altre Direzioni generali e con le loro strutture periferiche, aggiungendosi alla Direzione generale Creatività contemporanea, egualmente chiamata ad entrare in raccordo, a determinati effetti, anche con quelle deputate al patrimonio culturale in senso proprio e a quelle tipicamente deputate all'esercizio di funzioni strumentali, di *staff*, quali sono la Direzione generale Organizzazione e Bilancio, conservate distinte nonostante loro precedenti accorpamenti.

quando gli furono sottratte le competenze in materia di sport e attribuite quella in materia di turismo, in un assetto che accoglieva il modello dipartimentale, s. cfr. G. Sciullo, *Il 'Lego' istituzionale: il caso del Mibac*, in *Aedon*, 2006, 3.

²⁶ In questo senso, le proposte formulate dalla "Commissione per il rilancio dei beni culturali e del turismo e per la riforma del Ministero in base alla disciplina sulla revisione della spesa", istituita con decreto del ministro Bray il 9 agosto 2013, e presieduta da Marco D'Alberti. Per il testo della relazione finale, licenziata il 31 ottobre 2013, cfr. www.aedon.mulino.it, 2013.

Ma ciò che più rileva, le Direzioni generali sono poste al centro di una variegata rete di rapporti verticali e orizzontali i cui intrecci riflettono orditi e trame differenti, in ragione delle tante soggettività, vecchie e nuove, delle quali sono costituite come unità apicali di riferimento.

Sottoposte al coordinamento del Segretario generale e ai suoi poteri anche sostitutivi, in caso di loro perduranti inerzie, le Direzioni generali si trovano in un rapporto di sovraordinazione, a differente grado di intensità, con una pluralità di strutture sia appartenenti alla loro amministrazione periferica, per quelle che ne siano dotate, sia costituite come uffici centrali che si trovano in relazione funzionale con le loro aree di competenza. Tutte attratte, in relazione allo statuto e alle attribuzioni ad esse riconosciute, in parallele e, per certi aspetti, interferenti linee di comando e di coordinamento con altri uffici centrali e periferici.

3.2. *Tra linee verticali e linee orizzontali*

Un disegno, dunque, a geometrie di rapporti differenti, la cui intrinseca multiformità meglio si definisce quando si guardi all'assetto del Ministero "dal basso", ossia dalla prospettiva delle singole strutture ricondotte alle diverse Direzioni.

Quanto alle amministrazioni periferiche, fra i tanti esempi, quelli offerti dalle Soprintendenze Archeologia, Belle Arti e Paesaggio. Sottoposte alla corrispondente Direzione unica, che dispone nei loro confronti di poteri di direzione, indirizzo, coordinamento, controllo e, in caso di necessità, informato il Segretario generale, avocazione e sostituzione, sono altresì destinatarie delle direttive e degli atti di indirizzo formulati dalla Direzione generale Creatività contemporanea, per le funzioni in materia di rigenerazione urbana.

Nell'esercizio dei compiti di tutela ad esse primariamente spettanti, le Soprintendenze, poi, soggette al coordinamento, su base territoriale, di quel discusso livello intermedio, segmento di un'altra linea di comando, rappresentato dai Segretariati regionali, costituiti anche come stazioni appaltanti per tutti gli interventi sui beni culturali, sono chiamate a raccordarsi con una pluralità di uffici, sia centrali sia periferici, diversi a seconda della misura e del procedimento previsto per la sua adozione, nonché della rilevanza organizzativa assegnata a talune attribuzioni. Ed è in forza di questi passaggi che ad esse è, fra il resto, richiesto di raccordarsi anche con la Soprintendenza nazionale per il patrimonio culturale subacqueo, nuovo ufficio dirigenziale centrale istituito con il d.p.c.m. 169/2019, per gli interventi che riguardino questa tipologia di beni²⁷.

Del pari, sono sempre le scelte organizzative a chiedere loro di riferirsi, per le attività di divulgazione, educazione, formazione e ricerca alla Direzione generale Educazione, Ricerca e Istituti culturali nonché, quanto ai programmi concernenti studi, ricerche ed iniziative scientifiche in tema di catalogazione e inventariazione definiti in concorso con le Regioni, al nuovo ufficio centrale della *Digital Library*.

Fra le altre amministrazioni periferiche, che ben raccontano la rete delle relazioni che vanno ad avvolgere, secondo traiettorie differenti, le tante e differenti soggettività

²⁷ Cfr. artt. 37, 40 e 41 del d.p.c.m. 2 dicembre 2019, n. 169.

nelle quali si articola l'apparato ministeriale, vi è quella ricondotta alla Direzione generale Musei.

Il riconoscimento, risposta a un'esigenza da tempo rappresentata²⁸, di un nuovo statuto di autonomia ai musei statali, giudicati di rilevante interesse nazionale, ha accresciuto, con le sue sempre più estese applicazioni, il novero delle strutture che entrano in relazione con la Direzione generale, sia pure all'interno di linee di comando differenti a seconda della loro configurazione come uffici di livello dirigenziale generale o non generale. Solo queste ultime sono, infatti, sottoposte ai suoi poteri di direzione, indirizzo, controllo e, in caso di necessità, avocazione e sostituzione al pari di quelle altre articolazioni periferiche costituite dalle Direzioni regionali musei, alle quali peraltro compete assicurare, sul territorio di competenza, l'espletamento del servizio pubblico di fruizione e valorizzazione di tutti gli istituti e i luoghi della cultura statali, anche di quelli dotati di autonomia speciale.

Una pluralità di soggetti, dunque, che diventano parti di rapporti anche con altre articolazioni periferiche e centrali del Ministero, dalle Soprintendenze alla Direzione Educazione e Ricerca. Tutti chiamati a coordinarsi funzionalmente, innanzi tutto, all'interno dei sistemi museali regionali, promossi dalle competenti Direzioni regionali Musei, e poi del sistema museale nazionale, assegnato alla responsabilità della Direzione generale Musei, quale momento peraltro essenzialmente procedurale volto a favorire l'adozione, da parte di tutti i musei, non solo statali, di livelli minimi uniformi di qualità capaci di migliorare la fruizione e la gestione del patrimonio culturale²⁹.

Non meno intricata è la rete di relazioni, verticali e orizzontali, che, con il crescere della complessità organizzativa e funzionale dell'apparato ministeriale, avvolge gli uffici centrali ad autonomia speciale, anch'essi titolari di attribuzioni il cui esercizio interseca le competenze di altre articolazioni sia centrali sia periferiche.

Ne offre un esempio, fra gli altri, l'Istituto centrale per la digitalizzazione del patrimonio culturale – *Digital Library*, creato con d.p.c.m. n. 169/2019 per assicurare una risposta organizzativa alle nuove potenzialità offerte dallo strumento digitale ai fini sia della tutela sia della valorizzazione dei beni culturali³⁰.

Configurato come ufficio di livello dirigenziale generale, posto sotto la vigilanza della Direzione generale Educazione, Ricerca e Istituti culturali, è tenuto a curare il coordinamento e a promuovere i programmi di digitalizzazione del patrimonio culturale di competenza del ministero e, in ragione di queste attribuzioni, entra in una complessa rete di rapporti con pressoché tutte le strutture del Ministero.

Al suo direttore spetta nominare i vertici di quattro uffici, anch'essi ad autonomia speciale, sui quali esercita funzioni di indirizzo e di vigilanza, quali sono l'Istituto centrale per gli archivi, l'Istituto centrale per i beni sonori e audiovisivi, l'Istituto centrale per il catalogo e la documentazione, l'Istituto centrale per il catalogo unico delle biblioteche italiane, comunque dipendenti dalla Direzione generale Educazione, Ricerca e Istituti culturali, tenuta ad agire d'intesa con le Direzioni generali Organizzazione e Bilancio, per l'assegnazione delle risorse umane e strumentali.

Un quadro al quale si aggiungono la Direzione generale Archivi e quella Bibliote-

²⁸ Cfr. in proposito, L. Casini, *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon*, 2014, 3.

²⁹ In merito all'attivazione del sistema museale nazionale, cfr. d.m. 21 febbraio 2018, n. 113.

³⁰ Cfr. art. 35 del d.p.c.m., n. 169/2019.

che è diritto d'autore, riferimento, per le funzioni di competenza, la prima dell'Istituto centrale per gli archivi, la seconda dell'Istituto centrale per i beni sonori e audiovisivi e dell'Istituto centrale per il catalogo unico delle biblioteche italiane nonché la Direzione generale Creatività contemporanea quanto alla elaborazione dei programmi concernenti studi, ricerche ed iniziative contemporanee.

Esempi di quell'organizzazione che si fa banco di prova del buon funzionamento della pubblica amministrazione.

4. Le sfide interne e le sfide esterne

Le vicende che, anche oltre ciò che si è ricordato, hanno connotato forme e dimensioni della presenza pubblica nell'ambito del patrimonio culturale raccontano dunque quanto la ricerca della sua efficacia ed efficienza sia stata, in gran parte, affidata a una costante ridefinizione degli assetti dell'amministrazione statale e segnatamente dell'apparato ministeriale di riferimento.

Sono appunto le sfide che l'organizzazione ha proposto e continua a proporre alle funzioni, con i costi che ogni riforma porta con sé e che diventano anche misura del suo rendimento quando essa si faccia veicolo di scelte che reagiscono sulla capacità di ogni pubblica amministrazione di rispondere alle necessità dei settori affidati alla sua cura³¹.

Così è per la sfida che le distinte evidenze organizzative assegnate ad attribuzioni individuate per scorporo da plessi di funzioni, progressivamente segmentate fra un numero crescente di strutture dotate di una propria soggettività, propone alla capacità dei diversi apparati di esprimersi negli spazi dei mutui raccordi e coordinamenti. Così è per la sfida che le razionalizzazioni organizzative propongono alle conoscenze, alle competenze e alle abilità necessarie ad assolvere compiti, anche connotati da un'elevata natura tecnica, che ricevono nuove declinazioni al variare dei criteri che presiedono alle loro sistemazioni.

Ad esserne investiti sono tanto i vertici amministrativi dell'apparato ministeriale, chiamati a governare un insieme composito di uffici posti sotto la loro direzione o la loro vigilanza benché contestualmente attratti, in relazione a talune attribuzioni, in altre, parallele, linee di comando e di coordinamento, quanto questi stessi uffici, quando si confrontino con scelte organizzative che incidono sull'oggetto e sulle modalità di esercizio dei loro compiti come, fra gli altri, negli esempi ricordati dei Soprintendenti Archeologia, Belle Arti e Paesaggio e di quelli Archivistici e Bibliografici che dagli accorpamenti delle competenze hanno visto modificarsi il loro ruolo.

Sfide, dunque, interne che diventano nondimeno esterne, in quanto incidenti anche sulla più ampia capacità dell'apparato ministeriale di farsi interlocutore dei tanti soggetti e dei tanti interessi, pubblici e privati, che compongono il complesso sistema del

³¹ In merito ai costi che le continue riorganizzazioni cui è stato sottoposto l'apparato ministeriale hanno comportato a carico dell'efficacia e dell'efficienza della sua azione, si ricordino, per tutti, i rilievi che la Corte dei Conti ebbe a formulare già nella Relazione annuale sul rendiconto del Mibac per l'esercizio 2008, in cui osservò che «Si ritiene, comunque, di dover sottolineare che la frequente modifica degli assetti organizzativi dell'amministrazione incide negativamente sulla pianificazione delle attività e degli interventi, determinando un rallentamento nella realizzazione dei programmi».

quale si è fatto centro di riferimento o che entrano in relazione con esso.

Quasi a offrirne prova, vi è anche la scelta recente di istituire, nell'ambito delle misure per il rafforzamento delle strutture amministrative funzionali all'attuazione degli interventi previsti dal Piano nazionale di resistenza e resilienza, una Soprintendenza speciale, configurata come ufficio di livello dirigenziale generale straordinario, operativo sino al 31 dicembre 2026, per il più efficace e tempestivo esercizio delle funzioni di tutela dei beni culturali e paesaggistici che vengano ad esserne coinvolti³².

Una sorta di "altra" amministrazione, pur intestata alla Direzione generale Archeologia, Belle Arti e Paesaggio, provvista di poteri sostitutivi e di avocazione nei riguardi delle Soprintendenze uniche, dotata di un apposito contingente di esperti di elevata qualificazione, in cui ben può leggersi anche la risposta straordinaria e transitoria alle necessità dei contesti quando si trovino al cospetto dell'assetto organizzativo del Ministero.

Ma, al di là dei correttivi, dei ripensamenti e delle stesse valutazioni che si vogliano dare della configurazione assegnata alle diverse amministrazioni, è indubbio che ogni qualvolta le funzioni incontrino l'organizzazione a entrare in scena, sino a definirsi come elemento di risoluzione o almeno di attenuazione delle tensioni che ne derivano e perciò di superamento delle sfide che si aprono, è l'adequatezza, qualitativa e quantitativa, del capitale umano di cui ci si può avvalere.

Condizione che, nella consapevolezza delle tante sedi impegnate a riflettere sui percorsi atti ad assicurare il miglior funzionamento del settore pubblico, si definisce ormai come il presupposto di ogni riforma per l'efficacia e per l'efficienza, come tale oggetto recente di nuove richieste di interventi urgenti rivolte dalle sedi comunitarie al nostro Paese, perché ne sia superata la scarsa capacità amministrativa³³.

Sullo sfondo, la questione sottesa e del pari aperta, anche oltre le attenzioni che le sono state da tempo dedicate e le prime risposte che le sono state fornite in via legislativa³⁴, dei processi di selezione e formazione delle competenze e dei *soft skills* necessari a qualificare il personale pubblico.

³² Cfr. art. 29, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, "Governance del piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure".

³³ In questo senso, anche l'ultima, in ordine di tempo, "Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia", 20 maggio 2020, COM(2020)512 *final* nonché le indicazioni fornite dalla Commissione Europea agli Stati membri, impegnati a redigere i Piani nazionali di ripresa e resilienza per gli obiettivi del programma *Next Generation EU*. Su cui, cfr. *Commission Staff Working Document "Guidance to Member States Recovery and Resilience Plans SWD (2020) 205 final*. E la riforma della pubblica amministrazione per il miglioramento della capacità amministrativa del Paese, attraverso un rafforzamento dei processi di selezione, formazione e promozione dei dipendenti pubblici è, appunto, una delle quattro riforme di contesto previste nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza *#NextGeneration Italia*. Su tali questioni, sia consentito rinviare a C. Barbati, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Diritto pubblico*, 2021, 1, p. 29 ss.

³⁴ Sul punto, s. cfr., da ultimo, cfr. S. Battini, S. Bandera, *L'esperienza recente della Scuola Nazionale dell'Amministrazione nel dialogo con le amministrazioni destinatarie della formazione*, p. 1 ss. e B.G. Mattarella, *Conclusioni*, in AA.VV., *Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, *Annuario Aipda 2019*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 1 e 291 ss. Quanto alle prime risposte che si sono intese fornire, con specifico riferimento alle semplificazioni e alle accelerazioni delle procedure per il reclutamento del personale pubblico, cfr. art. 10, d.l. 1 aprile 2021, n. 44, convertito in l. 28 maggio 2021, n. 76 nonché il d.l. 9 giugno 2021, n. 80, per il rafforzamento della capacità amministrativa.

Tappe ineludibili di un percorso atteso da tutte le pubbliche amministrazioni e, nel loro ambito, anche dall'amministrazione statale del patrimonio culturale. Sono d'altro canto note, e come tali evidenziate anche dal Consiglio superiore dei beni culturali e paesaggistici, le gravi carenze di organico che affannano l'azione dell'apparato ministeriale³⁵. Altrettanto nota è l'assenza delle professionalità richieste dalle nuove necessità e potenzialità del patrimonio culturale oltre che dai nuovi contenuti che le scelte organizzative hanno assegnato a talune delle sue figure³⁶.

Molte sono state le analisi e le riflessioni sviluppate in merito ai saperi necessari al governo e all'amministrazione del patrimonio culturale, ai metodi e ai percorsi formativi dei diversi profili professionali deputati ad esercitare le funzioni di tutela e di valorizzazione, molti i richiami alla cooperazione che, a tal fine, si vorrebbe promuovere fra il Ministero della Cultura e il Ministero dell'Università e della Ricerca, oggetto di protocolli d'intesa, anche recenti, in attesa di concretizzazioni³⁷.

Ed è sempre l'ambito del patrimonio culturale ad avere sperimentato e cercato risposte anche alla necessità di definire metodi di selezione del personale atto ad assicurare l'attrazione e la formazione delle migliori professionalità.

Basti ricordare la scelta, dovuta alla l. 29 maggio 2014, n. 106, di affidare l'individuazione dei direttori dei musei e degli istituti della cultura statali di rilevante interesse nazionale a selezioni pubbliche internazionali, aperte anche a non appartenenti ai ruoli dell'amministrazione oltre che a cittadini di altri paesi dell'Unione Europea³⁸.

A ciò si aggiunge la procedura, peraltro in attesa di ricevere attuazione, introdotta

³⁵ Sul punto, cfr. le Osservazioni e proposte in materia di personale Mibact elaborate dal Consiglio superiore dei beni culturali e paesaggistici, nella sua seduta del 24 dicembre 2020, ove si rileva, fra il resto, una carenza complessiva di personale rispetto alle dotazioni organiche del 2015-2016 intorno al 40%, «in aumento tendenziale verso il 50% nel 2021» con una carenza di dirigenti che «raggiunge punte anche del 60%, fino ad arrivare al 75% nel settore degli Archivi». D'altro canto, anche con riguardo al complessivo settore pubblico, proprio il PNRR #NextGeneration Italia evidenzia la significativa riduzione numerica dei dipendenti pubblici, occorsa nell'ultimo decennio e tale da portarne la consistenza a un livello oggi inferiore alla media OCSE.

³⁶ A tale riguardo, è opportuno ricordare che la stessa individuazione dei profili professionali del settore ha trovato risposte solo parziali nel d.m. 20 maggio 2019, con cui si è disciplinata la procedura e si sono definiti i percorsi formativi e i requisiti per l'inserimento negli elenchi nazionali dei professionisti dei beni culturali previsti dall'art. 2 della l. 22 luglio 2014, n. 110. La ricognizione, effettuata nell'occasione, è equivalsa infatti a una fotografia dell'esistente che, come si legge nella relazione illustrativa e nelle stesse premesse del decreto, non esaurisce il quadro delle professionalità legate all'attività del Ministero, attendendo perciò integrazioni riferite espressamente, sia pure solo esemplificativamente, anche alle professioni museali, rimaste escluse dal quadro.

³⁷ Meritano, in particolare, di essere ricordati i protocolli d'intesa stipulati il 19 marzo 2015 e il 17 dicembre 2020 tra i due Ministeri, per l'integrazione delle rispettive attività di ricerca e di formazione, nonché le analisi e le proposte sui contenuti e sulle innovazioni che avrebbero dovuto interessare la formazione universitaria in materia di patrimonio culturale, sviluppate dalla Commissione paritetica CUN- Consiglio superiore dei beni culturali e paesaggistici, documentate nella relazione finale del 5 febbraio 2018 (su cui cfr. www.cun.it). Su questi temi, sia inoltre consentito rinviare a C. Barbati, *Patrimonio culturale, ricerca e formazione superiore: rapporti da costruire*, in *Aedon*, 2019, 3.

³⁸ In questo senso, art. 14, co 2-bis, della l. n. 106/2014, di conversione del d.l. 31 maggio 2014, n. 83, e successive modifiche. In proposito, s. cfr. M. Cammelli, *Direttori dei musei: grandi riforme, piccole virtù e un passato che non passa*, in *Aedon*, 2018, 1; M. Ramajoli, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 4, p. 489 ss.

con l'art. 24 del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, per il reclutamento della dirigenza tecnica del Ministero.

In deroga a quanto stabilito dall'art. 21 del d.P.R. 24 settembre 2004, n. 272, si è infatti previsto che, «al fine di reclutare personale dotato di specifiche professionalità tecniche nei settori della tutela e della valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio», l'accesso alla qualifica dirigenziale tecnica nel Mic avvenga «anche per corso-concorso selettivo di formazione» bandito dalla Scuola Nazionale dell'Amministrazione, in collaborazione, sulla base di un'apposita convenzione, con la Scuola dei Beni e delle Attività Culturali. E, sempre in deroga alle regole che presiedono al corso-concorso, si è stabilita una riserva di posti, pari al 10%, per il personale dipendente del ministero in possesso dei titoli richiesti per accedere alla procedura, così facendone un altro percorso di reclutamento aperto in prevalenza ad esterni³⁹.

Prime risposte, di per sé innovative, a una questione, quella appunto dell'adeguatezza qualitativa e quantitativa del personale pubblico, che quando venga colta nella dimensione piena dell'*administrative capacity building* ossia della costruzione di un ambiente capace di riconoscere e valorizzare le competenze, le conoscenze e le abilità necessarie ad assicurare la qualità, anche in termini di efficacia ed efficienza, della decisione e dell'intervento pubblico, richiede in realtà anche altro.

In particolare, richiede condizioni organizzative e procedurali appropriate innanzi tutto alle funzioni che si tratta di esercitare e su questo attende una nuova attenzione da parte di tutte le pubbliche amministrazioni e dunque anche di questo Ministero.

Un Ministero per il quale può perciò dirsi giunto il tempo perché, allontanando lo sguardo da sé, si volga a verificare la propria capacità di farsi interlocutore del sistema del quale si è costituito come centro di riferimento, ritornando a questo scopo alle funzioni e alle loro necessità.

Un ritorno che, per il Ministero della Cultura, è a quelle funzioni lasciate alla disciplina che ne detta un Codice esposto alle difficoltà del dialogo sia con un'amministrazione i cui assetti organizzativi reagiscono su una normativa che non li conosceva e che ad essi non è stata mai uniformata sia con le tante leggi, generali o di settore, introdotte e in via di introduzione da altri legislatori e che, mentre il Ministero era impegnato a riformarsi, hanno investito, con le complessità dei coordinamenti mancati, i tanti soggetti e i tanti interessi che alimentano il sistema del patrimonio culturale.

Se si vuole, un'altra sfida, perché la capacità amministrativa sia anche capacità di governo del settore.

³⁹ In questo senso, art. 24, co. 5-11, del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito in l. 13 ottobre 2020, n. 126. La formulazione letterale della norma lascia comunque supporre che questa modalità di accesso, introdotta dal legislatore con la congiunzione "anche", si affianchi al concorso pubblico per esami, indetto dall'amministrazione, quale modalità indicata come esclusiva per l'accesso alla dirigenza tecnica dall'art. 21 del d.P.R. 24 settembre 2004, n. 272 che, in ciò, verrebbe derogato. Si ricorda qui che la Scuola dei Beni e delle Attività Culturali è una Fondazione di partecipazione, operante negli ambiti di competenza del Mic, subentrata, ai sensi dell'art. 5, co. 1-bis e 1-ter del d.l. 31 dicembre 2014, n. 192 e dell'art. 1, co. 6, del d.l. 12 luglio 2018, n. 86, alla Fondazione per gli studi universitari e di perfezionamento sul turismo, di cui all'art. 6 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

L'immateriale dei beni culturali nell'era digitale: valori culturali ed economici

Angelo Lalli

Sommario: 1. La centralità dell'immagine dei beni culturali nell'era digitale: *blockchain*, nuove forme di arte e nuovi mercati. – 2. L'immagine dei beni culturali e le sue tutele giuridiche: l'interesse culturale. – 2.1. L'immagine dei beni culturali e la sua tutela giuridica: l'interesse economico dell'amministrazione pubblica. – 3. Il fondamento costituzionale del potere dello Stato e degli altri enti territoriali di proteggere il valore culturale e di sfruttare economicamente l'immagine dei beni culturali. – 4. La protezione pubblicistica dell'immagine dei beni culturali e il diritto dello Stato di poterne ricavare valore economico nei mercati digitali: una sfida da raccogliere.

1. La centralità dell'immagine dei beni culturali nell'era digitale: *blockchain*, nuove forme di arte e nuovi mercati

Le tecnologie digitali si connotano per il fatto di attribuire un rilievo essenziale alle immagini. Gli *smartphone*, gli *smartwatch*, il *web* hanno in comune di focalizzare l'attenzione degli utilizzatori sulle immagini che attraverso essi possono essere acquisite, fruite, trasmesse e anche rielaborate. L'immagine nell'era digitale può essere l'espressione di una realtà concreta esistente o anche di una realtà puramente virtuale, prodotta artificialmente e disponibile solo nel mondo digitale. Come già aveva notato McLuhan¹ il mezzo è sempre più il messaggio perché condiziona il contenuto comunicato e la stessa *forma mentis* dei destinatari. Inoltre, la estesa disponibilità delle tecnologie consente praticamente a chiunque di assumere ruoli attivi nella elaborazione di immagini e nella loro trasmissione a comunità di persone tramite il *web*. Si pensi alla diffusa abitudine di fotografare o anche filmare eventi del quotidiano. È possibile poi facilmente ridefinire le immagini raccolte, mediante appositi programmi (o *app*) che consentono di manipolarle a proprio piacimento e, infine, è abbastanza semplice ritrasmettere l'immagine oggetto della manipolazione attraverso i vari *social*, *blog* o siti *internet*.

Si sta sviluppando il nuovo settore delle opere visive native digitali: rappresentazioni create nell'ambiente digitale e del tutto svincolate da qualsiasi presupposto o riferimento materico. L'immagine digitale in questi casi non rappresenta più nulla di

¹ M. McLuhan, Q. Fiore, *Il medium è il messaggio*, Milano, Feltrinelli, 1967.

concreto e di tangibile, ma si presenta come pura idea estetica. È il fenomeno della c.d. *crypto art*.

Nell'ambiente digitale si afferma la peculiare tecnologia *blockchain*² che si presta ad avere plurimi impieghi nel settore dei beni culturali.

Si tratta di un registro distribuito³ nel quale sono documentati, in ordine cronologico, secondo una sequenza immutabile, tra l'altro, immagini e codici crittografici che possono rappresentare anche transazioni. Il registro non è memorizzato da un'autorità centrale; esso è replicato, sempre identico a se stesso, da tutti i soggetti che partecipano alla rete. Questi sono *server* e sono definiti i nodi della piattaforma. Invece di un'autorità centrale che gestisce il *database*, tutti i nodi dispongono di una copia identica del registro e gli aggiornamenti del registro *blockchain* vengono trasmessi a tutta la rete in pochi minuti o secondi. Tutti i nodi sono immediatamente informati degli eventuali mutamenti nel registro. La *blockchain* è appunto una «catena» di «blocchi» ciascuno dei quali contenente un insieme unico di dati, individuato univocamente da un'impronta digitale crittografica chiamata «*hashcode*». Le informazioni contenute nel blocco rimangono accessibili da tutti i nodi indefinitamente, ma non possono essere manomesse. I blocchi non sono indipendenti l'uno dall'altro: essi sono connessi in ordine lineare e sequenziale dai loro *hashcode* unici e da ciò deriva l'idea della «catena». Caratteristica fondamentale della tecnologia *blockchain*, come accennato, è l'immutabilità dei dati registrati nei blocchi. Una volta che un dato viene aggiunto nella *blockchain* non può essere annullato, né corrotto. Questa caratteristica genera la fiducia che gli utenti possono riporre nei dati e nelle transazioni documentati sulla *blockchain*. Nei *database* tradizionali, invece, i dati sono archiviati su un *server* centrale che è generalmente di proprietà di un soggetto: se è manomesso quello, il dato è inficiato irrimediabilmente e nessun altro può intervenire per recuperarlo. Nella *blockchain* la manomissione o la rottura di un nodo non determina la perdita del dato perché esso resta conservato sempre anche negli altri nodi.

Grazie a queste funzionalità, la tecnologia in parola è naturalmente vocata a realizzare sia attività *latu senso* di certificazione e di documentazione di dati, tra i quali certamente vi sono le immagini, sia per raccogliere e gestire transazioni economiche. Quest'ultimo impiego è possibile per mezzo degli *smart contract*. Questi sono programmi (*software*) che utilizzano la *blockchain* per l'esecuzione delle istruzioni che esprimono il contenuto di un dato schema negoziale. Gli *smart contract* operano secondo lo schema logico: «*if/then*». Le istruzioni contenute nel programma sono eseguite esattamente come programmate, senza tempi di fermo, né possibilità di contestazioni, frodi o altre interferenze da parte di nessuno. Il sistema, dunque, consente l'immediata realizzazione di una transazione nel momento in cui le parti trovano l'accordo.

² Questa tecnologia è sostenuta dall'Unione europea che sta realizzando un'infrastruttura europea di servizi *blockchain* (EBSI) al fine di promuovere la fornitura di servizi pubblici digitali transfrontalieri: <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/CEFDIGITAL/EBSI>.

³ Sui diversi profili della *blockchain*, si veda M. Macchia, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 2021, p. 117 ss.; J.B. Auby, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, in *European Review of Digital Administration & Law-Erdal*, Issue 1-2, 2020, pp. 7-15; M. Allena, *Blockchain Technology for Environmental Compliance: Towards A 'Choral' Approach*, in *Environmental Law Review*, 4, 2020.

Accordo ed esecuzione sono un tutt'uno, non v'è tecnicamente possibilità di inadempimento. Infatti, ove non sussistessero tutte le condizioni e i presupposti per il buon esito dell'operazione alla luce dello schema negoziale condiviso, lo *smart contract* non si attiverebbe proprio. La tecnologia in questione, che ha avuto nell'ordinamento nazionale già un primo riconoscimento normativo⁴, potrebbe avere impieghi virtuosi sia per la conservazione dei beni culturali⁵ sia per la loro valorizzazione economica.

Si prospettano nuove frontiere non solo per la protezione, ma anche per la stessa fruizione del patrimonio storico, artistico e archeologico che, attraverso queste nuove tecniche di accurata documentazione, si potrebbe giovare di un corredo informativo più ampio, attendibile e facilmente condivisibile tra tutti coloro che, a diverso titolo, sono interessati ai beni culturali: autorità, studiosi, mercanti, cultori in generale. Le immagini certificate dei beni culturali, eventualmente arricchite dalle informazioni relative alla storia e alla natura dei beni rappresentati, inserite nei blocchi della catena costituirebbero un *set* di dati veritieri sul patrimonio culturale facilmente accessibile da remoto.

L'immagine del bene culturale nella società digitale acquista sempre più un rilievo autonomo rispetto allo stesso bene che rappresenta (quando lo rappresenta). Come tale, essa può essere, ed effettivamente è, oggetto di interesse specifico che dà origine a nuove forme di commercio. La tecnologia *blockchain* consente di utilizzare nuovi schemi negoziali che hanno a oggetto le immagini digitalizzate dei beni culturali per realizzare transazioni economiche che possono ben riguardare gli stessi beni rappresentati nelle immagini. Per esempio, tramite la *blockchain* iniziano a essere realizzate transazioni economiche su opere reali – concrete – i cui titoli di proprietà sono considerati incorporati in *token* che sono scambiati sulla *blockchain*, potendo in tal modo gli interessati contare sulla certezza dei passaggi di proprietà. Un *token* è un insieme di informazioni digitali crittografate che possono essere incorporare diritti di proprietà su beni, in quanto il *token* connette univocamente, in virtù della crittografia, bene e soggetto titolare. Il *token* quindi può circolare attraverso la *blockchain* che ne certifica i diversi passaggi tra gli acquirenti determinati delle transazioni di cui è oggetto. La “*tokenizzazione*” è l'operazione tecnica e giuridica che consente la conversione dei diritti su un bene in un *token* digitale, registrato su una *blockchain*; il bene reale e il *token* sono col-

⁴ Art. 8-ter, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135.

⁵ Riguardo al primo profilo, ad esempio, la *blockchain* potrebbe essere di ausilio per registrare e quindi certificare tutta la documentazione prescritta dal codice dei beni culturali e del paesaggio e relativa, ad esempio: alla catalogazione (art. 17), alla verifica dell'interesse culturale (art. 12), alle informazioni che i commercianti di opere sono tenuti a rilasciare (art. 64), alle dichiarazioni dell'interesse culturale (il c.d. vincolo art. 13), all'autorizzazione all'alienabilità di immobili appartenenti al demanio culturale (art. 55), agli attestati di libera circolazione (art. 68) ed in generale a tutti gli altri provvedimenti soggetti oggi alla semplice iscrizione nei pubblici registri che non sono interconnessi, sono corruttili e non sono facilmente consultabili né in Italia e tanto meno dall'estero. La *blockchain* poi, in connessione con altre tecnologie, può potenziare le attività di conservazione dei beni stessi e di ricerca archeologica. Ad esempio, è stato realizzato un sistema che attraverso l'utilizzazione della scansione 3D per fotografare lo stato effettivo dei beni, l'intelligenza artificiale per riconoscerli e catalogarli e la *blockchain* per certificarne ogni cambiamento del bene nel corso del tempo, ha iniziato a realizzare la catalogazione e la certificazione dello stato di conservazione del patrimonio artistico e archeologico si veda l'esperienza di Kapu *start up* italiana che ha sviluppato un sistema di catalogazione dei reperti archeologici valutato in sede UNESCO <https://businessandleaders.it/2018/07/03/kapu-blockchain-archeologia/>.

legati tra loro da uno *smart contract*. *Tokenizzare* significa generare un *token* e collegarlo a un bene mediante questo tipo di contratto. Teoricamente qualsiasi cosa può essere *tokenizzata*. Le opere una volta identificate mediante l'emissione di *token* che contengono i certificati digitali di proprietà sul bene sono scambiate tramite *smart contract*, normalmente su *blockchain* (*Ethereum*). Il proprietario del *token* diviene proprietario del certificato di proprietà digitale. L'incorporazione del titolo di proprietà (anche parziario) del bene nel *token* fa acquisire a quest'ultimo un valore di mercato ed esso è scambiabile a livello internazionale, mediante apposite piattaforme digitali dove ogni passaggio è registrato. Nel luglio 2018, Maecenas⁶, piattaforma *blockchain* per lo scambio di titoli rappresentativi di opere d'arte, ha messo all'asta, mediante *smart contract*, il 49% della proprietà frazionata dell'opera «*14 Small Electric Chairs*» di Andy Warhol, per un valore di 1,7 milioni di dollari, pari al 31,5% del valore dell'opera. L'opera vale ora 5,6 milioni di dollari. Il proprietario del 51%, in base alle regole della piattaforma, cui gli interessati aderiscono, deve assicurare una corretta gestione e conservazione dell'opera reale. Gli acquirenti hanno acquistato i certificati digitali di proprietà parziale utilizzando il *tokenART* realizzato da Mecenaz oltre ad altre criptovalute. Lo *smart contract* eseguito sulla *blockchain Ethereum* ha determinato il prezzo finale per il dipinto di Warhol, assegnando il ricavato ai diversi comproprietari. Nel caso di cancellazione dalla piattaforma, il proprietario di maggioranza dell'opera dovrà ricomprare le quote dai singoli investitori. Si tratta di sistemi che poggiano sul consenso dei partecipanti e hanno quindi una fonte negoziale: nei fatti, sono modi per rendere più liquido il mercato dell'arte e quindi accessibile anche a chi non disponga delle ingenti risorse che normalmente sono richieste⁷.

Questa peculiare modalità di valorizzazione economica può riguardare sia le immagini riferite a opere concrete dell'arte tradizionale – materica – come nell'esempio ricordato del dipinto di Warhol, sia opere dell'arte nativa digitale. Mentre con riguardo all'immagine dell'arte materica, la *blockchain*, di per sé, non è in grado di garantire l'autenticità – e dunque sarà sempre necessario una forma di controllo e di autenticazione all'atto dell'immissione del dato contenente l'immagine sulla piattaforma – nel caso dell'arte nativa digitale, la tecnologia *blockchain* è idonea a garantire provenienza, autenticità e stato di conservazione attraverso i c.d. token non fungibili. Un token non fungibile (*non-fungible token* o NFT) è un tipo speciale di *token* crittografico che rappresenta un *quid unico*; i c.d. gettoni non fungibili non sono quindi reciprocamente intercambiabili, a differenza delle criptovalute, come *bitcoin* e molti altri *token* di utilità che sono per loro stessa natura fungibili. I *token* non fungibili vengono utilizzati per creare scarsità digitale e proprietà digitale. Gli NFT vengono utilizzati in diverse applicazioni specifiche che richiedono oggetti digitali unici come appunto la *crypto art* che è appunto l'arte digitale crittografata tramite la *blockchain*. Trasferire un NFT equivale a cedere il certificato di proprietà di un bene. Nella *crypto art* sia la creazione intellet-

⁶ Si veda il sito <http://www.mecenas20.com/>.

⁷ Simili prassi negoziali pongono nondimeno criticità, allo stato, non risolte. Non sono, infatti, regolate le offerte dei token (non è previsto, ad esempio, un capitale minimo a garanzia degli investitori, né requisiti di professionalità e onorabilità degli emittenti, non vi sono regole di trasparenza, né obblighi di comunicazioni periodiche; manca un controllo sulla gestione delle opere e sulla loro valorizzazione).

tuale, sia l'opera stessa, ossia l'immagine digitale sono entrambi immateriali. Non è possibile prevedere l'evoluzione di questa forma di arte e dei connessi mercati. Sta di fatto che ormai anche operatori più che consolidati e di elevata reputazione trattano queste opere virtuali attraverso la *blockchain*. Recentemente *Christie's* ha venduto tramite asta (che si è tenuta tra il 25 febbraio e l'11 marzo 2021) l'opera digitale *EVE-RYDAYS: THE FIRST 5000 DAYS* di Mike Winkelmann, detto *BEEPLE*. Si tratta di un'immagine di 21.069 x 21.069 pixel costituita da un collage di 5000 singole immagini realizzate ogni giorno dall'artista tra il 2007 e il 2021. L'opera è stata venduta per 69 milioni di dollari. Grazie alla generazione di un *token* non fungibile, è stato possibile per il creatore dell'opera realizzare nella medesima entità digitale crittografica il certificato di proprietà dell'opera e il contratto di vendita a favore dei nuovi acquirenti. Questi a loro volta poi potranno rivendere l'opera sulle decine di *marketplace* sparsi nel mondo nei quali è possibile scambiare NFT.

Tali esperienze mostrano le molteplici potenzialità finanziarie che le tecnologie digitali e la *blockchain* sono in grado di schiudere nel settore dei beni culturali in generale e anche in quello dei beni culturali pubblici. Sotto questo aspetto, è interessante segnalare un recentissimo impiego di queste tecnologie per la raccolta di fondi realizzata sfruttando l'immagine di alcuni tra i più significativi monumenti delle maggiori città italiane.

*Italian Wonders*⁸ è un'iniziativa originata da alcuni operatori privati del settore digitale e alcune associazioni sindacali, allo scopo di promuovere gli investimenti nell'arte e renderli accessibili a tutti. Il progetto è consistito nella digitalizzazione su *blockchain*, tramite *tokenizzazione*, dell'immagine di alcuni tra i più significativi monumenti delle maggiori città italiane. È stato un progetto senza scopo di lucro ideato per valorizzare il patrimonio artistico e storico pubblico. L'obiettivo dell'iniziativa è stato quello di raccogliere fondi per aiutare i comuni in difficoltà e i luoghi d'arte colpiti economicamente dalla pandemia. In concreto, sono stati emessi *token* non fungibili in numero limitato, rappresentativi dei monumenti simbolici in questione. I *token* sono quindi stati usati come una sorta di francobolli digitali o comunque oggetti digitali da collezione e, come tali, sono stati scambiati sulla piattaforma *blockchain* generando in tal modo valore in quanto unici, non duplicabili e in numero limitato. Le risorse finanziarie così ricavate sono state attribuite ai comuni colpiti dal blocco del turismo.

In conclusione, va osservato che le tecnologie digitali prospettano impieghi particolarmente interessanti riguardo i beni culturali privati e pubblici. Con riguardo a questi ultimi, possono potenziare sia le funzioni di tutela, sia di fruizione⁹, sia di valorizzazione economica.

Un uso adeguato dei nuovi strumenti nell'interesse pubblico presuppone, tuttavia, che sia congruamente definita la disciplina dell'immagine del bene culturale, e più in particolare, dei beni culturali di appartenenza pubblica. Occorre, dunque, soffermarsi su tale quadro normativo.

⁸ Si veda il sito <https://www.italianwonders.io/>.

⁹ Discute di fruizione virtuale M.F. Cataldo, *Preservare la memoria culturale: il ruolo della tecnologia*, in *Aedon*, maggio-agosto 2020, 2.

2. L'immagine dei beni culturali e le sue tutele giuridiche: l'interesse culturale

Come noto, la legislazione pubblicistica sui beni culturali è attualmente focalizzata sulle categorie di cose definite dall'art. 10 del codice dei beni culturali. Oggetto della tutela sono gli oggetti mobili e immobili considerati nella loro fisicità¹⁰. Il testo della legge è su questo aspetto inequivocabile. L'elencazione, pur estesa e articolata, delle cose oggetto di protezione non fa mai riferimento espresso alla loro immagine: ciò è dovuto all'originario impianto della legislazione che risale ai primi anni del secolo scorso un periodo nel quale non poteva esistere la sensibilità al tema delle immagini che, invece, oggi è spiccata. Sulla materialità – e proprio sulla individualità concreta – dei diversi beni culturali è sagomato il sistema delle tutele pubblicistiche e dei connessi poteri amministrativi. Questi sono incisivi e possono avere effetti ordinatori, conformativi, reali e sanzionatori: per loro natura sono finalizzati a proteggere la dimensione concreta del bene.

Una traccia del rilievo giuridico dell'immagine dei beni culturali, peraltro solo se rappresentativa di beni in proprietà pubblica o, con le parole del codice dei beni culturali e del paesaggio (d'ora in avanti solo codice), dei beni culturali che siano in consegna da parte dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali, la si trova negli artt. 107, 108, 109 e 110 del medesimo codice che disciplinano la riproduzione, l'uso precario e strumentale dei beni e i connessi canoni e corrispettivi dovuti per la riproduzione dei medesimi beni da parte dei terzi. Questa disciplina deriva da una serie di interpolazioni avvenute dal 2006 al 2017 e ciò testimonia di per sé un approccio tardivo e occasionale al tema.

Tale scarso quadro normativo appare non adeguato al mutato contesto tecnologico che è dominato dall'immagine e dalla comunicazione ed è perciò destinato «a incidere non solo su singoli aspetti del diritto del patrimonio culturale come si è dato per la liberalizzazione delle riproduzioni fotografiche dei beni culturali pubblici (...) ma, più a fondo, sull'oggetto della disciplina»¹¹.

Le disposizioni ricordate, in ogni caso, fissano una regola generale. Ogni uso individuale del bene culturale pubblico, nell'ambito del quale sono da ricomprendere – secondo il testo degli artt. 106, 107 e 108 del codice – anche le riproduzioni dell'imma-

¹⁰ Cfr. C. cost., 9 marzo 1990, n. 118; Cons. St., VI, 10 ottobre 2020 n. 1023 e 13 maggio 2016 n. 1947.

¹¹ Così M. Cammelli, *L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione*, in *Aedon*, 2017, 3, il quale significativamente precisa che: «La novità è la dematerializzazione, perché la qualità degli strumenti oggi disponibili (in termini di riproduzione e di qualità dell'immagine) e la illimitata possibilità di farne uso e permetterne la circolazione e la riproduzione (dematerializzazione) svincola in qualche modo il bene immateriale dalla materialità con una doppia conseguenza: non è più necessario passare dalla 'coseità' per incidere sul bene immateriale perché ormai questo può essere leso autonomamente, come nel caso della recente e ormai celebre pubblicità dell'immagine del David di Michelangelo che imbraccia un potente fucile da guerra (2014), e per altro verso il bene immateriale acquista un proprio concreto valore come bene tout court e dunque una autonoma e crescente valorizzazione economica che si aggiunge alla tradizionale valorizzazione culturale. Una dimensione che si aggiunge al fatto che gli stessi mezzi di dematerializzazione diventano a loro volta suscettibili di porre un profilo di diretta tutela (per le fotografie, v. art. 10, comma 4, lett. e), codice)».

gine del bene stesso, deve essere autorizzato dall'amministrazione e può essere soggetto al pagamento di un canone. L'autorizzazione è finalizzata alla protezione del valore culturale dell'immagine del bene e potrebbe essere negata se la riproduzione fosse realizzata in modalità tali da ledere quel valore; il pagamento del canone presuppone, invece, l'esistenza di un diritto in capo allo Stato e agli altri enti territoriali titolari dei beni di poterne sfruttare economicamente l'immagine.

Alla regola generale sono apposte alcune eccezioni finalizzate a dare rilievo ad altri interessi pubblici connessi ai beni culturali.

In primo luogo, non è dovuto nessun canone – pur essendo sempre necessaria l'autorizzazione – per le riproduzioni richieste o eseguite da privati per uso personale o per motivi di studio, ovvero da soggetti pubblici o privati per finalità di valorizzazione, purché attuate senza scopo di lucro. Sono poi addirittura del tutto libere, ovvero non soggette neanche ad autorizzazione, le seguenti attività, purché svolte senza scopo di lucro, per finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale e che consistono nella: a) riproduzione di beni culturali diversi dai beni archivistici sottoposti a restrizioni di consultabilità ai sensi del capo III del titolo II del codice, purché attuata nel rispetto delle disposizioni che tutelano il diritto di autore e con modalità che non comportino alcun contatto fisico con il bene, né l'esposizione dello stesso a sorgenti luminose, né, all'interno degli istituti della cultura, né l'uso di stativi o treppiedi; b) divulgazione con qualsiasi mezzo delle immagini di beni culturali, legittimamente acquisite, in modo da non poter essere ulteriormente riprodotte a scopo di lucro.

In sintesi, è libera, cioè prescinde anche dalla necessità dell'autorizzazione e non genera mai il diritto al corrispettivo per l'ente pubblico, la riproduzione a fini non di lucro e per gli scopi culturali di interesse generale indicati. In queste coordinate normative, trova tutela anche la c.d. libertà di panorama.

È da ritenere che queste eccezioni, incentrate sulla distinzione tra le finalità dei diversi usi cui l'immagine può essere adibita, fissino il criterio cui riferirsi per garantire la tutela dei diritti degli utenti dei beni culturali pubblici e l'eminente funzione culturale degli stessi anche nel contesto digitale. La funzione culturale dell'immagine dei beni culturali (che si estrinseca nella diffusione della conoscenza e dello studio dei medesimi e nel possibile uso come fonte di ulteriore ispirazione creativa¹²), alla luce della normativa richiamata, si può quindi spiegare agevolmente. E con ciò, sono preservate la libertà di ricerca, di insegnamento e dell'arte. Ove, invece, l'uso dell'immagine del bene culturale pubblico sia usata nell'ambito di iniziative di valorizzazione economica dei medesimi, da parte di enti pubblici o di privati, potranno sempre essere richiesti i dovuti corrispettivi¹³.

Da questa disciplina emerge il rilievo giuridico di due distinti interessi pubblici connessi alle immagini dei beni culturali: l'interesse alla protezione del valore culturale impresso nell'immagine del bene e l'interesse allo sfruttamento del valore economico di quella stessa immagine.

¹² Così L. Casini, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2016.

¹³ Valorizza l'importanza della distinzione normativa tra usi commerciali e non delle riproduzioni dei beni culturali pubblici S. De Nitto, *Concessioni d'uso del patrimonio culturale*, in A. Moliterni (a cura di), *Patrimonio culturale e soggetti privati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 244 ss.

Sul fondamento ultimo di tali interessi pubblici e dei connessi poteri posti a loro garanzia ci si soffermerà al paragrafo 4. In questa sede deve essere osservato che, al di là di questa essenziale disciplina degli interessi pubblici sull'immagine del bene culturale, non sono previsti specifici poteri conformativi, ordinatori o sanzionatori da poter attivare in caso di una loro lesione che nel contesto dell'era digitale diviene sempre più facilmente realizzabile.

Non desta, quindi, meraviglia che quando si è posto il problema di tutelare l'immagine dei beni culturali rispetto a usi considerati impropri, non si è potuto attingere a nessuno degli istituti del pur corposo apparato pubblicistico di competenze finalizzate alla protezione dei beni culturali pubblici, dovendosi constatare una lacuna nel sistema. Ci si riferisce alla nota vicenda del David di Michelangelo¹⁴ ritratto a fini pubblicitari mentre imbraccia un fucile, per la promozione dell'attività di un'impresa statunitense produttrice di armi. Il fatto accese vivaci polemiche proprio perché si considerò inappropriato un simile uso di quella immagine e quindi lesivo dell'interesse pubblico al valore culturale dell'immagine del David. L'amministrazione non ha potuto fare altro che lamentare l'assenza dell'autorizzazione, senza poter attivare alcuna forma di autotutela¹⁵.

Residua nel nostro ordinamento una tutela dell'immagine del bene culturale sul piano civilistico. Questa trova il suo titolo nella proprietà dell'opera e si attua esercitando l'azione in giudizio per il risarcimento del danno ingiusto (art. 2043 c.c.) causato dall'uso non autorizzato – e quindi anche civilmente illecito – dell'immagine del bene culturale in proprietà pubblica. L'ente pubblico che ha in consegna il bene la cui immagine è stata usata per fini commerciali, in assenza di autorizzazione, può domandare la refusione sia del danno patrimoniale subito (che corrisponde ai mancati introiti commisurati ai canoni dovuti e non riscossi), sia del danno non patrimoniale che può essere causato dall'uso dell'immagine secondo modalità lesive del diritto alla personalità dello stesso ente pubblico proprietario del bene¹⁶. Grava sull'ente pubblico territoriale che agisce in giudizio l'onere della prova dei danni effettivamente subiti. Può essere quindi una forma di tutela non efficace, specialmente nel contesto digitale.

Il diritto vigente mostra che se, da un lato, la ragione profonda della tutela pubblicistica apprestata dall'ordinamento ai beni culturali, pubblici e privati, è ritenuta risiedere, secondo l'insegnamento del Giannini¹⁷, proprio nel valore culturale – immateriale – che essi esprimono e di cui sono il substrato concreto, dall'altro, l'aver elaborato un sistema di protezione amministrativa attento essenzialmente a conservare tale substrato materiale mostra, nell'era digitale, tutti i propri limiti¹⁸.

¹⁴ Sulla vicenda si veda L. Casini, "Noli me tangere": i beni culturali tra materialità e immaterialità, in *Aedon*, 2014, 1.

¹⁵ Le polemiche indussero l'impresa a interrompere la campagna pubblicitaria, ma nessun potere poteva essere esercitato.

¹⁶ In questi termini si esprime la giurisprudenza. Si veda Trib. Palermo, I, 21 settembre 2017, n. 4901 e Trib. Firenze, 26 ottobre 2017, n. 13758.

¹⁷ M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, p. 5 ss.; su Giannini e i beni culturali si veda L. Casini, «TODO ES PEREGRINO Y RARO ...»: Massimo Severo Giannini e i beni culturali, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 3, pp. 987-1005.

¹⁸ Occorre precisare che le considerazioni nel testo non riguardano i c.d. "beni culturali immateriali" di cui parla, tra l'altro, la Convenzione di Faro che in realtà non sono beni in senso giuridico, ma attività e

La possibilità che circolino sul *web* immagini inappropriate di beni culturali è oggi, per quanto visto, viepiù accentuata e l'inappropriatezza può anche consistere, oltre che in fattispecie come quella ricordata dell'immagine del David armato, anche in una non corretta riproduzione del bene stesso, nella rappresentazione del medesimo in termini non storicamente veri o confusori che possono ingannare il pubblico sulle sue caratteristiche reali ed effettive. Tutte queste eventualità – sempre più facilmente realizzabili in virtù della pervasiva diffusione delle tecnologie di raccolta, manipolazione e trasmissione delle immagini – costituiscono un *vulnus* ai valori culturali associati ai beni cui lo Stato deve poter porre rimedio in modo efficace.

Sotto tale profilo, quindi, non si può che confermare la constatazione, secondo cui la normativa pubblicistica attuale appaia lacunosa. Sarebbe auspicabile attribuire specifici poteri amministrativi in capo al Ministero della cultura allo scopo di poter inibire la circolazione di immagini non adeguate di beni culturali sul *web*¹⁹, al fine di tutelarne l'intrinseco valore culturale²⁰.

E ciò dovrebbe valere non solo per i beni culturali in proprietà pubblica, ma anche per i beni culturali in appartenenza privata quando gli stessi presentino un indubbio valore aggiunto di natura collettiva, come quelli che rientrano nella categoria delle “cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose” definita dall'art.10, comma 3 lettera d, del codice. Questa categoria include beni anche privati che esprimono al massimo grado l'identità della nazione, la sua storia e la sua cultura e come tali dovrebbero poter essere protetti in questo valore anche nel mondo digitale.

2.1. *L'immagine dei beni culturali e la sua tutela giuridica: l'interesse economico dell'amministrazione pubblica*

Il bene culturale è fonte di costi per la sua manutenzione, ma può essere anche uno strumento per generare risorse finanziarie. La questione è di particolare rilievo, se si pensa che l'ingente patrimonio culturale pubblico italiano comporta elevatissimi costi

quindi pongono problemi giuridici diversi: così G. Severini *Immaterialità di patrimoni culturali?*, in A. Bartolini, D. Brunelli, G. Caforio (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del convegno svoltosi ad Assisi, 25-27 ottobre 2012, Napoli, Jovene, 2014, p. 119 ss.; diversa e più articolata prospettiva aveva già indicato S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini (1975)*, in Id., *L'Amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 152 ss.

¹⁹ A questa proposta potrebbe essere mossa l'obiezione che attesa la sterminata possibilità di riproduzione di immagini sarebbe di fatto impossibile per l'amministrazione esercitare forme di controllo efficaci. Pare tuttavia dover replicare che ciò prova troppo: così come si reprimono manifestazioni di odio o di razzismo *on line*, si potrebbero prevedere poteri per ingiungere agli operatori del *web* di rimuovere immagini non consone di beni culturali.

²⁰ Così anche M.C. Pangallozzi, *La fruizione del patrimonio culturale nell'era digitale: quale evoluzione per il “museo immaginario?”*, in *Aedon*, 2020, 2.

che, in periodi di crisi strutturale della finanza pubblica, non riescono a essere finanziati in modo sufficiente sulla fiscalità generale, né tramite le risorse provenienti dai corrispettivi per le visite. Si pone, quindi, il tema della valorizzazione economica del bene culturale pubblico.

Il problema è oggetto di approcci spesso ideologici che, a nostro parere, sono però di ostacolo alla elaborazione di normative, di assetti organizzativi e di buone pratiche amministrative idonei a realizzare una gestione economicamente sostenibile del patrimonio culturale pubblico. Se nessuno può ragionevolmente sostenere che i beni possano essere trattati come una qualunque merce e che la loro eminente funzione culturale debba essere sempre e necessariamente condizionata alla copertura integrale dei costi di conservazione tramite l'imposizione generalizzata di corrispettivi per il godimento parametrati ai valori di mercato, nondimeno occorre concordare sul dato di fatto che è necessario individuare i mezzi più adeguati per conseguire, nel rispetto delle esigenze della più ampia fruizione pubblica, le maggiori risorse possibili da destinare proprio al sostegno della funzione di tutela. Invero sempre più autorevoli²¹ voci si sono sollevate per richiamare l'attenzione sul fatto che il valore economico dei beni del patrimonio culturale pubblico debba essere adeguatamente sfruttato proprio al fine di poter acquisire le risorse da destinare alla conservazione degli stessi e alla promozione dei valori culturali che rappresentano. L'immateriale economico, come valore racchiuso nel bene culturale, costituisce un aspetto importante che merita attenzione e che la normativa attuale probabilmente non sviluppa in tutte le sue potenzialità²².

Il quadro normativo vigente, nel suo complesso, presuppone che gli oneri della conservazione debbano gravare essenzialmente sulla fiscalità generale e non contempla una congrua disciplina degli istituti volti ricavare dai beni stessi risorse alternative. Mancano poi adeguate professionalità e cultura nell'amministrazione in grado di promuovere una gestione efficiente dei beni²³.

L'economia digitale, come si è mostrato, potrebbe costituire un'occasione importante per valorizzare economicamente il patrimonio culturale pubblico, ma occorre però acquisire consapevolezza.

Ad oggi gli istituti giuridici adibiti alla valorizzazione economica dell'immagine dei beni culturali pubblici sono essenzialmente la sponsorizzazione e il marchio avente ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del territorio dello Stato, di una regione, di una provincia o di un comune.

Il codice dei beni culturali offre una disciplina minimale della sponsorizzazione at-

²¹ A tal proposito restano esemplari i suggerimenti proposti dalla Commissione per il rilancio dei beni culturali e del turismo e per la riforma del ministero in base alla disciplina sulla revisione della spesa, presentata da M. D'Alberti (relazione finale 31 ottobre 2013).

²² Si veda l'interessante dibattito sul tema raccolto nel volume a cura di A. Bartolini, G. Morbidelli, *L'immateriale economico nei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2018.

²³ L'aver istituito un ministero per i beni culturali e non – come pure aveva proposto M.S. Giannini – aziende e agenzie che con tecniche aziendalistiche e personale di formazione anche tecnico-scientifica avrebbero dovuto provvedere direttamente agli interventi necessari per conservare i beni è un errore di cui si continuano a sentire gli effetti. Simili strutture avrebbero certamente promosso una cultura gestionale più attenta agli aspetti economici. Ricorda la proposta di Giannini e le ulteriori critiche di S. Cassese all'istituzione del Ministero, M. Cammelli, *I tre tempi del Ministero dei beni culturali*, in *Aedon*, 2016, 3.

tenta solo a evitare che le iniziative promozionali dei *brand* commerciali che si realizzano avvalendosi dell'immagine del bene culturale possano recare danno a quell'immagine. Infatti, si stabilisce che con il contratto di sponsorizzazione tra amministrazione e *sponsor* devono essere definite le modalità attraverso le quali l'operazione possa realizzarsi, al fine di rispettare il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare (art. 120, co. 2, codice beni culturali). Viene, poi, aggiunto che la verifica di compatibilità delle iniziative di sponsorizzazione con le esigenze della tutela «è effettuata dal Ministero in conformità alle disposizioni del presente codice» (art. 120, co. 1, cit.). Da queste disposizioni emerge che l'amministrazione all'atto di negoziare una sponsorizzazione si debba sempre fare carico della tutela dell'interesse culturale del bene e, quindi, non debba consentire quelle modalità promozionali che, per forma e contenuto, possano essere considerate inopportune. Spetta al Ministero della cultura il potere/dovere di verificare se effettivamente sia stato tutelato e rispettato il valore culturale del bene.

Va osservato che una simile disciplina, seppur necessaria, non è completa. Da un lato, manca, infatti, la previsione di adeguati poteri conformativi e interdittivi. Il controllo ministeriale, come già osservato, si può giovare solo di poteri che sono preordinati a tutelare la *res*. Sono assenti, anche in tale contesto, misure amministrative specificamente volte a tutelare il valore culturale dell'immagine del bene, ove la stessa fosse usata per scopi pubblicitari dallo *sponsor* secondo modalità lesive. Manca, inoltre, una disciplina che fissi i criteri che l'amministrazione dovrebbe seguire per valutare la convenienza della proposta sponsorizzazione in relazione al valore economico dell'immagine del bene culturale.

Non sorprende, quindi, che le sponsorizzazioni non siano riuscite a costituire quel volano per la raccolta di risorse che pure sarebbe possibile e nonostante le semplificazioni della normativa sulle procedure di evidenza pubblica da seguire contenuta nel codice di contratti pubblici (artt. 19 e 151 del d.lgs. n. 50/2016)²⁴.

A tale esito ancora insoddisfacente hanno contribuito anche le perplessità delle stesse amministrazioni pubbliche nell'utilizzare un simile strumento che appare presentare oggi più rischi che opportunità²⁵.

L'art. 19, co. 3, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, codice sulla proprietà industriale, prevede che «anche le amministrazioni dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni possono ottenere registrazioni di marchio, anche aventi ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del relativo territorio». È una disciplina chiaramente finalizzata ad attribuire agli enti pubblici uno strumento per ricavare risorse dall'immagine dei beni culturali presenti sul loro territorio. La privativa viene quindi riconosciuta all'ente territoriale non in quanto proprietario del bene – il bene, infatti, potrebbe anche appartenere ad altri – ma in quanto esponente degli interessi di una collettività stabilmente stanziata su una certa

²⁴ Sul punto, A. Berti Suman, *Le sponsorizzazioni e il mecenatismo*, in A. Moliterni (a cura di), *Patrimonio culturale e soggetti privati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 295 ss.

²⁵ Ne è testimonianza il tentativo fatto da Ales s.p.a di supportare i funzionari pubblici con un apposito *vademecum* sulle sponsorizzazioni, elaborato nel 2019, dal titolo *Sponsor Art*, che è reperibile sul sito della società.

area geografica nella quale il bene insiste e da cui è connotata. La registrazione del marchio recante elementi grafici distintivi, tratti del patrimonio culturale degli enti territoriali ne consente lo sfruttamento a fini commerciali anche da parte di privati licenziatari, a condizione che i proventi siano destinati ad attività istituzionali o alla copertura di eventuali disavanzi pregressi²⁶. Ciò che appare singolare è che il legislatore abbia sentito il bisogno di utilizzare per la valorizzazione economica dell'immagine del bene culturale uno strumento tratto dalla disciplina commercialistica dei segni identificativi dell'attività d'impresa.

A ben vedere, tuttavia, se questa disciplina testimonia inequivocabilmente l'orientamento del diritto positivo a favore della valorizzazione economica dei beni culturali, essa non pare adeguata a giustificare il titolo giuridico della legittima pretesa degli enti territoriali a sfruttare economicamente l'immagine dei beni culturali che connotano il proprio territorio. E anzi subordinando la tutela dell'immagine del bene culturale alle condizioni della disciplina del marchio rischia di confondere la reale causa giuridica che consente agli enti territoriali di rivendicare i diritti economici sul bene culturale.

Anche questo istituto in concreto non pare abbia conseguito risultati soddisfacenti.

La possibilità di sfruttamento economico dei dati digitali contenenti le immagini dei beni culturali pubblici è ora significativamente ammessa per gli enti pubblici titolari anche dalla direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo delle informazioni del settore pubblico, seppure in un contesto regolatorio che vincola le stesse autorità pubbliche a consentire gratuitamente il riutilizzo di dati da esse elaborati e detenuti – tra i quali le immagini dei beni culturali – ad opera dei privati del tutto a prescindere dalle finalità di questi economiche e non economiche²⁷. La direttiva con ciò pone in dubbio il criterio, recepito nella normativa del codice, che sulla diversa finalità degli usi dell'immagine fonda la possibilità per l'ente pubblico di esigere diritti economici.

In conclusione, la disciplina positiva delinea istituti che ben possono essere impiegati nell'economia digitale per lo sfruttamento economico delle immagini dei beni culturali da parte dell'amministrazione, ma essa presenta ancora lacune e incertezze significative. Lacune e incertezze che impediscono all'amministrazione pubblica di cogliere le opportunità che le tecnologie possono generare.

²⁶ In attuazione della disciplina in parola si segnala per esempio: il marchio "Reggia di Caserta" e il marchio "Santa Maria della Scala" del Comune di Siena.

²⁷ L'attuazione della direttiva porrà, inoltre, il problema di rendere coerenti le attuali convenzioni stipulate da molti musei nazionali con imprese private per la realizzazione di supporti digitali che contengono le immagini dei beni e conferiscono alle imprese stesse esclusive sulle stesse come compenso per la digitalizzazione. L'art. 12 della direttiva richiamata afferma la regola secondo cui «i documenti possono essere riutilizzati da tutti gli operatori potenziali sul mercato, anche qualora uno o più operatori stiano già procedendo allo sfruttamento di prodotti a valore aggiunto basati su tali documenti. I contratti o gli altri accordi tra gli enti pubblici o le imprese pubbliche in possesso dei documenti e terzi non stabiliscono diritti esclusivi». Si consente tuttavia un'eccezione proprio per i diritti esclusivi che riguardino la digitalizzazione di risorse culturali, per i quali il periodo di esclusiva non deve eccedere di norma i dieci anni.

3. Il fondamento costituzionale del potere dello Stato e degli altri enti territoriali di proteggere il valore culturale e di sfruttare economicamente l'immagine dei beni culturali

La questione di come realizzare una gestione economicamente sostenibile del patrimonio culturale pubblico è condizionata dal dibattito²⁸ che vede contrapposte la linea secondo la quale, in nome del superiore interesse alla promozione della cultura, lo Stato deve sostenere tutti gli oneri della conservazione e consentire la fruizione dei beni e delle loro immagini più ampia possibile e gratuita e l'altra visione secondo cui, invece, occorrerebbe trovare un più equilibrato compromesso tra le esigenze di accesso gratuito alla cultura e le, altrettanto rilevanti, esigenze di poter sopportare i costi per garantire una tutela efficiente. Nel dibattito, acquistano consenso le posizioni che vorrebbero escludere del tutto qualsiasi pretesa dello Stato a poter ricavare risorse dalla gestione dei propri beni culturali – risorse si ribadisce necessarie per la loro conservazione – in nome della rivendicazione di estesissimi diritti di accesso alla cultura da concedere gratuitamente tutti.

È opportuno sottoporre al dibattito alcune considerazioni.

Intanto si dovrebbe contestualizzare il tema avendo riguardo alla peculiare situazione nazionale. L'Italia detiene una porzione di beni culturali comparativamente maggiore rispetto ad altre nazioni e quindi è chiamata a svolgere una funzione di protezione e promozione dell'interesse culturale a vantaggio del resto del mondo in misura assai maggiore delle altre nazioni, trovandosi però a doverne sopportare da sola i costi. Di tale situazione peculiare occorre tenere conto, specialmente quando il nostro Paese partecipa alla elaborazione degli atti di regolazione internazionale ed europea che possono incidere sul tema.

Inoltre, pare utile provare a chiarire quale sia il titolo giuridico che può essere considerato il fondamento del potere dello Stato di proteggere il valore culturale dei beni del patrimonio storico e artistico e, se del caso, anche di sfruttarne economicamente l'immagine. Una maggiore consapevolezza su tale questione pregiudiziale potrebbe favorire orientamenti normativi, prassi gestionali e, in definitiva, politiche pubbliche idonei a promuovere una più efficiente tutela e valorizzazione economica dei beni pubblici anche in ambiente digitale.

A parere di chi scrive, tale titolo non risiede tanto nella proprietà pubblica dei beni culturali che è un elemento del tutto accidentale. Infatti, il peculiare regime pubblicistico dei beni culturali è applicabile a cespiti sia di appartenenza di enti pubblici, sia di appartenenza privata. Occorre, allora, individuare una ragione fondativa del potere pubblico sui beni culturali più salda e meno esposta ai mutevoli orientamenti della legislazione ordinaria.

²⁸ Ricostruisce storicamente le due visioni, A.L. Tarasco, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 21 ss.; eco del dibattito si è registrata negli interventi dell'ICOM Italia e dell'ANAI presso la XIV Commissione permanente (Politiche dell'Unione Europea) del Senato della Repubblica Italiana sul disegno di legge n. 1721 (Legge di delegazione europea 2019) su www.seanto.it e nello scritto di P. Carpentieri, *Digitalizzazione, banche dati digitali e valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 2020, 3.

Tale fondamento può essere individuato muovendo dalla nozione stessa di bene culturale che, nella nostra tradizione giuridica, indica essenzialmente tutti quei manufatti che esprimono la cultura materiale di una civiltà. Ciò che rende tale il bene culturale è che esso è una testimonianza della storia di una civiltà. Ne deriva che il bene culturale rileva nel diritto positivo per questo suo specifico valore immateriale²⁹, pur essendo la disciplina incentrata sulla materialità delle cose. Poiché il bene culturale testimonia la civiltà che si è affermata nel corso della storia sulla penisola italiana, esso assume rilievo giuridico come elemento costitutivo dell'identità nazionale. La conclusione ha un forte ancoraggio nel diritto costituzionale positivo. La Costituzione testualmente si riferisce al «patrimonio storico e artistico della Nazione» (art. 9). Al di là della puntuale definizione dell'ambito effettivo di tale patrimonio, che spetta alla legislazione ordinaria tracciare, è espressa volontà della Carta costituzionale che il patrimonio sia imputabile non allo Stato, né agli altri enti territoriali, né ai privati, ma alla Nazione. Il genitivo della formulazione linguistica usato nella disposizione non esprime una mera relazione di possesso, ma indica un nesso più profondo tra patrimonio e Nazione, che qualifica il primo come un vero e proprio elemento formante della seconda. Il patrimonio storico e artistico della Nazione è parte integrante della stessa, così come lo sono il popolo, il territorio, la lingua e, in modo più comprensivo, la cultura.

Lo Stato, le Regioni e gli altri enti territoriali, cioè gli enti a fini generali in quanto esponenti delle rispettive collettività, sono i soggetti istituzionalmente titolati – e vincolati – a proteggere quel patrimonio. Essi ne sono amministratori nell'interesse della Nazione cui esso è originariamente riferibile, perché è della stessa il prodotto storico. Sicché lo Stato e gli altri enti territoriali, sinteticamente evocati dall'espressione Repubblica presente nell'art. 9, sono gli strumenti istituzionali cui spetta – secondo il riparto di competenze voluto dalla Costituzione (art. 117 Cost.)³⁰, la funzione di proteggere e valorizzare quel patrimonio, così come anche di proteggere tutti gli altri elementi costitutivi della Nazione.

Il patrimonio storico e artistico rileva, dunque, per i valori culturali che esprime: questi sono il frutto dell'opera storica della collettività nazionale e identificano un interesse che è originario, generale e fondamentale della Nazione: l'interesse culturale nazionale³¹. Il potere pubblico di proteggere quel patrimonio si fonda sul dovere costituzionale di tutelare il predetto interesse nazionale imposto alla Repubblica dall'art. 9 della Costituzione. In ultima analisi, simile potere è espressione diretta della sovranità della Nazione. Ogni nazione sovrana, costituita in stato, è titolare originaria di tutti i poteri necessari per proteggere i propri elementi costitutivi e per realizzare i propri interessi generali e fondamentali.

²⁹ Forse l'accoglimento della proposta della Commissione Rodotà per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) – che prevedeva l'integrazione dell'art. 810 c.c. con il riferimento anche alle cose immateriali avrebbe aiutato a cogliere con maggiore puntualità il rilievo giuridico dei valori di cui si tratta nel testo.

³⁰ Sul riparto si veda P. Scarlatti, *Beni culturali e riparto di competenze tra Stato e Regioni nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 4 agosto 2018.

³¹ Da intendersi non come espressione di una cultura di Stato, estranea al nostro ordinamento, ma come rappresentazione del pluralismo di istanze e di valori che è alla base del patto costitutivo. Su tali aspetti persuade F. Rimoli, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in AA.VV., *Patrimonio culturale profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, Romatre-Press, 2017, p. 91 ss.

Da questa ricostruzione deriva che il patrimonio storico e artistico, che rileva per il valore culturale che esprime, deve essere considerato in realtà oggetto di una riserva originaria disposta direttamente dalla Costituzione – ai sensi degli artt. 9 e 42 Cost. – da cui discende che i beni che ne fanno parte in realtà non sono appropriabili secondo il regime tipico della proprietà escludente da parte di nessun privato, né di alcun soggetto pubblico. Ecco perché la loro tutela legittima l'esercizio di poteri legislativi e amministrativi incisivamente conformativi del loro regime giuridico e che, per quanto possano prevedersi restrizioni pesanti e a volte onerosi vincoli positivi per coloro cui si riconosca la formale titolarità, non danno mai luogo a un problema di indennizzabilità³². Non si vuole revocare in dubbio che la legislazione ordinaria ammetta che i beni del patrimonio storico e artistico possano essere nella titolarità di privati e di enti pubblici ma si vuole osservare che il regime proprietario in concreto delineato è invero assai atipico. Né i privati, né gli enti pubblici formalmente proprietari di beni culturali hanno su tali categorie di beni quei poteri esclusivi di godimento, di disposizione e di appropriazione del valore che in genere spetta al proprietario delle altre categorie di proprietà, ancorché conformate. I titolari di proprietà su beni culturali, infatti, non possono mai liberamente disporre del valore culturale insito in essi e sono tenuti a rispettarlo. Questo valore, elemento identificativo della Nazione e perciò protetto dalla riserva, è custodito e gestito dall'amministrazione pubblica non nell'interesse suo proprio – personale e patrimoniale – ma nell'interesse della Nazione.

Inoltre, nel solco della proposta ricostruttiva di Marco D'Alberti³³, il rilievo giuridico dei beni culturali è anche direttamente connesso alla realizzazione dei valori della persona che sono al fondamento della nostra Carta costituzionale.

Queste peculiarità dei beni culturali supportano la loro naturale collocazione nell'ambito della discussa categoria dei beni comuni. Secondo la proposta della Commissione Rodotà³⁴ questi sono: «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future» e nel novero erano espressamente contemplati i beni culturali, di appartenenza pubblica e privata.

Se, dunque, la fonte dell'obbligo di proteggere il patrimonio risiede nel potere/dovere di tutelare gli elementi costitutivi della Nazione e i valori della persona umana impressi nel patrimonio stesso, da ciò deriva che la tutela dei beni, per essere efficace nell'era digitale, deve necessariamente essere estesa alle loro immagini che, come

³² La Corte costituzionale non ha mai dubitato di ciò a cominciare dalla sentenza 4 luglio 1974, n. 202.

³³ M. D'Alberti, *Il nuovo diritto dei beni pubblici tra valori della persona ed esigenze economiche*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile: Roma 22 aprile 2008*, Roma, Scienze e lettere, 2010, p. 79 ove si prospetta l'esigenza di esplicitare nel regime positivo dei beni culturali pubblici la connessione forte con i valori della persona.

³⁴ Commissione Rodotà, istituita con d.m. 21 giugno 2007 per l'elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile, nonché di altre parti dello stesso Libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni. Sui beni comuni in generale S. Rodotà, *Vivere la democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

notato, acquistano un ruolo preponderante rispetto alla stessa cosa che rappresentano, perché l'immagine è idonea a esprimerne e veicolarne il valore culturale.

Ogni rappresentazione che inizia a circolare sul *web*, infatti, si stacca dalla sua origine reale e vive di una vita propria nel mondo digitale: sono quelle le immagini che oggi vengono sempre più spesso fruite specialmente dal grande pubblico, al posto del bene, non sempre facilmente raggiungibile nella sua concreta realtà; e quelle stesse immagini possono facilmente subire manipolazioni che pregiudicano il valore culturale del bene-cosa cui si riferiscono³⁵. Ritenere protetta solo la cosa e non anche la sua immagine vera, pertanto, nel contesto attuale, significherebbe moncare inopinatamente la protezione voluta dalla Costituzione – e dalla legge – del valore culturale del bene.

A conferma di una simile lettura si può richiamare la disciplina – già citata – di una peculiare categoria di beni che sono stati definiti dalla giurisprudenza beni culturali “per riferimento” o “per testimonianza”³⁶ e che sono destinatari di una più accentuata protezione in quanto esplicitamente costitutivi dell'identità nazionale. Si tratta della già ricordata categoria costituita da cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti – e quindi non solo quelli in proprietà pubblica – ma che rivestano un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento alla storia politica, militare, alla letteratura, all'arte, alla scienza, alla tecnica, all'industria e alla cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose (art. 10, co. 3, lett. d) del codice). Questi beni, identificati con un'apposita dichiarazione (art. 13 del codice dichiarazione dell'interesse culturale), costituiscono il nucleo più prezioso del patrimonio culturale nazionale e, infatti, tali beni sono assolutamente inalienabili, se pubblici (artt. 53 e 54 del codice) e non possono mai lasciare definitivamente il suolo nazionale, se mobili (artt. 65 e 66 del codice): ciò a ulteriore riprova della loro natura costitutiva della Nazione e della sua cultura.

Come questi beni sono il frutto dell'opera collettiva delle civiltà che sulla penisola italiana si sono incontrate e sviluppate, così anche l'immagine vera degli stessi, nella loro originarietà, è amministrata dagli enti esponenziali delle collettività, come un tratto essenziale della Nazione.

Se una simile ricostruzione è plausibile, ecco perché non dovrebbe essere necessario invocare le regole, invero poco adeguate, dei marchi per riconoscere l'esistenza di un titolo giuridico in capo allo Stato e agli altri enti territoriali che consenta la protezione ed eventualmente lo sfruttamento dell'immagine del bene culturale; ed ecco anche perché sarebbe opportuno completare – in omaggio al principio di legalità – la disciplina dei poteri di tutela amministrativa con riguardo al valore culturale delle immagini digitali dei beni.

Questa proposta interpretativa poi può fornire un sostegno più evidente alle politiche di gestione economicamente efficiente dei beni culturali nel mondo digitale.

³⁵ Così G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in A. Bartolini, D. Brunelli, C. Caforio (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Napoli, Jovene, 2014, p. 176 ss.

³⁶ Si vedano le sentenze del Tar Lazio, *Il quater*, 5 giugno 2019, n. 07308; 7 marzo 2017, n. 3208 e 5 ottobre 2015, n. 1147.

La conclusione non vuole significare che sempre e comunque lo Stato e gli altri enti territoriali debbano – ad ogni costo – sfruttare economicamente il proprio patrimonio, ma intende solo mettere in luce che il fondamento della titolarità dei poteri pubblici sui beni del patrimonio culturale e sulla loro immagine digitale, anche per il profilo dell'interesse economico connesso, è da rintracciare nel potere dello Stato di tutelare gli elementi costitutivi della Nazione. L'esistenza di una simile legittimazione non è disponibile da parte del legislatore ordinario. Sarà poi rimesso alle contingenti scelte delle diverse maggioranze parlamentari storiche di fissare le modalità concrete di sfruttamento economico dell'immagine dei beni: ma il fondamento anche di tale possibilità risiede nella natura costitutiva della Nazione che spetta al patrimonio culturale.

4. La protezione pubblicistica dell'immagine dei beni culturali e il diritto dello Stato di poterne ricavare valore economico nei mercati digitali: una sfida da raccogliere

Per quanto detto, il fondamento del potere pubblico di proteggere l'immagine dei beni culturali e, se del caso, di ricavarne valore economico risiede nella natura costitutiva della Nazione italiana del patrimonio storico e artistico. Ciò legittima pienamente politiche volte ad – almeno tentare di – affermare l'esigenza di protezione nell'ambito della disciplina europea dell'economia digitale.

Nella prospettiva qui sostenuta, potrebbe essere considerata problematica un'interpretazione estensiva dell'art. 14 della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale. La disposizione, che è in corso di recepimento nel nostro Paese, impone agli Stati membri di provvedere che, alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, «il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, a meno che il materiale risultante da tale atto di riproduzione sia originale nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria dell'autore». La norma disciplina lo statuto delle opere in pubblico dominio a causa dell'esaurimento del diritto d'autore e segna quindi il limite oltre il quale ogni riproduzione di opera d'arte visiva è da considerarsi liberamente realizzabile da chiunque.

Ora, considerando, che la maggior parte delle immagini del patrimonio culturale pubblico non è più protetta dal diritto d'autore, un'interpretazione frettolosa della disposizione potrebbe far ritenere che essa comporti il superamento dell'attuale quadro normativo nazionale – peraltro debole, come avvertito – che è costituito dalla disciplina degli artt. 106, 107 e 108 del codice dei beni culturali.

Una simile lettura rischierebbe di far venire meno quelle garanzie minime che attualmente supportano il potere dello Stato di tutelare, anche in ambiente digitale, il valore culturale ed economico dei beni culturali.

In realtà è però possibile anche un'altra lettura della disposizione in esame che esclude qualsiasi profilo di incompatibilità della normativa nazionale. La direttiva

2019/790 intende regolare in modo uniforme al livello europeo il rapporto tra il diritto d'autore e i diritti degli utenti delle opere. Essa muove dalla considerazione secondo cui gli sviluppi tecnologici stanno trasformando il modo in cui le opere e gli altri materiali sono creati, prodotti, distribuiti e sfruttati e stanno emergendo nuovi modelli di *business* e nuovi attori. In questo contesto, la direttiva intende adeguare il quadro giuridico dell'Unione sul diritto d'autore alle dinamiche dell'economia digitale, in modo da non limitare l'evoluzione tecnologica e tutelare gli autori dei vari contenuti. In particolare, la direttiva mira a rimuovere le incertezze giuridiche che esistono quanto alla liceità di taluni utilizzi, anche transfrontalieri, delle opere e di altri materiali in ambiente digitale, sia per i titolari dei diritti che per gli utilizzatori. Deve essere osservato che se la direttiva in astratto può riguardare anche le immagini dei beni culturali – laddove si riferisce alle opere delle arti visive e alle loro riproduzioni – la sua attuazione non dovrebbe però incidere sul potere dello Stato di proteggere l'immagine dei beni culturali e di ricavarne eventualmente risorse economiche. Giova ribadire, infatti, che il titolo giuridico in base al quale lo Stato italiano può rivendicare il potere di proteggere l'immagine digitale dei suoi beni e di sfruttarne, se del caso, la valenza economica, non è certo la tutela connessa al diritto d'autore, ma il potere originario, diretta espressione della sovranità, di agire per proteggere quei beni e la loro immagine che sono elementi costitutivi della Nazione. La protezione dei beni culturali è l'espressione della tutela di un interesse originario e fondamentale dello Stato. E dunque la direttiva in parola non dovrebbe essere di ostacolo all'esercizio di simile prerogative pubbliche.

Alla luce di questa visione, si ritiene che andrebbe adeguatamente rappresentata questa peculiarità ordinamentale italiana nelle sedi decisionali europee nelle quali sono in corso di approvazione due fondamentali atti di regolazione dell'ambiente digitale: ossia la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE (COM(2020)825) e la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali) (COM(2020)842).

La riaffermazione di un simile potere dello Stato si concilia, come già osservato, con le funzioni di promozione e diffusione della cultura: infatti, sulla base della disciplina del Codice attualmente vigente, resterebbero sempre in libero dominio le immagini digitali dei beni culturali, se utilizzate, senza scopo di lucro, per fini didattici, di ricerca o artistici. Resta ferma ovviamente la possibilità per gli enti pubblici che hanno in consegna i beni di elaborarne immagini, eventualmente arricchendole di contenuti aggiuntivi: in questo caso, saremmo in presenza di creazioni originarie che ricadrebbero anche nella protezione del diritto di autore.

Si ritiene opportuno riaffermare la vera natura di questo potere originario, a prescindere dalle modalità concrete di esercizio al fine di trarre risorse economiche dalle immagini dei beni culturali. Queste opzioni rientrano nella discrezionalità del legislatore e quindi dell'amministrazione e devono essere l'esito di valutazioni di convenienza e di opportunità alla luce delle non prevedibili occasioni che può generare l'economia digitale. Sarebbe assurdo però che proprio lo Stato, su cui gravano i maggiori oneri di

conservazione di un patrimonio così importante, non potesse avere il diritto³⁷ di sfruttare le nuove forme di commercio che si stanno sviluppando nell'economia digitale sulle immagini delle opere d'arte; immagini che invece sono efficacemente usate dagli operatori privati e dalle stesse grandi piattaforme di raccolta, elaborazione e diffusione di contenuti sul *web* e cioè i famigerati *gatekeeper*.

³⁷ Propone un condivisibile linea di equilibrio tra gratuità dell'accesso alla cultura e diritto dell'amministrazione di ricavare risorse economiche, P. Carpentieri in, *Digitalizzazione, banche dati digitali e valorizzazione dei beni culturali*, cit.

L'unità dell'esperienza giuridica

Marco D'Alberti e il diritto amministrativo nello spettro dell'unità giuridica

Aldo Sandulli

Sommario: 1. La contrattualità delle pubbliche amministrazioni. – 2. Storia e comparazione procedono assieme. – 3. Concorrenza e anticorruzione: coordinate socio-giuridiche per il merito e lo sviluppo economico. – 4. Per un rinnovamento culturale della giustizia amministrativa. – 5. L'avvicinamento del diritto amministrativo al diritto comune.

1. La contrattualità delle pubbliche amministrazioni

Unità del diritto e reiezione dei compartimenti stagni tra distinti rami giuridici, analisi delle intersezioni nelle aree di confine, prevalenza della sostanza sulla forma, superamento dell'assetto unilaterale e autoritario in favore dell'impianto privatistico e contrattuale.

Si tratta di quattro tra le principali direttrici nell'intensa e quasi cinquantennale produzione scientifica di Marco D'Alberti.

L'aspetto singolare è che troviamo queste linee direzionali già nettamente marcate nella sua prima pubblicazione, una nota a sentenza del 1975¹. D'Alberti era allora un venticinquenne borsista di studio presso l'Istituto di diritto pubblico della Facoltà giuridica de La Sapienza, collaboratore della prima cattedra di diritto amministrativo, su cui sedeva un Maestro riconosciuto della materia, Massimo Severo Giannini.

Il breve scritto ha ad oggetto il tema dell'inconvertibilità del rapporto di lavoro da tempo determinato a indeterminato nell'impiego pubblico. D'Alberti critica fortemente l'orientamento formalista del giudice amministrativo sul rapporto di lavoro, sottolineando la «maggiore importanza che hanno assunto a tal fine i cd. elementi sostanziali del rapporto rispetto al requisito dell'atto formale di nomina»². Le considerazioni di

¹ M. D'Alberti, *Riflessioni sull'applicabilità ai rapporti di impiego pubblico della legge 18 aprile 1962, n. 230 sul contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1975, 2, p. 140 ss.

² M. D'Alberti, *Riflessioni sull'applicabilità ai rapporti di impiego pubblico della legge 18 aprile 1962*, cit., p. 143: «In definitiva si va rafforzando un generale orientamento sostanzialista della giurisprudenza in materia di impiego pubblico, che potrebbe portare gradualmente al rovesciamento della particolare posizione giudiziale relativa alla intrasformabilità del rapporto di pubblico impiego a termine in rapporto a tempo indeterminato».

maggiore interesse sono quelle che riguardano il termine di impugnabilità dell'atto di nomina, in ordine al quale egli ritiene non condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, che opta per il termine decadenziale, e aderisce all'orientamento gianniniano, secondo cui gli atti di organizzazione del personale non possiedono la sostanza autoritativa e unilaterale del provvedimento amministrativo, perseguendo interessi organizzativi propri dell'amministrazione. Egli conclude nel senso della «esistenza di zone sempre più vaste nelle quali le amministrazioni pubbliche si pongono in posizione paritetica e non di supremazia rispetto ai terzi; in una prospettiva strettamente giuridica, significa accoglimento pieno della concezione secondo cui il giudice amministrativo è giudice del rapporto giuridico controverso e non del provvedimento impugnato»³. Siamo, è bene ricordarlo, quasi mezzo secolo fa e i rilievi di D'Alberti anticipano di molti anni gli eventi.

Nel corso del decennio successivo, egli ha prodotto una decina di pubblicazioni sui temi del contratto nel pubblico impiego⁴, allargando poi lo sguardo alla disciplina (e alla riforma) della dirigenza⁵.

Il saggio di maggior spessore dedicato dall'autore alla contrattazione nel pubblico impiego è certamente *Note sui rapporti di pubblico impiego a contratto*⁶, che svolge un'analisi, anche minuta, delle fattispecie di pubblico impiego a contratto e delle loro fonti e può essere considerata una sorta di monografia sotto forma di saggio su rivista, come si usava tra fine Ottocento e primi del Novecento.

Ma è soprattutto un breve scritto del 1980⁷, dalla collocazione editoriale periferica, a segnalarsi per chiarezza di idee e profondità d'orizzonte.

³ M. D'Alberti, *Riflessioni sull'applicabilità ai rapporti di impiego pubblico della legge 18 aprile 1962*, cit., p. 145.

⁴ M. D'Alberti, *Note sui rapporti di impiego pubblico a contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, 1, p. 531 ss.; S. Cassese, M. D'Alberti, *Prescrizione del diritto al salario e stabilità nel lavoro pubblico*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1976, 2, p. 299 ss.; E. Cardì, M. D'Alberti, *Contrattazione collettiva e pubblico impiego: linee di tendenza degli studi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, 2, p. 1247 ss.; M. D'Alberti, *Impiego pubblico, norme privatistiche, processo del lavoro*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, 2, p. 509 ss.; Id., *Recensione a E. Ghera, Il pubblico impiego*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1467 ss.; Id., *Contrattualizzazione dell'impiego pubblico e privatizzazione del diritto amministrativo: alcune ipotesi*, in *Annali della Fondazione Giulio Pastore*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 439 ss.; Id., *Impiego regionale e locale*, in S. Cassese (a cura di), *Guida per le autonomie locali '80*, Roma, Edizioni delle autonomie, 1980, p. 264 ss.; Id., *Recensione a A. Orsi Battaglini, Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, 4, p. 1275 ss.; Id., *Commento all'art. 28 (Tutela giurisdizionale) della legge 29 marzo 1983, n. 93 (Legge quadro sul pubblico impiego)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1984, 3-4, p. 743 ss.; Id., *La legge quadro sul pubblico impiego. Profili generali e problemi di attuazione*, in I.S.Am., *La legge quadro sul pubblico impiego*, Roma, Ediesse, 1985, p. 8 ss.

⁵ M. D'Alberti, *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, in M. D'Alberti (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 13 ss.; Id., *Dirigenza pubblica e dirigenza privata*, in *Regioni e governo locale*, 1990, 4, 509 ss.; Id., *La dirigenza pubblica*, in *Pubblico impiego: Le ragioni di una riforma*, a cura di S. Cassese, C. Dell'Aringa e M.T. Salvemini, Roma, Edizioni SIPI, 1991, p. 150 ss.; Id., *Il ruolo della dirigenza*, in *Funzione pubblica*, 1992, 1, p. 215 ss.; Id., *Il dirigente in un'amministrazione pubblica trasformata*, in S. Gambino (a cura di), *Dirigenza pubblica e innovazione amministrativa*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 1992, p. 53 ss.; Id., *L'alta burocrazia in Italia*, in M. D'Alberti (a cura di), *L'alta burocrazia. Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 131 ss.

⁶ M. D'Alberti, *Note sui rapporti di impiego pubblico a contratto*, cit., p. 531 ss.

⁷ M. D'Alberti, *Contrattualizzazione dell'impiego pubblico e privatizzazione del diritto amministrativo*, cit. I brani riportati nei due successivi capoversi sono tratti dalle pp. 439, 440, 441, 442, 444.

Innanzitutto, per D'Alberti, «La contrattazione collettiva è un processo (...) irreversibile nel pubblico impiego ed è indubbiamente un momento decisivo di avvicinamento del lavoro pubblico al lavoro privato». Ma l'impiego pubblico è rimasto allo stadio di «una figura giuridica pressoché mostruosa, fatta di tratti privatistici, per quanto riguarda gli aspetti privatistici di diritto sostanziale; ma di profili integralmente pubblicistici per quanto concerne il versante processuale», con la conseguenza che «gli aspetti processuali-pubblicistici tend[ono] ad assorbire quelli privatistici». Egli, in particolare, mette in rilievo un processo difensivo dello strumentario pubblicistico operato da parte dei giudici amministrativi in tutti i settori «che hanno un grosso sostrato contrattuale nella nostra storia giuridica». È questo, nella sostanza, uno tra i più significativi punti di incrocio tra le due aree di studio di questo suo primo lustro di studi giuridici: il pubblico impiego e le concessioni di beni e di servizi pubblici. D'Alberti giunge a dire che la conservazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «ha snaturato, fino ad oggi, la realtà più importante e più nuova del pubblico impiego, cioè, la contrattazione».

In secondo luogo, l'area del pubblico impiego costituisce un'area privilegiata di sperimentazione ed è una sorta di cartina di tornasole «di quel fenomeno generale denominato privatizzazione o contrattualizzazione del diritto amministrativo, che sembra avere i caratteri dell'irreversibilità, sia a livello di organizzazione che di attività amministrativa». Ma tale processo di privatizzazione è legato anche a profili metagiuridici e di carattere evolutivo. «Storicamente, gli atti dell'amministrazione italiana nel primo ventennio della sua unità vengono qualificati, in via generale, come contratti di diritto privato: a seguito del progressivo consolidamento dottrinale e giudiziale nel sistema a diritto amministrativo, quasi tutto nel nostro secolo si trasforma in atti unilaterali, ma si continua nel considerare contrattuali i rapporti con le amministrazioni con interlocutori che siano espressione di forze economicamente preminenti». Da queste ragioni storiche deriva, ad avviso di D'Alberti, la necessità di rafforzare i sindacati nel settore pubblico e di superare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, eventualmente mediante la devoluzione della giurisdizione al giudice del lavoro.

Gli accenni alle concessioni contenute nello scritto del 1979 non sono casuali, perché l'autore stava lavorando, in quel torno di tempo, a un importante affresco storico sulle concessioni amministrative⁸.

Come è noto, tale monografia è certamente tra gli studi di maggior rilievo degli anni Ottanta e segna il passaggio epocale del superamento della concettualizzazione dogmatica e giurisprudenziale unitaria della concessione-contratto. Il metodo seguito da D'Alberti è quello della ricostruzione storico-evolutiva: dalle analisi sul campo nei primi decenni dello Stato unitario (concessioni ferroviarie e sulle acque pubbliche), da cui si evince l'originaria natura contrattuale dell'istituto; alla "grande pubblicizzazione" ad opera della Scuola nazionale di diritto pubblico; per tornare nuovamente all'analisi sul campo (registrando la pubblicizzazione, ma anche i suoi problemi applicativi); passando alla "creazione" giurisprudenziale della concessione-contratto; per concludere nel senso della necessità di far riferimento non alla concessione, ma a una pluralità di tipo-

⁸ M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

logie di concessioni amministrative, con una prevalenza netta, nella prassi dei rapporti giuridici, per quelle integralmente contrattuali. Si tratta di un seminale studio di diritto amministrativo, ma che scende in estrema profondità nell'analisi anche degli istituti privatistici, per verificare le diverse modalità attraverso cui, a seconda delle tipologie di concessioni, gli stessi si adattano all'ambiente amministrativo: ne derivano approfondimenti significativi in ordine alla decadenza, al riscatto, alla revoca della concessione, produttivi di riflessi anche sul piano della giurisdizione ordinaria e amministrativa.

La trilogia relativa al percorso di ibridazione degli strumenti di diritto privato nell'area dell'agire specialistico delle pubbliche amministrazioni si completa, nel 1984, con lo studio monografico su *I "public contracts" nell'esperienza britannica*⁹. Si tratta di un'analisi di diritto straniero di peculiare profondità, attraverso la quale si propone una diversa chiave di lettura rispetto alle consuete letture del diritto comune delle pubbliche amministrazioni d'oltremania. D'Alberti dimostra, infatti, la profonda diversità derivante dalla tradizione dottrinale di ispirazione *dyceiana* rispetto alla concreta prassi giurisprudenziale, attraverso la quale le Corti introducono regole peculiari, «che in via generale si traducono in posizioni di forte vantaggio delle amministrazioni pubbliche nei confronti dei contraenti»; ma anche, per converso, come, dalla prassi contrattuale, emerga «l'assoluta preminenza, rispetto alle amministrazioni, delle imprese pubbliche o private che con esse contrattano» e, di qui, la svalutazione giurisprudenziale della capacità di curare interessi pubblici per via contrattuale. Emerge che, nel momento in cui l'amministrazione si pone come autorità ed esercita poteri volti alla cura di interessi pubblici, ella «non può limitare od ostacolare contrattualmente l'esercizio di poteri discrezionali finalizzati alla cura d'interessi pubblici»¹⁰.

Ne scaturisce un quadro che, a distanza di quattro decenni è tuttora attuale: di ampia apertura allo strumentario privatistico, ma nella consapevolezza delle peculiarità dell'adattamento dello stesso a un ambiente orientato al perseguimento dell'interesse pubblico, con la necessità di approfondire e di distinguere che comporta tale tipo di approccio. Ne deriva, altresì, l'esigenza di metter mano alla prassi operativa, utilizzando i dati statistici¹¹, diffidando del criterio dogmatico dottrinale (con l'adesione a quello realistico e la reiezione dei "libri di libri"), ma anche spingendosi a validare gli orientamenti giurisprudenziali (non vi è la "sacralità" con cui una parte della dottrina guarda alle pronunce del Consiglio di Stato). Insomma, una lettura nuova della contrattualità delle pubbliche amministrazioni, ma anche un metodo diverso nello studio del diritto amministrativo, che ha profondamente influenzato una parte della scienza giuridica nei successivi decenni.

⁹ M. D'Alberti, *I "public contracts" nell'esperienza britannica*, Napoli, Jovene, 1984.

¹⁰ M. D'Alberti, *I "public contracts" nell'esperienza britannica*, cit., p. 127 ss.

¹¹ La statistica è fattivamente utilizzata in più occasioni negli studi di D'Alberti. La statistica è anche tra le aree settoriali che più compaiono nelle riflessioni di teoria generale di D'Alberti. Tra gli studi specifici, M. D'Alberti, G. D'Alessio, *I servizi statistici tra Stato e regioni. Profili giuridici*, in M. Crivellini, A. Niccoli (a cura di) Istao, *Regioni e informazione statistica*, Parte prima, *Problemi generali*, Milano, Unicopli, 1984, p. 228 ss.; M. D'Alberti, *Verso una nuova ufficialità delle statistiche*, in *Atti della Seconda Conferenza nazionale di Statistica*, Roma, 1995, p. 121 ss.

2. Storia e comparazione procedono assieme

Per proseguire sul metodo, si è già segnalato come la monografia sulle concessioni amministrative sia costruita attraverso una dinamica diacronica, ricostruendo i percorsi della normativa, della prassi, della dottrina nei primi centoventi anni di unità d'Italia.

Anche nel volume sui *public contracts* si risale, ove ritenuto opportuno, alle origini degli istituti giuridici, per cui l'indagine storica assume un andamento carsico e indica, anche sul piano della comparazione giuridica, strade interpretative nuove per il presente.

Non si tratta di casi isolati di utilizzo di quel metodo storico e comparato assieme che ha consentito a D'Alberti di contribuire in modo significativo all'avanzamento degli studi di diritto amministrativo a livello internazionale. Esso è sperimentato a pieno, ad esempio, in un saggio del 1985¹², sostanzialmente preparatorio al volume sul *Diritto amministrativo comparato*¹³.

Anche questo contributo, come alcuni innanzi richiamati, ha una collocazione editoriale laterale rispetto allo sforzo di ricerca sotteso, essendo contenuto in un volume collettaneo di taglio costituzionalistico, sulle caratteristiche dei diversi sistemi giuridici. Esso mostra uno sviluppo del diritto amministrativo d'oltreoceano che segue un andamento non così distante, nei grandi tornanti, rispetto a quello europeo: una iniziale marginalità rispetto al diritto costituzionale nella seconda metà dell'Ottocento; una graduale crescita e affermazione tra gli ultimi anni dell'Ottocento e i primi del Novecento; un dominio a seguito del *New Deal* e, in particolare, nell'immediato secondo dopoguerra; un periodo di maggiore difficoltà a partire dagli anni Sessanta del XX secolo. Nell'arco di poche pagine egli ricostruisce, con ispirate pennellate, il tragitto evolutivo del diritto amministrativo statunitense, in rapporto con il diritto costituzionale, segnalando anche i principali elementi di distinzione con gli ordinamenti europei.

Si pensi, in guisa di esempio, al periodo che va dalla seconda metà dell'Ottocento al secondo dopoguerra, un periodo decisivo anche per il diritto amministrativo continentale.

D'Alberti sottolinea, in avvio, che, nella seconda metà dell'Ottocento, «Fra Costituzioni, legislatori e Corti, fra i simboli della democrazia e dell'individualismo, le pubbliche amministrazioni restano confinate in posizioni secondarie. Severe sono le regole che le governano: i principi di "enumerazione", di "specializzazione", di "diffusione" vogliono rispettivamente che non si diano poteri amministrativi senza un espresso conferimento legislativo; che la legge detti una minuziosa regolazione di tutte le attività delle amministrazioni; che le funzioni siano "delegate" dal legislatore a uffici amministrativi separati, non organizzati secondo rapporti gerarchici, possibilmente affidati a titolari soggetti allo "*spoils system*", che impone una "rotazione delle cariche" opposta al sistema delle carriere sperimentato negli ordinamenti dell'Europa continentale».

«Il modello cede gradualmente col passaggio tra Ottocento e Novecento, quando le nuove domande sociali, le esigenze della industrializzazione, la necessità di un control-

¹² M. D'Alberti, *Valori costituzionali e amministrazioni pubbliche: frammenti per una lettura storica del diritto americano*, in A. Pizzorusso, V. Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 2, Milano, Giuffrè, 1985, p. 903 ss.

¹³ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, il Mulino, 1992.

lo sui monopoli, chiedono più intervento pubblico e una regolazione continuativa e tecnicamente complessa dei fatti economici e sociali, che solo amministrazioni stabili e professionali possono assicurare. Si moltiplicano gli *statutes* che istituiscono nuove amministrazioni; nascono le grandi “*regulatory agencies*” federali, a partire dalla *Interstate Commerce Commission*, nel 1887».

Di qui si dipana il conflitto tra il *government by men* e *government of laws* e, cioè, tra amministrazioni e Corti, nella c.d. *Lochner Era*, che determina un forte potere di contenimento dei poteri di *regulation* delle *agencies* a vantaggio delle proprietà e delle imprese regolate.

La situazione cambia radicalmente con la grande depressione e il *New Deal* rooseveltiano, perché, dopo la sentenza *West Coast Hotel* della Corte Suprema, l’atteggiamento dei giudici diviene sempre più deferente nei confronti dei poteri di *regulation* delle *agencies*. «Tutto ciò conduce ad una mutazione dei rapporti fra valori costituzionali e diritto amministrativo. La forza della realtà introduce nuove norme di costituzione materiale, che sanciscono l’alterazione radicale della classica “divisione dei poteri”: nessuno più dubita della centralità delle amministrazioni nell’ambito dei poteri pubblici; esse scavalcano i legislatori nell’emanare norme generali, sostituiscono sempre più i giudici nel decidere sui singoli casi. Ne consegue che l’*administrative law* elaborata con criteri e contenuti peculiari dalle agenzie prevale sulla tradizionale *common law* delle Corti».

«L’improvvisa caduta del controllo delle Corti sulle attività amministrative segna la differenza più sensibile dell’esperienza americana rispetto alle scelte praticate nel medesimo periodo storico negli ordinamenti dell’Europa continentale»¹⁴.

Nell’arco di cinque limpide cartelle, egli fornisce le coordinate storiche del periodo; delinea il cangiante rapporto tra diritto costituzionale e amministrativo; dipinge la dinamica relazione tra legge, amministrazione e giudici; descrive l’irresistibile ascesa del diritto amministrazione nella rottura della separazione tra poteri; illustra le principali ragioni di distinzione tra sistemi giuridici.

Questo metodo lo ritroviamo nel volume, pubblicato sette anni dopo, sul *Diritto amministrativo comparato*, nel quale si ripercorre l’evoluzione storico-giuridica del diritto amministrativo in Francia, in Gran Bretagna, negli Stati Uniti d’America e in Italia, indicando i grandi tornanti dello sviluppo di tale ramo del diritto nei citati ordinamenti; e si indicano, nel capitolo conclusivo, le principali linee di trasformazione del diritto amministrativo (allargandosi, nell’edizione del 2019, al diritto europeo e globale¹⁵).

L’analisi si svolge lungo tre dorsali principali, che sono individuate tra quelle in grado di caratterizzare, dal punto di vista del diritto amministrativo, un sistema giuridico.

La prima attiene alla vigenza di un regime di specialità del diritto amministrativo, vagliando quanto si sia espansa l’area di diritto comune. Quale utilizzo facciano del diritto privato le pubbliche amministrazioni nei sistemi dell’Europa continentale a diritto amministrativo e quali meccanismi tipici del diritto amministrativo siano diffusi nei paesi di *common law* e nella cultura giuridica anglosassone.

¹⁴ Le citazioni in questo e nei precedenti capoversi sono tutte tratte da M. D’Alberti, *Valori costituzionali e amministrazioni pubbliche*, cit.

¹⁵ M. D’Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, il Mulino, 2019.

La seconda riguarda i rapporti tra politica e amministrazione e le conseguenze derivanti dall'affermazione, in tutta Europa, dell'esperienza anglosassone delle autorità indipendenti e del modello dei poteri divisi.

La terza dorsale concerne il cuore della tradizione del diritto amministrativo ovvero l'attività e la giustizia amministrativa, sia sul piano procedimentale e para-giudiziale, sia su quello giurisdizionale, che sono esaminati, in particolare, in relazione agli strumenti di tutela del cittadino, alla loro intensità, ai caratteri di specialità della tutela giurisdizionale, alla diffusione di meccanismi di tutela non giudiziale.

Ne scaturisce, nella disamina di lungo periodo, una tendenziale convergenza tra sistemi giuridici e, soprattutto, nel registrare la contingenza ottocentesca e novecentesca della chiusura degli ordinamenti nazionali e l'artificialità di una serie di mitologie giuridiche (prima fra tutte, quella dell'assenza di diritto amministrativo nel Regno Unito), fa emergere come alcuni ordinamenti, tradizionalmente ascritti, per semplificazione tassonomica, a una specifica categoria di sistema giuridico, hanno invece un apparato genetico spurio o misto (come accaduto agli Stati Uniti).

La chiave storico-comparata è fondamentale anche nelle *Lezioni di diritto amministrativo*¹⁶, per modo che, sulla scia del *Diritto amministrativo* gianniniano, l'opera si presta a una duplice fruizione: il testo di superficie fornisce un percorso facilmente percepibile dagli studenti universitari; vi è poi, si potrebbe dire, una sorta di ipertesto, che disegna un tragitto culturale e intellettuale, di evoluzione storico-comparata dei sistemi giuridici.

Ancora, questo metodo si può apprezzare in ulteriori scritti minori.

Emblematico è il saggio del 1990 (esito di una relazione tenuta a Sassari per celebrare i cinquant'anni dei *Profili storici* di Giannini) su *La giurisprudenza amministrativa degli anni Trenta*; tema che viene affrontato in modo anomalo rispetto a come sarebbe stato trattato dalla gran parte degli studiosi della materia.

Si parte, infatti, dalla comparazione tra ordinamenti anglo-americani e dell'Europa continentale per sottolineare come, a seguito della grave crisi economica mondiale, si è prodotto un consistente rafforzamento degli esecutivi e degli apparati amministrativi. Dal poderoso *positive government* statunitense al consolidamento degli *administrative tribunals* britannici, dall'adozione di leggi formali da parte del governo tedesco agli enti pubblici industriali e commerciali francesi. Per terminare con l'Italia dello Stato dirigista, dell'ordinamento bancario, del potentato dell'IRI, del potere dei direttori generali dei ministeri. A queste tendenze rispondono le Corti: con crescente deferenza, negli Stati Uniti; proseguendo lo stato dormiente, in Gran Bretagna; con una battuta d'arresto rispetto alla precedente intensità del sindacato, in Germania; con una più accentuata spinta del sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio della discrezionalità, in Francia. La strada del potenziamento del controllo giurisdizionale viene seguita anche in Italia dal Consiglio di Stato. Atto politico, eccesso di potere, responsabilità amministrativa sono le aree dalle quali maggiormente si ricava tale indirizzo.

La disamina consente a D'Alberti di concludere nel senso che, mentre in alcuni ordinamenti continentali, come l'Italia, l'ascesa degli autoritarismi non ha impedito alla giurisprudenza amministrativa di «conservare una voce liberale», nei paesi di *common*

¹⁶ M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, V ed., Torino, Giappichelli, 2021.

law le Corti «non sono invece riuscite a scalfire le discrezionalità e le immunità delle pubbliche amministrazioni».

Non c'è bisogno di precisare che si tratta di risultati del tutto originali nel panorama degli studi giuridici e che dimostrano la propensione grandangolare di D'Alberti. Egli rigetta la cavillosità tipica del giurista formalista, non nel senso di rifuggire dallo scendere nell'approfondimento tecnico minuto e di dettaglio, quanto nel senso di utilizzare lo stesso per ricavarne un esito capace di fornire uno sguardo d'orizzonte, spesso non limitato ai confini nazionali.

In un certo senso, si potrebbe dire che D'Alberti ha seguito nel miglior modo, per sé stesso, la direzione del realismo e del razionalismo che ha egli ascritto al proprio Maestro, Massimo Severo Giannini¹⁷, e che è tutto sommato rinvenibile nella scuola romana (palermitana) di diritto pubblico, risalendo per i rami, tramite l'istituzionalismo di Santi Romano¹⁸, e discendendo per la genia gianniniana, soprattutto attraverso l'opera di Sabino Cassese¹⁹.

3. Concorrenza e anticorruzione: coordinate socio-giuridiche per il merito e lo sviluppo economico

C'è un fattore culturale e sociologico che si accompagna a quello economico e giuridico e che finisce per incidere, nel lungo periodo, sulla struttura dei sistemi istituzionali e giuridici.

L'analisi di impatto sociale, per D'Alberti, indica, in prospettiva storica, una riottosità del nostro ordinamento giuridico riguardo a temi che concernono una strutturata vita sociale e istituzionale e che condurrebbero a premiare il merito e i percorsi limpidi rispetto alla tortuosità, all'oscurità, ai conflitti di interesse: i temi della concorrenza, dell'indipendenza, della corruzione, alla fine dei conti, hanno questi elementi metagiuridici in comune. Tutti e tre consentono di privilegiare la tecnica e di prendere le di-

¹⁷ M. D'Alberti, *Per Massimo Severo Giannini*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, 3, p. 221 ss.; Id., *Lo Stato e l'economia in Giannini*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 4, p. 1087 ss.; Id., *Massimo Severo Giannini e l'intervento pubblico nell'economia*, in C. Franchini, L. Paganetto (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 133 ss.; Id., *Massimo Severo Giannini: realista e cartesiano*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 3, p. 319 ss. Ma si v. anche Id., *L'innovatore del diritto pubblico. Giannini 1915-2015*, in *Mondoperaio*, 2015, 1, p. 47 ss.; Id., *Giannini dalle pagine dei giornali: il tracollo del sistema istituzionale e le riforme necessarie*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 3, p. 909 ss.; Id., *Massimo Severo Giannini and His Restless Administrative Law*, in *ERPL/REDP*, 2016, p. 265 ss.; Id., *La prolusione romana di Massimo Severo Giannini*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1, p. 3 ss. Si v. anche l'intervista del 1984 di D'Alberti a Giannini: *Discrezionalità e pluralismo amministrativo*, intervista a Massimo Severo Giannini a cura di Marco D'Alberti, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, 2, p. 104 ss.

¹⁸ M. D'Alberti, *Santi Romano e l'istituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, 3, p. 579 ss.

¹⁹ M. D'Alberti, *Elogio di Sabino Cassese. La sfida al labirinto*, in *Conferimento del dottorato di ricerca honoris causa in Diritto pubblico a Sabino Cassese*, Roma, Sapienza, 2016. Ma v. anche Id., *Il duplice coraggio e l'unità architettonica: del Trattato di Sabino Cassese*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 1, p. 287 ss.; Id., *La crisi dello Stato e del diritto. Le tesi di Sabino Cassese*, in *Sociologia del diritto*, 2004, 1, p. 179 ss.

stanze dalla parte più melmosa della politica, elevando gli *standard* di civiltà giuridica, nella direzione di un effettivo sviluppo economico e sociale.

Si tratta di aree di intervento normativo che, per lo più, sono state calate dall'alto, dalla sfera europea e comparata, nella disciplina italiana e che vengono vissute spesso con insofferenza dalla politica e dall'amministrazione nazionale, ma talvolta anche dall'opinione pubblica nostrana. L'idea che imprese e operatori possano prevalere nel mercato sulla base di idee, qualità, competitività; che la politica debba restare fuori dalla regolazione dei mercati; che occorra operare nel senso della prevenzione e rimozione delle degenerazioni istituzionali. Sono punti di un programma riformatore che si oppone alle conventicole corporative, lobbistiche e, nei casi peggiori, criminali.

A queste aree tematiche Marco D'Alberti ha dedicato importanti energie scientifiche, nel tentativo di indicare una strada nella direzione di riforme strutturali dell'ordinamento nazionale²⁰.

Sulla concorrenza, D'Alberti parte dal presupposto empirico che dinamiche pro-concorrenziali favoriscono lo sviluppo economico e processo contrario si ha in caso di ostacoli alla concorrenza. Egli ricostruisce l'ascendenza statunitense, dallo *Sherman Act* di fine Ottocento, e la successiva traslazione delle tutele, a livello di Europa continentale, nel secondo dopoguerra, con i Trattati europei sul mercato comune. Sottolinea la base comune delle norme pro-concorrenziali, ma evidenzia anche la diversità in ordine alle autorità pubbliche chiamate ad applicare le norme e i modi dell'applicazione.

Delinea, soprattutto, i caratteri di un adeguato sviluppo della concorrenza. In ordine al rapporto tra regolazione e concorrenza, distingue tra mercati a liberalizzazione matura e altri che richiedono un intervento regolativo: nei primi, ricorda, occorre semplicemente accompagnare il libero esplicarsi del mercato, perché la regolazione è, tendenzialmente, un attore non protagonista. Le autorità preposte alla tutela della concorrenza devono essere dotate di adeguati poteri di *enforcement*, supporto necessario per una regolazione pro-competitiva, e di *advocacy*²¹, per promuovere politiche concorrenziali. La tutela e la promozione della concorrenza sono da considerarsi parametri di legittimità e di appropriatezza della legislazione e della regolazione economica. Il modello della "rete" europea è fondamentale per assicurare assistenza nella direzione di una tutela orizzontale e paritaria. Il diritto della concorrenza primeggia sulle regolazioni settoriali, ma non deve trasformarsi in fondamentalismo di mercato, perché quest'ultimo deve essere in sintonia con la coesione sociale. Tutto ciò tenendo conto che la concorrenza è una tra le chiavi fondamentali per lo sviluppo economico, obiettivo principale dello spirito riformatore.

Certamente, la concorrenza ha fatto fatica ad affermarsi in Italia, dice D'Alberti, es-

²⁰ Il dibattito sulle riforme è centrale nel pensiero giuridico di D'Alberti, per il quale il giurista non è soltanto un teorico, ma deve fornire un contributo anche concreto ed operativo. Egli stesso ha svolto un ruolo consultivo, in più epoche, per l'elaborazione di riforme istituzionali e amministrative. Tra i contributi principali su questi temi, si v. G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2000; M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010; M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017.

²¹ M. D'Alberti, *I poteri di advocacy delle autorità di concorrenza in prospettiva comparata*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, p. 871 ss.

sendo stata introdotta da altri ordinamenti ed essendo stata percepita, erroneamente, come oppositiva rispetto alla solidarietà. Non si è lavorato abbastanza, inoltre, alla rimozione degli ostacoli alla concorrenza nelle discipline di settore e non vi è quella sensibilità per l'*antitrust for values*, a salvaguardia della democrazia, che è alle origini dello spirito concorrenziale statunitense e su cui bisognerebbe tornare a lavorare nell'ottica globalizzata della necessità di rinvenire le contromisure ai colossi della *Big Tech* e *Big Pharma*.

C'è, poi, quel profilo sociologico, o più ampiamente metagiuridico, richiamato innanzi, per cui «la cultura e l'opinione pubblica nel nostro Paese restano lontane dalla concorrenza. Per quelle radici ideologiche di cui s'è detto prima, ma per molte altre ragioni, spesso meno nobili: la logica del merito è assolutamente messa dietro le quinte, nell'economia e nella società; le imprese cercano mercati protetti; il neoliberismo è sovente neo-privatismo: si critica l'eccesso della mano pubblica, ma quando la mano privata ne ha necessità la invoca; la nostra imprenditoria sconta ritardi – pur con eccezioni di rilievo – nell'innovazione tecnologica e nel capitale umano, che sono essenziali per competere in Italia e all'estero»²².

Alla tutela della concorrenza si affianca l'indipendenza dell'*expertise* tecnica dall'indirizzo politico, dal mercato e dalle imprese regolate, valore che, per D'Alberti, è essenziale salvaguardare²³.

Anche su questo tema lo sguardo è di lungo periodo. Si parte, ancora una volta, oltreoceano, dall'*Interstate Commerce Commission* del 1887, per spiegare come l'indipendenza riguardi la parità di armi in materie “sensibili” e coniughi «l'elevata tecnica con la non-politica e con la riduzione della discrezionalità». D'Alberti segnala con preoccupazione come vi siano stati «eccessivi condizionamenti politici che hanno influito sulle nomine dei vertici delle Autorità indipendenti», «ma la vera risposta sta nella cultura dell'indipendenza», anche qui prendendo spunto dall'esempio britannico: scelta dei migliori, dei più competenti e meritevoli.

Alla promozione della concorrenza è strettamente legata la prevenzione della corruzione, perché è stato dimostrato che la crescita e lo sviluppo economico sono favoriti dalle *inclusive institutions* e penalizzati dalle *extractive institutions*²⁴. D'Alberti concentra l'attenzione soprattutto sulla corruzione di sistema e sul degrado istituzionale, sulla corruzione oggettiva che corrode l'assetto ordinamentale, che è stata molto meno studiata della corruzione delle persone²⁵.

²² Il percorso argomentativo e le citazioni contenute negli ultimi quattro capoversi sono tratti da M. D'Alberti, *La legge sulla concorrenza trent'anni dopo*, in *Munus*, 2020, 2, p. 11 ss.

²³ M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, cit., p. 11. Si v. anche Id., *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento IV, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1 ss.

²⁴ M. D'Alberti, *Lotta alla corruzione e crescita economica*, in L. Paganetto (a cura di), *Giustizia sociale, occupazione e crescita. Quali ricette per la “good economy”*, Roma, Eurolink, 2014, p. 65 ss.

²⁵ M. D'Alberti, *Corruzione*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, appendice IX, Roma, Treccani, 2015, p. 327 ss. Si v. anche Id., *Corruzione “soggettiva” e “oggettiva”*, in M. D'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 13 ss.; Id., *Corruption of the Institutional System: Remedies*, in L. Paganetto (ed.), *Achieving Dynamism in an Anaemic Europe*, Berlin, Springer, 2015, p. 285 ss.; Id., *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2016, p. 11 ss.

Come sempre, l'approccio è di carattere storico, perché il fenomeno corruttivo è documentato sin dall'antichità nelle sue diverse forme e la cd. questione morale è stata sollevata nel nostro ordinamento sin dai primi anni post-unitari. D'Alberti ha elaborato una vera e propria breve storia della corruzione in Italia, anche con riferimenti alla letteratura sul tema; un tema che, sin qui, anche gli storici avevano soltanto lambito e mai affrontato di petto. Si perviene, dopo una disamina minuziosa dei dati statistici internazionali, alla conclusione che «la corruzione delle persone trova alimento nelle disfunzioni degli elementi strutturali di una società o di un sistema istituzionale»: «i livelli di corruzione dipendono anche dal grado di solidità delle istituzioni». Dopo aver analizzato vizi e virtù della disciplina vigente, egli sostiene che occorre puntare sulla prevenzione anziché sulla repressione; nel far ciò, i piani anticorruzione devono essere intesi non come una incombenza da assolvere, ma come un vestito su misura da adattare alla singola amministrazione; i tipi di accesso dovrebbero essere ridotti ad uno e la disciplina delle inconferibilità e incompatibilità semplificata; anche il codice dei contratti pubblici richiederebbe un consistente snellimento. Bisogna, dice D'Alberti, affrontare di petto soprattutto la corruzione oggettiva, lavorando, da un lato, sulla qualità delle regole e sulla rimozione del disordine normativo e, dall'altro, sulla semplificazione della burocrazia, sia sul piano organizzativo sia su quello funzionale. Infine, occorre migliorare i controlli e i poteri ispettivi, rafforzando i corpi tecnici anche con assunzioni di personale di estrazione interdisciplinare, ed avere degli uffici specializzati che si occupino di contratti pubblici.

D'Alberti conclude, sulla corruzione, da dove aveva avviato il discorso e, cioè, dalla concorrenza e dal merito. L'Italia è un paese ancora distante da una cultura della competizione economica: contrastare il protezionismo di solito significa anche porre un argine alla corruzione. «Più in generale, un importante fattore di corruzione è la scarsa rilevanza della logica del merito»: «è indispensabile combattere la scarsa considerazione del merito e i limiti alla mobilità sociale. Sono aspetti rilevanti di una grave e più estesa degenerazione del tessuto istituzionale e sociale, che non è più *inclusive* né *pluralistic* e causa forti diseguaglianze»²⁶.

4. Per un rinnovamento culturale della giustizia amministrativa

Tra i temi di fondo dell'opera di D'Alberti vi è senz'altro quello dei limiti all'esercizio del potere, siano essi pubblici o privati, che rappresenta uno tra i fondamentali pilastri di sostegno della democrazia costituzionale.

La questione dei poteri privati e dell'espansione delle aree di influenza delle multinazionali (*Big Tech*, *Big Pharma*) a seguito della globalizzazione economica, con la conseguente necessità di affrontare in modo efficace tali problemi attraverso la globalizzazione giuridica, costituisce uno tra i più recenti approdi dell'attività scientifica di D'Alberti, il quale, sotto questo profilo, è un anticipatore di questioni che sono

²⁶ Il percorso argomentativo descritto negli ultimi due capoversi e le citazioni in essi contenute sono tratti dall'ultimo libro di M. D'Alberti, *Corruzione*, Roma, Treccani, 2020.

emerse, nel pieno della loro entità, soltanto negli ultimi anni²⁷.

È un'area di studi che il giurista romano ha analizzato anche dalla parte del giudice, soprattutto per ciò che concerne il raggio di azione del sindacato giurisdizionale e l'intensità dello stesso nei riguardi dei poteri pubblici.

Innanzitutto, D'Alberti pone in discussione la diversa ampiezza che investe la locuzione «giustizia amministrativa» nei sistemi di *civil law* e di *common law*. In questi ultimi, infatti, sono considerati strumenti di giustizia anche una serie di principi e istituti di carattere procedimentale che precedono il contenzioso. Sotto questo profilo, egli ritiene necessario, pure nel continente, «superare l'antica antitesi tra burocrazia e giustizia», attraverso una giustizia nell'amministrazione, di tipo “preventivo”, e, cioè, tramite un'azione amministrativa «più partecipata, più trasparente e più semplice». Vi è bisogno di una *bureaucratic justice*²⁸, come recita il titolo di un noto libro di Jerry Mashaw, un volume iconico per D'Alberti, anche al fine di rendere realmente effettiva la tutela, ai sensi del diritto europeo²⁹. Non costituisce un caso che, ai temi della partecipazione³⁰ e della semplificazione³¹ e, più in generale, ai processi decisionali delle amministrazioni³², egli ha dedicato importanti contributi propositivi.

In secondo luogo, il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa e il grado di penetrazione del sindacato giurisdizionale sull'agire dell'amministrazione costituisce un filo rosso che ritroviamo nei suoi percorsi principali di studio, dal rapporto di lavoro alle concessioni, dalla dirigenza alla concorrenza e agli atti delle autorità indipendenti.

Lungo questo tragitto, egli ha gradualmente perfezionato il ragionamento sul controllo giurisdizionale del potere pubblico, mettendo in rilievo, tra l'altro, in un seminale saggio elaborato assieme ad Alessandro Pajno, la graduale trasformazione del ruolo del giudice amministrativo, nella direzione di una funzione “equilibratrice”. D'Alberti ha evidenziato, infatti, come al *Conseil d'Etat* e al Consiglio di Stato si debba la formazione giurisprudenziale (“creativa”) del diritto amministrativo nell'ambito dello statualismo liberale, mentre la situazione è andata cambiando nell'ultimo quarto del secolo scorso, con l'istituzione di autorità indipendenti e l'introduzione di forme di intervento del privato nel procedimento, da un lato, e l'emersione di un dialogo sia con le Corti

²⁷ Si v., in particolare, M. D'Alberti, *L'accaparramento delle terre: tra diritto pubblico e privato*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2016, 7, p. 277 ss. Questo saggio è significativo anche per un'idea “militante” del ruolo del giurista: affatto formalista, con i piedi ben piantati nel reale assetto degli interessi, pronto a contrastare gli abusi nell'esercizio del potere, sia esso pubblico o privato.

²⁸ J.L. Mashaw, *Bureaucratic Justice. Managing Social Security Disability Claims*, New Haven, YUP, 1983.

²⁹ Si v. M. D'Alberti, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

³⁰ M. D'Alberti, *La partecipazione degli amministrati alle attività e alle funzioni amministrative*, in *Las formas de la actividad administrativa*, Caracas, Funeda, 1996, p. 289 ss.; Id., *La “visione” e la “voce”*: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 1, p. 1 ss.

³¹ M. D'Alberti, *La semplificazione tramite modifiche dell'organizzazione amministrativa*, in *Italiade-cide, Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 408 ss.

³² M. D'Alberti, *Processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. Un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico*, 2018, 1, p. 61 ss.

sovrnazionali e internazionali sia con il giudice costituzionale, dall'altro. In tale modificato contesto, «la nuova, decisiva, frontiera del giudice amministrativo sembra (...) consistere nella fissazione degli ambiti dei principi di economicità, di ragionevolezza, di adeguatezza, di imparzialità stabiliti dalla legge, e nella determinazione delle condizioni alla stregua delle quali essi possono ritenersi attuati nei singoli ordinamenti di settore. Non si tratta di inventare principi nuovi rispetto a quelli determinati dalla legge (o dalla Corte costituzionale, o dalla Corte di giustizia), ma di individuarne l'esatta applicazione in ambiti sempre più vasti dell'attività dei pubblici poteri»³³.

Attraverso l'introduzione "creativa" di principi da parte del giudice, si è andato modificando il tessuto evolutivo della materia: «Il senso più profondo della storia dei principi generali del diritto amministrativo dalla metà del Novecento ad oggi» è «la loro finalizzazione al potenziamento dei diritti e degli interessi degli amministrati» nei confronti del potere pubblico. Nel medesimo periodo, hanno subito una recessione i principi autoritari delle origini³⁴.

La riflessione sulla funzione "creativa" del giudice è strettamente legata all'atteggiamento deferente o intrusivo del sindacato giurisdizionale. Per D'Alberti, il giudice amministrativo deve stare attento a non ricadere nei due eccessi, nel senso che una tutela effettiva dei diritti e degli interessi degli amministrati richiede un controllo giudiziale intenso sull'azione amministrativa, purché esso sia rispettoso del principio di separazione dei poteri. Per consentire un sindacato adeguato e rispettoso, la giurisprudenza deve affinare le tecniche di controllo, che devono essere più strutturate e meno affidate all'umore del singolo³⁵.

A quest'ultima angolazione si lega uno tra i recenti interessi di D'Alberti, quello della *predictability* delle decisioni, in particolare delle sentenze dei giudici, che è un argomento molto discusso negli Stati Uniti e molto meno in Europa. In Italia, su questo tema D'Alberti è un esploratore. Egli ritiene che «la prevedibilità delle pronunce giurisdizionali [sia] un bene essenziale per la giustizia, per guidare le amministrazioni e il comportamento dei privati e per ridurre il contenzioso»³⁶.

5. L'avvicinamento del diritto amministrativo al diritto comune

Quale filo rosso si può ricavare dall'intenso e complesso percorso scientifico innanzi tratteggiato?

Si sono evidenziati, nel corso dell'analisi, alcuni caratteri persistenti nell'indagine scientifica dalbertiana: l'accentuazione della negozialità nel diritto amministrativo, con

³³ M. D'Alberti, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 324.

³⁴ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 86.

³⁵ Si v., in particolare, M. D'Alberti, *Intensity of Judicial Review of Administrative Power: Changes and Prospects*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, 3, p. 891 ss.

³⁶ M. D'Alberti, *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 89 ss.

la penetrazione di elementi privatistici nel diritto amministrativo, persino nel campo della regolazione³⁷; l'elevazione degli strumenti di civiltà giuridica per la competitività del sistema, perché cultura e sviluppo vanno insieme; garanzie di limitazione del potere più ampie e più penetranti, sempre nel rispetto della separazione dei poteri; l'andamento parabolico della storia, con corsi e ricorsi, ma senza pensare che si possa tornare indietro, occorrendo guardare indietro in linea prospettica³⁸; al contempo, la visione incrociata dei fenomeni tra sistemi giuridici; la fattualità del diritto, la spinta verso il realismo e l'esigenza di "pescare" dalle altre scienze e di confrontarsi con esse; di qui, l'evocazione frequente di alcuni suoi riferimenti culturali: Giannini sopra tutti, ma anche Capograssi, Orestano, Gorla, Cassese, tra gli altri³⁹.

Forse l'aspetto più significativo, nella cui direzione egli orza maggiormente rispetto al Maestro, Massimo Severo Giannini, è quello della tendenza del diritto amministrativo verso il diritto comune.

Questo carattere ritorna in numerose occasioni e sotto plurime vesti.

Lo rinveniamo, ad esempio, nelle riflessioni sulla proporzionalità, tema ricorrente nella sua opera. In particolare, D'Alberty analizza l'ambito pluridimensionale della proporzionalità, che affonda le radici nelle radici culturali dell'Occidente, emerge in campo giuridico nel diritto penale e internazionale, si diffonde nel diritto amministrativo, trova applicazione nel diritto costituzionale ed europeo, produce importanti risultati nel diritto internazionale e globale, è strumento di limitazione dei poteri privati nel diritto privato. Vi è quindi una dimostrazione di porosità giuridica del principio, che non appartiene a una "provincia" giuridica, ma è strumento trasversale di limitazione del potere. E, anzi, «come vi è stata una penetrazione di principi di origine privatistica nel diritto pubblico (...), così è perfettamente concepibile che vi sia un cammino inverso. (...) Il principio di proporzionalità (...) è idoneo a garantire una forte espansione al controllo del potere pubblico o dell'abuso di potere privato. Con una conseguente elevata protezione dei diritti incisi dai poteri pubblici e privati»⁴⁰.

Riappare anche nello studio dei regimi giuridici ultranazionali, i quali «sembrano riportare alla luce uno *ius commune*, che non è certo unitario né uniforme, ma risulta da un insieme di intersezioni fra sistemi giuridici diversi. I diritti nazionali e subnazionali, che ricordano gli *iura propria* della tradizione medievale, ne sono influenzati in vari modi»: attraverso condizionamenti cruciali, meccanismi di adattamento, applicazione di principi. «Il diritto amministrativo passa dal piccolo contesto nazionale al "grande contesto" europeo e globale». In tale quadro, soprattutto a seguito delle crisi degli ultimi anni, «occorre costruire un nuovo solidarismo», che «deve misurarsi con la logica

³⁷ M. D'Alberty, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Diritto Amministrativo*, 2013, 4, p. 617 ss.

³⁸ M. D'Alberty, *Il nuovo diritto pubblico dell'economia nell'opera di Fabio Merusi*, in L. Benvenuti e M. Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo*, Pisa, ETS, 2010, p. 42.

³⁹ Su questi ultimi tre profili, si v., in particolare, M. D'Alberty, *Vico, il metodo giuridico e il diritto dell'era globale*, in E.M. Marengi (a cura di), *Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 47 ss.

⁴⁰ M. D'Alberty, *Peripezie della proporzionalità*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, Numero speciale, p. 279 ss. Si v. anche Id., *Proporzione, proporzionalità, giustizia*, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 275 ss.

dei mercati», in modo da far convergere concorrenza e solidarietà, nel più congruo rispetto dell'economia sociale di mercato prevista dai Trattati⁴¹.

Si accompagna all'interdisciplinarietà nelle riflessioni sul metodo (o sui metodi), laddove si registra e si auspica uno studio multiforme delle pubbliche amministrazioni, il solo a poter riuscire a cogliere la complessità delle stesse, e «il solo che può condurre a concepire e varare buone riforme amministrative. Che sono essenziali, perché (...) una buona amministrazione è fattore indispensabile di prosperità economica e di benessere sociale»⁴².

Lo si ricava dall'aratura dell'area di azione del diritto amministrativo: dalle società partecipate ai beni pubblici, dagli strumenti di azione consensuale agli atti privati sostitutivi di autorizzazioni, dal progressivo avvicinamento del processo amministrativo al processo civile alla trasformazione del panorama dei principi applicati al diritto amministrativo. Ne scaturisce «l'impressione netta (...) che l'avvicinamento del diritto amministrativo al diritto comune si sia nel tempo ancor più rafforzato»⁴³.

Lo si evince significativamente dalla comparazione giuridica, che «somiglia a quella antica: una *comparatio-communicatio* che s'inserisce in un contesto di ordinamenti "comunicanti" non solo in Europa, e che trova la sua prima finalità nel contribuire a edificare quell'*ordre juridique* che consenta interdipendenza delle nazioni, solidarietà, cooperazione, coesistenza. Insomma, l'edificazione di un diritto pubblico comune, non solo europeo»⁴⁴.

Un diritto amministrativo, pertanto, che sembra andare caratterizzandosi, sempre più, quale forma di limitazione del potere *tout court* e quale studio dei meccanismi di «bilanciamento fra libero mercato e valori non economici (...), ispirato nelle norme e nella giurisprudenza all'economia sociale di mercato»⁴⁵.

⁴¹ M. D'Alberti, *Il diritto amministrativo nel "grande contesto"*, in *Il cittadino e la pubblica amministrazione. Giornate di studi in onore di Guido Corso*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 129 ss.

⁴² M. D'Alberti, *Metodo e metodi di studio dell'amministrazione pubblica*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 43.

⁴³ M. D'Alberti, *Per un diritto comune ai privati e alle pubbliche amministrazioni*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 686.

⁴⁴ M. D'Alberti, *Lo sviluppo del diritto amministrativo comparato*, in (a cura di) G. della Cananea, J. Ziller, *Il nuovo diritto pubblico europeo. Scritti in onore di Jean-Bernard Auby*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 108.

⁴⁵ M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 136.

Il diritto amministrativo secondo D'Alberti

Giampaolo Rossi

Che cosa caratterizza la produzione scientifica di Marco d'Alberti? Quali sono i suoi principali contributi alla scienza del diritto amministrativo?

Al di là dei contributi specifici sui temi che ha approfondito, penso che se ne debbano individuare due, di impostazione generale.

Un primo è la particolare finezza e quindi chiarezza di pensiero, che si traduce nell'uso di termini adeguati, mai enfatici o approssimativi. È una qualità che si ritrova più di frequente fra i civilisti, anche in ragione della materia che trattano.

L'avevo già osservata nei suoi primi studi nell'ambito di uno dei gruppi di lavoro sperimentali che organizzammo, con il consenso di Giannini, negli anni '70, in un clima culturale effervescente che individuava nel nozionismo la negazione della creatività e della capacità di comprensione.

I seminari, che si concludevano con una autovalutazione sostitutiva dell'esame, partivano, appunto, dall'assunto che l'apprendimento immediato della nozione, prescindendo dal percorso che ha portato a formarla, non consente di coglierne le ragioni e il significato. L'approccio teso a derivare le nozioni dalle norme utilizzando il metodo deduttivo riduce il lavoro del giurista a una dimensione meramente tecnica e non gli fa cogliere la dinamica degli interessi ai quali l'assetto normativo è volto a dare risposta traducendoli in situazioni giuridiche soggettive.

Prescindo ora da una valutazione critica di questo approccio che comunque stimolò riflessioni originali.

Il nostro gruppo si occupò della scuola e cercò di capire l'organizzazione della didattica nel suo essere (o non essere) volta a soddisfare l'interesse all'apprendimento dello studente.

Fra i vari contributi quello di Marco d'Alberti si distinse per la particolare finezza delle considerazioni, e su queste si fondò poi la sua tesi di laurea.

Questo modo di argomentare, e, prima ancora, di pensare, che rende più agevole quell'impostazione che Giannini chiamava «di teoria generale», è stato confermato dallo studio sul tema delle concessioni, che non può essere approfondito in modo esauriente se non disponendo anche della piena padronanza dello strumentario civilistico.

Questa finezza gli consente una percezione chiara delle caratteristiche delle singole nozioni e lo fa pervenire a soluzioni più convincenti nell'analisi dei temi di confine, a partire da quella del rapporto pubblico-privato.

Lo stesso approccio si è manifestato, non a caso, nell'impostazione di un altro tipo

di studi al quale D'Alberti ha dedicato molte delle sue riflessioni: quello delle analisi di diritto comparato.

La comparazione, se ben fatta, non offre solo un contributo di informazioni, o al più di scienza dell'amministrazione, ma è l'anticamera della teoria generale.

Esaminando e comparando gli assetti che nei vari ordinamenti vengono dati a problematiche affini si colgono, se lo si fa con un metodo adeguato, gli elementi comuni e quelli differenziati della disciplina delle diverse fattispecie e ci si trova quindi in condizione di poter evidenziare i profili essenziali, distinguendoli da quelli occasionali e non caratterizzanti.

Come è noto, i corsi di studio universitari non comprendono una disciplina specifica di diritto amministrativo comparato, come è, invece, soprattutto per il diritto privato. Il motivo, probabilmente, va ricercato nel fatto che i lavori scientifici nel diritto amministrativo avevano incorporato, nei primi decenni, la comparazione come elemento essenziale delle analisi.

In tempi più recenti si sono sviluppati anche nel diritto amministrativo studi essenzialmente comparatistici che hanno avuto però, il più delle volte, il limite di fermarsi a una mera descrizione degli istituti.

Anche nel modo di fare la comparazione l'impostazione di Marco D'Alberti si è distinta per la sua particolare finezza e predisposizione ad affrontare le tematiche in termini di teoria generale.

Così, per fare solo un esempio, nell'analisi delle specificità del diritto amministrativo e delle diversità fra sistemi di diritto comune e sistemi di diritto amministrativo che effettua nel testo di *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019.

Ma l'attitudine ad esaminare le differenze e le affinità fra gli ordinamenti si riflette anche negli studi non comparatistici. Così, ad esempio, nella Prefazione al volume su *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, (a cura di Alfredo Moliterni, Napoli, Jovene, 2021) le sue considerazioni sulla nozione si avvalorano dell'osservazione, dalla quale parte, che la «discrezionalità tecnica» è «un personaggio assolutamente italiano che fa parte della nostra cultura e dogmatica giuridica».

Fobonomia

Massimo Luciani

Sommario: 1. Nave in gran tempesta. – 2. Senza nocchiere? – 3. Paura e diritto.

1. Nave in gran tempesta

Si dà un *nómos* del *fóbos*. Ma duplice è il senso in cui il *nómos* è “del” *fóbos*. V’è un *nómos* che tipizza il *fóbos*, lo disciplina, lo lenisce, lo contrasta. E v’è un *nómos* che dal *fóbos* è occasionato, voluto, plasmato, alterato. Sicché il *nómos* è “del” *fóbos* ora in quanto l’assume a oggetto, ora in quanto ne è l’oggetto.

L’astratta distinzione dei due tipi di rapporto si stempera nella prassi, ma entro la sua mutevole trama resta sempre leggibile, nella continua oscillazione di apparizioni dell’uno o dell’altro. La vicenda del diritto pandemico italiano non fa eccezione e ci squaderna quotidianamente un diritto della paura ora attivamente orientante ora passivamente orientato.

Non tutti l’avvertono. Si oppongono, anzi, letture unidirezionalmente apocalittiche e letture unidirezionalmente integrate¹.

Gli apocalittici appaiono, invero, in maggioranza, giungendo a congetturare strumentali “invenzioni” della pandemia, che occulterebbero sinistre finalità di controllo sociale di foucaultiana memoria². Gli integrati abitano soprattutto le regioni della politica attiva *côté* maggioranza di governo e corrispondono anch’essi perfettamente al *tipo* descritto cinquant’anni fa da Umberto Eco. Il giurista, che ha a che fare con la multiforme complessità del diritto positivo, dovrebbe sfuggire all’incasellamento in uno dei due figurini, negandosi alla contestazione e al rifiuto aprioristico del mondo in cui vive, ma anche all’aprioristica scelta di “accettarlo” e addirittura “incrementarlo”³. Non sempre ci riesce ed è un peccato, perché proprio nel contesto di uno scon-

¹ Il lessico del testo allude scopertamente a U. Eco, *Apocalittici e integrati*, Milano, Bompiani, 1977.

² Cfr. soprattutto, all’inizio della prima fase della pandemia, G. Agamben, *L’invenzione di un’epidemia* (26 febbraio 2020); Id., *Contagio* (11 marzo 2020); Id., *Chiarimenti* (17 marzo 2020); Id., *Riflessioni sulla peste* (27 marzo 2020), leggibili in rete alla pagina che questo A. tiene su *Quodlibet*. Ora, l’A. ha ritenuto di raccogliere questi e altri brevi scritti in Id., *A che punto siamo? L’epidemia come politica*, Macerata, Quodlibet, 2020.

³ U. Eco, *Apocalittici e integrati*, cit., p. 6.

tro fra due visioni opposte e parimenti inadeguate il suo equilibrio sarebbe essenziale.

Certo, mantenere l'equilibrio è difficile nella "gran tempesta" in cui il mondo, e con esso il suo diritto, è stato gettato dal virus. Ma di quale gran tempesta si tratta?

In questi mesi abbiamo sentito evocare tutte le situazioni giuridicamente estreme che si potessero immaginare, dallo stato di guerra allo stato di eccezione, dallo stato d'assedio alla dittatura, sempre, però, senza fondamento. Già in altra occasione⁴ ho cercato di dimostrare perché richiamare simili paradigmi costituisca un evidente errore di teoria politica e di dommatica giuridica, sicché qui basta limitarsi a constatare che quello in cui ci troviamo non è uno stato di eccezione (il più frequentemente evocato dei paradigmi inconferenti), bensì, più semplicemente, uno stato di emergenza.

Sempre di recente⁵ ho cercato di mettere in luce, appunto, la polare contrapposizione fra stato di eccezione e stato di emergenza. Fra la condizione, cioè, che segna il punto di *non ritorno* della legalità costituzionale e quella che della legalità costituzionale segna il punto di *consolidamento*. L'una in cui si manifesta l'esercizio del *potere costituente*; l'altra in cui si manifesta l'esercizio del *potere costituito*⁶. L'una che (almeno in un primo momento) è *vuota* di diritto; l'altra che (come l'esperienza di questi mesi ci insegna) è *piena* di diritto⁷. L'una che si fonda su presupposti che *non possono* essere definiti; l'altra che si fonda su presupposti che *devono* essere definiti. L'una che reclama il *monismo istituzionale*; l'altra che presuppone e mantiene il *pluralismo istituzionale*.

Lo stesso lessico schmittiano è rivelatore dell'opposizione polare fra i due concetti. Se ne ricorda, in genere, il solo profilo soggettivo, ripetendo sino alla noia il noto *dictum* che «*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*»⁸ ("sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione"), ma se ne dimentica quello oggettivo, trascurando che il contenuto della sovranità è da Schmitt identificato là dove s'afferma che al legislatore ordinario è vietato compiere un atto di sovranità, «*d.h. eine Durchbrechung der geltenden Rechtsordnung*»⁹ ("cioè una rottura dell'ordinamento giuridico vigente"). Se chi compie l'atto di sovranità è colui che decide dell'eccezione e dunque (*d.h.*: «*das heißt*» – "cioè") della rottura dell'ordine vigente, il sillogismo è presto chiuso: l'epifania del sovrano si ha solo nello stato di eccezione; l'atto di sovranità è una rottura del vigente ordine costituzionale; *ergo*, se non c'è rottura costituzionale non c'è lo stato di eccezione e non c'è l'epifania del sovrano. Non solo: quel che deve compiersi non è un semplice "rompere", ma un rompere (*brechen*) attraverso (*durch*), cioè un rompere

⁴ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 137 ss.

⁵ Nella relazione presentata al Convegno "I riflessi della pandemia sulle libertà costituzionali, gli appalti e la finanza pubblica", Varese, 1-2 dicembre 2020.

⁶ È, questa, la classica (e per questo profilo condivisibile) impostazione di C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5ª ed., rist. dell'ed. 1928, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, p. 180.

⁷ Condivido pienamente l'*incipit* di un recente contributo di E. Scoditti, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Questione giustizia*, 2020, 2, p. 31, che vale la pena di riportare per intero: «Lo stato di emergenza produce l'intensificazione del diritto. Lungi dall'essere una condizione di vuoto del diritto, l'emergenza è il luogo di emersione del diritto iperbolico. Si misura qui la differenza fra lo stato di emergenza e lo stato di eccezione secondo Carl Schmitt».

⁸ Cfr. C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, II ed., München-Leipzig, 1934, p. 11 (tale seconda edizione è identica alla prima del 1922).

⁹ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 237.

l'ordine vigente passandogli in mezzo, per raggiungere un ordine costituzionale nuovo, tutto da fondare.

Ora, sarebbe interessante sentirsi spiegare da chi in questi mesi, in Italia, ha evocato lo Stato di eccezione, dove si sarebbe manifestata in concreto la rottura costituzionale che – sola – attesterebbe il comparire del sovrano. Dov'è che è apparsa la frattura ordinamentale, la soluzione di continuità, il passaggio da un regime costituzionale a un altro? Dove e come s'è compiuto uno stupro delle istituzioni costituzionali paragonabile a quello perpetrato – che so – nel '22 in Italia o nel '33 in Germania? Una risposta, una spiegazione, sarebbero attese invano, perché nulla di tutto questo è accaduto e quel che si riesce a mettere insieme è solo un elenco (non mette conto dire quanto fondato) di malfunzionamenti, di vizi di efficienza, di lesioni della legalità, che tuttavia non sanno certo determinare quel rompere attraverso, quel *durch-brechen* che si può vedere (*quod Deus avertat!*) solo nel vero stato di eccezione.

Per tutto questo, eccezione ed emergenza non possono, non debbono, essere confuse.

La distinzione va tenuta ferma soprattutto nel ragionamento sulle fonti del diritto e sulla forma di governo. Dico subito, a scanso di equivoci, che non tutto ha funzionato bene, sull'uno e sull'altro piano, ma da qui a dire che la folgore del sovrano decisore s'è abbattuta sulle nostre vite ce ne corre. Troppo.

Ribadisco, una volta ancora, quanto già ho osservato in altri scritti di questo periodo:

- a) l'«emergenza» è uno specifico istituto giuridico, implicitamente previsto in Costituzione (art. 77 Cost.) ed esplicitamente contemplato nella legislazione ordinaria;
- b) l'emergenza si dichiara perché l'ordinamento vuole proteggersi di fronte a eventi straordinari e non certo per passare da un ordine costituzionale a un altro;
- c) il fondamento delle attuali fonti emergenziali sta in fonti generali come la l. 23 dicembre 1978, n. 833 (sul Servizio Sanitario Nazionale), e il d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (che reca il Codice della protezione civile), e in fonti speciali come – soprattutto – i dd.ll. 23 febbraio 2020, n. 6 e 25 marzo 2020, n. 19;
- d) la cospicua produzione normativa per mezzo di ordinanze ha, dunque, un fondamento normativo primario e non ha violato le riserve di legge previste in Costituzione, perché a certe condizioni (stavolta presenti) la deroga alle norme primarie da parte di quelle emergenziali è nel nostro ordinamento consentita.

2. Senza nocchiere?

Nave in gran tempesta, dunque. Ma senza nocchiere? O, all'opposto, con un nocchiere troppo pretenzioso e autoritario? Fuor di metafora: c'è stata una grave alterazione degli equilibri istituzionali disegnati dalla Costituzione? Abbiamo visto i primi accenni di avventure cesaristiche?

Ricordavo, di recente, la profezia spengleriana dell'avvento di un nuovo cesarismo¹⁰. Una profezia scomoda e spesso rimossa, forse per la difficile digeribilità di un

¹⁰ M. Luciani, *Bonapartismo, oggi?*, in *Teoria politica*, 2019, 9, p. 156 ss., cui rinvio per una più compiuta esposizione dei concetti accennati nel testo.

autore che, se disprezzava intellettualmente il nazismo¹¹, era affascinato da Mussolini¹². Ma anche una profezia preziosa, fondata sulla primordiale distinzione fra *Kultur* e *Zivilisation* e proiettata come un faro dalla luce sinistra sull'attualità dei primi anni del Novecento. Un'attualità che ci sembra di rivivere appieno (spagnola compresa ...) nei primi decenni del nuovo secolo.

In cosa *Kultur* e *Zivilisation* si distinguano è noto. Mentre le prime, "organismi viventi d'ordine superiore"¹³ e "realtà spiritual[i] che si esprim[ono] in forme simboliche"¹⁴, hanno come principio sociale regolatore (in implicita, ma chiara, allusione alla concezione montesquieuiana dell'aristocrazia) l'onore¹⁵ e ammettono la disegualianza, considerando naturali i rapporti di subordinazione¹⁶, le seconde, in quanto «stadi più esteriori e più artificiali di cui una specie umana superiore è capace»¹⁷, riflettono a rovescio tutte le caratteristiche della cultura, soprattutto esaltando il danaro¹⁸ e la tecnica¹⁹. Poiché il destino della *Zivilisation* è proprio la sua dissoluzione cesaristica, preludio alla costruzione di una nuova *Kultur*, è chiaro che il passaggio dalla *Kultur* alla *Zivilisation* deve mettere in allarme sul pericolo dell'avvento d'un novello Cesare.

Ebbene: Spengler era convinto di vivere negli anni bui di una deludente *Zivilisation* e attendeva, dunque, l'avvento del Cesare. Valuti ognuno quanto la profezia fosse fondata. E valuti ognuno se oggi non ricompaiano le medesime condizioni che Spengler ravvisava come propizie all'avventura cesarista, dalla crisi degli Stati in quanto «pure unità politiche, forme unitarie della potenza che opera verso l'esterno»²⁰ all'affermazione della superiorità dell'economico sul politico²¹; dall'aumento illimitato del potere del credito²² alla crisi della riproduzione («l'abbondanza di figli [...] diviene modesta e ridicola»)²³, ecc.

Personalmente, penso che ai giorni d'oggi il rischio dell'avventura cesarista ci sia tutto e che nulla garantisca che, in difetto d'una robusta consapevolezza del pericolo da

¹¹ «I nazionalsocialisti [...] credono di sbrigarla da soli senza e contro il mondo intero, e di poter costruire i loro castelli in aria senza una forse silenziosa, ma certo piuttosto considerevole, reazione dall'esterno, che presumibilmente non sarà né cordiale, né comprensiva, né cavalleresca»: O. Spengler, *Jahre der Entscheidung. Deutschland und die weltgeschichtliche Entwicklung*, München, C.H. Beck, 1933, trad. it. di A.V. Giovannucci, *Anni della decisione*, s.l., Sesto San Giovanni, Oaks, 2018, p. 47.

¹² «Mussolini è soprattutto uomo di Stato, freddo e scettico, realistico, diplomatico [...]. Si rende conto di tutto – la più rara capacità per un dominatore assoluto», O. Spengler, *Anni della decisione*, cit., p. 215.

¹³ O. Spengler, *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte*, Wien, Braumüller, 1918 e München, C.H. Beck, 1922, trad. it. di J. Evola, *Il Tramonto dell'occidente. Lineamenti di una morfologia della Storia mondiale*, II ed., Milano, Longanesi, 1970, p. 62.

¹⁴ O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente*, cit., p. 1158.

¹⁵ O. Spengler, *Anni della decisione*, cit., p. 126.

¹⁶ O. Spengler, *Anni della decisione*, cit., p. 128.

¹⁷ O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente*, loc. cit. (cors. nell'orig.).

¹⁸ O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente*, cit., pp. 82, 86 e *passim*.

¹⁹ O. Spengler, *Der Mensch und die Technik. Beitrag zu einer Philosophie des Lebens*, München, Beck, 1931, p. 43 ss.

²⁰ O. Spengler, *Anni della decisione*, cit., p. 73 (cors. nell'orig.).

²¹ O. Spengler, *Anni della decisione*, cit., p. 78.

²² O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente*, cit., p. 1399.

²³ O. Spengler, *Anni della decisione*, cit., p. 124.

parte dei cittadini, le istituzioni democratiche siano in grado di scongiurarlo. Penso, però, allo stesso modo, che nessun segno di cesarismo si sia manifestato nel corso della crisi pandemica e che anche qui pensare il contrario costituisca un grave errore di teoria politica e di dommatica giuridica.

Che la pandemia abbia portato con sé un rafforzamento dei poteri del Presidente del Consiglio è evidente. Ma questo è cesarismo (o, cosa ancor più risibile) dittatura? La marginalizzazione del Parlamento è un'altra cosa evidente, ma questo è forse un fenomeno nuovo? E siamo poi certi che il Parlamento italiano sia stato davvero così inerte e fannullone? Interrogativi tutti retorici, a me sembra evidente, cui chiunque non sia animato da un pre-giudizio ideologico saprà dare una risposta negativa.

3. Paura e diritto

Le fatali oscillazioni della nomopoiesi fra il governare la paura e l'esserne governata non possono non preoccupare chi abbia a cuore la tutela dei diritti. Il cedimento alla paura non solo favorisce lo scambio tra sacrificio dei diritti e aumento della sicurezza, ma diventa l'occasione per stravolgimenti dei principi dello Stato costituzionale di diritto che altrimenti non sarebbero tollerati. La produzione fobonomica, insomma, in tanto è compatibile con quei principi in quanto catturi e non sia catturata dalla paura, ovvero non l'assuma a paradigma legittimante qualsivoglia alterazione della Costituzione dei diritti e della Costituzione dei poteri²⁴.

Non sempre, in questi mesi di emergenza pandemica, le cose sono andate nel verso giusto e il rispetto formale dell'ordine delle fonti, sul quale ho prima insistito, non sempre si è accompagnato a una rigorosa osservanza del corretto rapporto fra paura e diritto. Faccio qualche esempio.

Anzitutto, alcuni eccessi nella produzione delle ordinanze emergenziali. Paradigmatici sono gli esempi dell'ordinanza del sindaco di Messina che ha sottoposto ad autorizzazione l'entrata in Sicilia da quel porto e le ordinanze del Presidente della Regione Calabria e del Presidente della Regione Lazio che hanno imposto la vaccinazione obbligatoria ad alcune categorie di cittadini (ultrasessantacinquenni, operatori sanitari, ecc.). L'ordinamento ha reagito bene e queste singolari ordinanze sono state tutte colpite da annullamento (governativo straordinario la prima, giurisdizionale le altre)²⁵, ma non sempre un contezioso è stato promosso, sicché si sono consolidate situazioni incompatibili con la disciplina costituzionale dei diritti (penso alle numerose ordinanze sindacali che, qua e là, hanno stabilito divieti fantasiosi, difettosamente costruiti o mal motivati).

Più inquietante la preoccupazione, legittimamente coltivabile, che la paura o – più

²⁴ Per questa formula, con l'avvertenza che non esistono "due" Costituzioni separate o in problematica comunicazione fra di loro, mi permetto di rinviare al mio *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova, Cedam, 1985, p. 497 ss.

²⁵ V. il parere Cons. St., sez. I, 7 aprile 2020, n. 260, nonché le sentt. Tar Calabria-Catanzaro, sez. I, 15 novembre 2020, n. 1462, e Tar Lazio, sez. III *quater*, 2 ottobre 2020, nn. 10047 e 10048.

in generale – l'emergenza possano condurre a un allentamento dei presidi garantistici apprestati dall'ordinamento. La dottrina ha puntualmente messo in luce la gravità del rischio e del problema ove ne venisse attinta la stessa giurisprudenza costituzionale²⁶, ma anche quando si ragiona sui giudici c.d. comuni non si deve abbassare la guardia: una giurisdizione permeabile ai timori e agli umori della "pancia" del Paese cesserebbe d'essere giurisdizione: il giudice non può non tener conto del contesto storico nel quale è immerso, ma deve sempre autointerpretarsi come il custode del dover essere, non come l'acritico strumento d'un più pieno inverarsi dell'essere.

Infine, che paura ed emergenza siano state anche *occasiones* per adottare misure legislative alle quali magari si pensava da tempo, ma che non si aveva il coraggio di proporre, lo dimostrano alcune recenti disposizioni che riguardano proprio la Corte dei conti.

Penso, per fare un solo esempio²⁷, all'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni"), che al comma 1 ha novellato l'art. 1, co. 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, disponendo che «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso» e al co. 2 ha stabilito che «Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente». Sono previsioni assai discutibili.

Anzitutto, come dimostra il co. 2, si tratta di un intervento normativo connesso alle esigenze emergenziali, che rende dunque asimmetrico un co. 1 che è concepito come disposizione a regime.

Poi, è dubbia la compatibilità della totale eliminazione della colpa grave a fronte di un art. 28 Cost. che ha un contenuto a spettro così ampio. La Corte costituzionale ha detto chiaramente che in materia di responsabilità la discrezionalità legislativa non è senza limiti²⁸, ma qui tali limiti sembrano superati (perché la responsabilità erariale è preordinata alla garanzia di beni costituzionalmente rilevanti).

Infine, dubbi di costituzionalità vi sono quanto alla previsione che la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso, perché ben raramente l'autore dell'illecito erariale è animato dall'*intenzione* di produrre l'evento dannoso (e

²⁶ A. Anzon, *Lo "scrutinio stretto" della legge-provvedimento sulla ricostruzione del ponte Morandi*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 2, del dattiloscritto, ha parlato del rischio di un «controllo del giudice costituzionale [che] finisce così per apparire in realtà insufficientemente prevedibile e difficilmente distinguibile dalle valutazioni di merito politico, mentre viene a mancare un mezzo affidabile per valutare univocamente – per quanto è di regola possibile – la persuasività e la accettabilità delle decisioni della Corte».

²⁷ Altri sono puntualmente offerti da F. Sucameli, *Attuazione ed esecuzione della l. cost. n. 1/2012 attraverso il giudice del bilancio*, in corso di pubblicazione, 42, nt. 136, del dattiloscritto.

²⁸ C. cost., 1 dicembre 2010, n. 355: «rientra [...] nella discrezionalità del legislatore, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza e arbitrarietà della scelta, conformare le fattispecie di responsabilità amministrativa, valutando le esigenze cui si ritiene di dover fare fronte».

le stesse statistiche sulla giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti attestano come le ipotesi che l'elemento soggettivo dell'illecito venga caratterizzato dal dolo siano rarissime).

Certo, che vi sia urgente bisogno di un'attenta riflessione del giudice della responsabilità sui limiti attuali dell'illecito erariale è difficile negarlo. La complessità del nostro ordinamento, che rende praticamente impossibile agire *tota lege perspecta* e – soprattutto – avere in anticipo la ragionevole sicurezza della correttezza del proprio agire, dovrebbe a mio avviso indurre a far tesoro dell'insegnamento della Corte costituzionale sull'ignoranza giustificabile della legge penale²⁹, estendendo la medesima concezione garantista al giudizio di responsabilità erariale. Nondimeno, la strada imboccata dal legislatore sembra troppo diretta e mena troppo in salita (ortogonale alle curve di livello tracciate dalla Costituzione). La Corte dei conti, che prima ancora d'essere giudice della responsabilità è "titolare della funzione fondamentale del sindacato neutrale sulla legalità del bilancio"³⁰, è per più profili uno scomodo attore sul palcoscenico delle istituzioni, ma c'è una bella differenza tra l'accetta e il bisturi se si vuole disegnarne con precisione la collocazione nel sistema.

Pochi esempi, insomma, fra i tanti che potrebbero proporsi. Pochi esempi, ma che conducono tutti alla medesima conclusione scettica sull'opportunità che il diritto si pieghi acriticamente alle ragioni della paura e dell'emergenza. *Fóbos* è sempre, sempre, cattivo consigliere di *Nómos*.

²⁹ V. la fondamentale C. cost., 23 marzo 1988, n. 364.

³⁰ F. Sucameli, *Attuazione ed esecuzione*, cit., p. 33, del dattiloscritto.

La laicità nel diritto francese

Yves Gaudemet

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'avvento della laicità nel diritto francese. – 3. L'avvento dello Stato laico. – 4. Il contenuto del principio di laicità. – 4.1. La “carta della laicità”. – 4.2. La laicità e l'ordine pubblico.

1. Premessa

Ancora una volta in Francia vediamo agitare il vessillo della laicità, brandito un po' ovunque e presentato, soprattutto nelle leggi più recenti, come un valore della Repubblica, a fianco, e certamente a sostegno della rima, dei principi di *liberté, égalité, fraternité* ereditati dalla Costituzione del 1848.

Questo discorso pubblico un po' infervorato è poco intelligibile a un osservatore straniero, dopo tutto un po' diffidente verso l'annunciarsi di una nuova disputa tutta francese riguardo alla laicità. E questo osservatore straniero ha ragione. Il discorso politico attuale sulla laicità è inintelligibile perché mal strutturato, le sue parole sono usate in modo improprio: tiene in poco conto la storia e al tempo stesso ignora il diritto.

Il principio di laicità, elevato ad uno dei massimi valori della Repubblica, «pietra miliare del patto repubblicano» secondo un'espressione ripetuta spesso e volentieri, dovrebbe definire il “fatto religioso”, diciamo pure respingere ciò che in esso vi è di destabilizzante. È un modo di presentarlo che, pur se riconducibile a particolari momenti della nostra storia nazionale, quelli contrassegnati da un'ideologia laica combattiva – e su questo torneremo più tardi – non corrisponde in nessun modo a quello che è oggi, nel diritto positivo, il principio di laicità.

Nel diritto francese la laicità ha un significato ben preciso, pienamente e necessariamente rispettoso della libertà religiosa: se essa rimane neutra nei confronti delle religioni, non è per ignorarle o per combatterle. La laicità, il principio che organizza i rapporti fra lo Stato e le religioni, non è altro che la scelta fatta storicamente, e abbastanza di recente considerando la storia della Francia, in base alla quale le istituzioni dello Stato, l'apparato dello Stato, i servizi pubblici dello Stato – e questo è iniziato con l'insegnamento primario – si organizzano al di fuori di ogni religione e restano neutri nei loro confronti. È il contrario di ciò che avviene nei sistemi di religioni di Stato, in cui esse sono designate, riconosciute e organizzate dallo Stato stesso, come fu il caso nella

Francia dell'*Ancien regime* e in tutti i regimi costituzionali che si sono succeduti fino alla legge del 5 dicembre 1905.

È su questo soggetto che vorrei apportare il mio piccolo contributo, associandomi all'omaggio oggi giustamente reso al nostro collega e amico Marco D'Alberti che ha tanto fatto per la mutua comprensione dei diversi sistemi giuridici, con speciale riguardo al diritto italiano e al diritto francese, che progrediscono insieme, fin da prima che si inventasse L'Europa istituzionale, e si illuminano l'un l'altro ¹.

2. L'avvento della laicità nel diritto francese

Indichiamo innanzitutto il modo in cui la laicità ha fatto il suo ingresso nel diritto francese citando ciò che ha scritto Jean Rivero nel 1960 a questo proposito: *«je voudrais quant à moi tenter de montrer les cheminements par lesquels sont passés le législateur d'abord, le juge administratif ensuite ... pour faire, à partir de l'idéologie laïque, le droit positif de la laïcité»* ².

La laicità è entrata nel diritto positivo francese attraverso la scuola, in relazione alla libertà dell'insegnamento, come epilogo dell'aspra battaglia per la laicità dell'insegnamento pubblico combattuta a partire dal 1880 in una prospettiva militante di consolidamento delle istituzioni della Repubblica che stentavano ad affermarsi all'indomani della caduta del Secondo Impero.

Come scriveva Jean Rivero, *«ce n'est pas le moindre paradoxe de cette histoire que de voir la laïcité entrer dans l'Etat par la petite porte, celle d'un service public parmi les autres, en l'espèce l'enseignement primaire»*.

La questione suscita dibattiti, talvolta accesi, fin dai primi anni della Terza Repubblica.

Jules Ferry, nominato ministro dell'istruzione pubblica il 4 febbraio 1879, dichiara solennemente di voler ridefinire l'insegnamento e l'istruzione pubblica ai fini del consolidamento delle istituzioni repubblicane ancora recenti ³. È lo scopo di quelle che vengono chiamate le leggi scolastiche di Jules Ferry, un insieme di testi che si succedono principalmente tra il 1879 e il 1882: un lavoro portato avanti in modo pragmatico, dipendente dal calendario e dalle imprevedibilità parlamentari, che costituisce un insieme coerente al servizio di un progetto ben definito e che non varierà ⁴.

¹ Sull'insieme di questi argomenti, riprendo spunti di analisi presenti in studi recenti: Y. Gaudemet, *La laïcité, forme française de la liberté religieuse*, in *Revue du droit public*, 2015, p. 329; Y. Gaudemet, *La liberté religieuse à l'épreuve de la laïcité*, in *Miscellanea in onore di B. Basdevant-Gaudemet*, éd. Mare & Martin, aprile 2021; Y. Gaudemet, *L'expression d'appartenance religieuse et l'ordre public*, in *Qu'est-ce que le bien commun?*, in *Miscellanea in onore di Jean Marc Sauvé*, 2020, p. 101.

² J. Rivero, *De l'idéologie à la règle du droit: la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative*, in *La laïcité*, PUF, Paris, 1960, p. 263.

³ Ci si riavvicina così al *Projet de décret sur l'organisation générale de l'instruction publique* presentato da Condorcet all'Assemblea legislativa il 20 e 21 aprile 1792, che comportava l'obbligo scolastico e la gratuità dell'insegnamento e che doveva ispirare tutte le discussioni successive sull'insegnamento. Riguardo alla "sopravvivenza" di quella che è stata chiamata *l'utopie Condorcet*, v. E. Badinter, R. Badinter, *Condorcet, un intellectuel en politique*, Paris, Fayard, 1988.

⁴ Per le date di adozione di questi diversi testi regolamentari e legislativi: J.M. Gaillard, *Jules Ferry*, Paris, Fayard, 1989, p. 491.

Ma qual era di fatto la situazione? L'Impero napoleonico aveva creato l'Università imperiale, un'istituzione autonoma e gerarchizzata che però riguardava solo marginalmente l'insegnamento primario, le "piccole scuole". Conformemente alle grandi istituzioni napoleoniche, si trattava di un'organizzazione centralizzata che impartiva un insegnamento uniforme, secondo modalità ben definite e di tipo paramilitare. *«Il sera formé, sous le nom d'Université impériale, un corps chargé exclusivement de l'enseignement et de l'éducation publics dans tout l'Empire»* (l. 10 maggio 1806).

Negli anni che seguono, e soprattutto sotto la Monarchia di luglio, l'Università, simbolo di un insegnamento pubblico centralizzato, viene criticata dai suoi detrattori che rivendicano la libertà di un insegnamento privato decisamente confessionale: i difensori della libertà di insegnamento sono quindi gli avversari dell'Università. È in questo contesto che la legge Guizot del 28 giugno 1833 impone per la prima volta le regole dell'organizzazione dell'insegnamento primario⁵. Non vengono messe in discussione né l'autorità e l'insegnamento paterno, né la libertà di scegliere tra l'insegnamento religioso e la scuola comunale, anche se, come regola generale, la Chiesa mantiene un ruolo preponderante nell'insieme dell'insegnamento, incluso all'interno delle scuole comunali.

Quindici anni dopo, il 15 marzo 1850, viene adottata la legge Falloux, votata da un'Assemblea preoccupata di ristabilire l'ordine dopo gli eventi del 1848⁶. Essa consolida la posizione della Chiesa e rafforza il ruolo dei religiosi nell'organizzazione dell'insegnamento scolastico. Thiers, portavoce di una borghesia quasi unanime, intendeva in questo modo affidare l'insegnamento al clero e *«museler les instituteurs, ces antisociaux, 37.000 socialistes et communistes ..., pour que les curés apprennent aux enfants à lire, écrire, compter et la seule bonne philosophie»*⁷.

È a questa organizzazione dell'istruzione scolastica assegnata alla Chiesa in nome della libertà dell'insegnamento che Jules Ferry vuole mettere fine, a questo edificio costruito opportunisticamente sotto il Secondo Impero attraverso qualche testo marginale, rivolgendo tuttavia un'attenzione all'insegnamento delle ragazze.

Il suo programma è al tempo stesso ambizioso e semplice: liberare la Francia della Repubblica dall'influenza della Chiesa sulla scuola; mettere il paese al passo con la modernità offrendo alla scuola il quadro istituzionale, i mezzi, lo statuto e gli insegnanti che richiede ciò che viene presentata come la missione essenziale dello Stato.

Bisogna dunque liberare l'insegnamento dalla Chiesa cattolica: è su questo terreno che si lotta per la laicità. La scuola organizzata al di fuori della Chiesa deve essere laica. Dalla laicità nascerà una scuola al servizio della modernità, aperta ai progressi del sapere e ugualmente aperta a tutti.

La legge del 28 marzo 1882, all'articolo 4 dichiara l'insegnamento *«obligatoire pour les enfants des deux sexes âgés de 6 ans révolus à 13 ans révolus»*⁸. Il peut être

⁵ La legge riguarda solo i ragazzi e, per quanto ai comuni di più di 500 abitanti venga imposto di mantenere, una scuola elementare, non prevede alcun obbligo scolastico.

⁶ La Costituzione del 1848 affermava per la prima volta un principio di libertà di insegnamento: Art. 9 *«L'enseignement est libre ... (mais) sous surveillance de l'État qui s'étend à tous les établissements d'éducation et d'enseignement sans aucune exception»*.

⁷ Citato da J.M. Gaillard, *Jules Ferry*, Paris, Fayard, 1989, p. 426.

⁸ Obbligo scolastico portato a 14 anni dalla l. 9 agosto 1936, poi a 16 con un'ordinanza del 6 gennaio

donné soit dans les établissements d'instruction primaire ou secondaire, soit dans les écoles publiques ou libres, soit dans les familles, par le père de famille lui-même ou par toute personne qu'il aura choisie».

Si tratta del trinomio presentato come tale durante i dibattiti parlamentari: obbligo, gratuità, laicità. L'insegnamento deve essere impartito a tutti, è obbligatorio, il che comporta due conseguenze necessarie: una di ordine materiale, la gratuità⁹ in quanto non deve essere un peso per i genitori, e l'altra di ordine spirituale, la laicità, ovvero neutralità nei riguardi di tutte le religioni¹⁰ in quanto non bisogna urtare la coscienza di nessuno.

La laicità così iscritta per la prima volta nel diritto non è la *laïcité de combat* del discorso politico. È una laicità ridotta a quello che deve essere: un principio organico, un principio di organizzazione, nel caso specifico l'organizzazione da parte dello Stato di un servizio pubblico particolare, l'istruzione pubblica, ai margini di tutte le religioni e sorretta dal principio di neutralità verso ogni confessione religiosa¹¹. E del resto la legge del 1882 non ignora né le religioni né l'insegnamento religioso: la scuola pubblica deve lasciare spazio all'insegnamento religioso ma al di fuori di essa: l'art. 2 della legge prevede che *«les écoles primaires publiques vaqueront un jour par semaine, en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants, l'instruction religieuse en dehors des édifices scolaires»*.

Jules Ferry dichiarava davanti al Senato il 10 giugno 1881: *«j'ai toujours pensé que l'œuvre de la République n'est point une œuvre de sectaires, que nous n'avons ni le devoir ni le droit de faire la chasse aux consciences et qu'en agissant ainsi nous manquerions à notre premier devoir: que nous sommes institués pour défendre les droits de l'État contre certain catholicisme, bien différent du catholicisme religieux et que j'appellerai le catholicisme politique. Quant au catholicisme religieux, qui est une manifestation de la conscience d'une si grande partie de la population française, il a droit à notre protection, dans la limite du contrat qui lie les cultes à l'État»*. Affermando poi: *«oui, nous avons voulu la lutte anticléricale mais la lutte antireligieuse, jamais, jamais!»*.

Ed è così che la laicità è entrata nel diritto francese; preludio al suo allargamento all'intero ambito dello Stato e ai suoi servizi.

3. L'avvento dello Stato laico

Sarà proprio questa stessa nozione di laicità/neutralità che, venti anni dopo, dopo nuovi conflitti, Aristide Briand saprà far valere per quella legge di pacificazione che è

1959 e abbassato a 3 anni dalla l. 26 luglio 2019. Oggi l'articolo L 131-1 del codice dell'educazione dispone che *«l'instruction est obligatoire pour chaque enfant dès l'âge de trois ans et jusqu'à l'âge de seize ans»*.

⁹ Legge del 16 giugno 1881 che stabilisce la gratuità assoluta dell'insegnamento primario pubblico.

¹⁰ Articolo 1 della legge del 28 marzo 1882 che sostituisce l'istruzione religiosa con «l'istruzione morale e civica», fulcro di un programma puramente laico.

¹¹ H. Orizer, *Le service public de l'éducation nationale sous la III^e République*, LGDJ, coll. Biblio de droit public, 2021.

la legge di separazione tra Stato e Chiese del 9 dicembre 1905, estendendo così la nozione organica di laicità all'insieme dello Stato. Una legge che, all'articolo 1, garantisce, per la prima volta esplicitamente nel diritto francese, la libertà religiosa, intesa come assoluta libertà di opinione e di coscienza, e la libertà di manifestazione del culto con la riserva che essa non venga a turbare l'ordine pubblico; per poi giungere, nel dispositivo, ad organizzare i rapporti tra uno Stato divenuto laico e le Chiese senza che vi figurì la parola laicità.

Un sistema laico succede a un sistema di religioni più o meno distinte, riconosciute e organizzate dallo Stato. La laicità è ormai la regola per l'organizzazione dell'insieme delle attività dello Stato, dei servizi pubblici dello Stato: ma non è la negazione della religione; anzi essa è concepita solo se parallelamente viene affermato, mettendolo in risalto, un principio di libertà religiosa¹².

Ed è ancora questa stessa nozione organica di laicità che verrà sancita a livello costituzionale nel 1946 e che figura ancora oggi all'articolo 1 della Costituzione del 1958, con l'aggiunta dell'affermazione che la Repubblica laica "rispetta tutte le credenze"¹³. Ed è questo il testo attuale della Costituzione di cui si omette troppo spesso la lettura completa¹⁴.

Esso fa ben apparire che la laicità del diritto ha rinunciato all'ideologia laica militante a favore di un principio di organizzazione di Stato, nel caso specifico nei suoi rapporti con le religioni, un principio di organizzazione logicamente trascritto all'articolo 1 della Costituzione che indica sullo stesso registro che la Repubblica è indivisibile, che la sua organizzazione è decentralizzata, che è democratica e sociale.

Si tratta di regole organiche, regole che riguardano le istituzioni della Repubblica, del tutto diverse dai principi di fondo di *liberté, égalité e fraternité* che l'art. 2 Cost. enuncia a titolo di motto della Repubblica.

Se la Francia divenisse uno Stato federale, i principi fondamentali di *liberté, égalité e fraternité* permarrerebbero. La Francia potrebbe anche abbandonare la laicità per un regime di religioni di Stato, come esiste in numerosi paesi europei – e che è stato il suo proprio fino al 1905 e lo è ancora in un certo senso in Alsazia Mosella e in Guyana – e questi stessi principi resterebbero tali, come si applicavano prima del 1905.

Questa è la nozione giuridica di laicità ed è un controsenso volerne fare – come lo fa di nuovo oggi il discorso politico – un valore della Repubblica che rimerebbe con la *liberté* la *fraternité* o l'*égalité*. Dobbiamo questa nozione organica della laicità alla legge di separazione tra Chiesa e Stato del 9 dicembre 1905, il cui articolo, rimasto immutato, dispone: «*la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le*

¹² Vedere Y. Gaudemet, *La laïcité, forme française de la liberté religieuse*, in *Revue du droit public*, 2015, p. 329.

¹³ Il Général de Gaulle, le cui opinioni sono state riferite da P. Pfimlin davanti al Comitato consultativo costituzionale, considerava inutile questo riferimento alla laicità facendo notare che «*à moins que l'État ne soit ecclésiastique je ne vois pas qu'il puisse être autre chose que laïc*» (lettera del Général de Gaulle al Cardinale Genta, vescovo di Mans, nel settembre 1948, citato da E. Mignon, *Qu'est-ce que la laïcité française?*, Nova et Vetera, 9, 2016, p. 171).

¹⁴ Su queste questioni vedere, in linea generale, un resoconto molto concreto e ricco di informazioni in J. Foyer, *La laïcité et l'école depuis 1945*, in *Jean Foyer historien*, III, ed. Mare et Martin, 2018, p. 57.

libre exercice des cultes sous les seules réserves édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public». Lungi dall'essere una legge di conflitto, la legge del 1905 fa parte del numero di quelle grandi leggi di libertà della III Repubblica nelle quali il Consiglio costituzionale ha visto altrettanti principi fondamentali dal valore costituzionale. Aristide Briand – a cui dobbiamo quest'opera ammirevole – la riassumeva in questo modo: *“une loi libérale, une loi de bon sens et d'équité ... respectueuse de toutes les croyances et leur laissant la faculté de s'exprimer librement”*¹⁵.

4. Il contenuto del principio di laicità

Ma qual è allora l'esatta sostanza e quali sono le pretese del principio giuridico di laicità della Repubblica affermato nel testo costituzionale del 1946?

Si è soliti individuarle nelle disposizioni dell'articolo 2 della legge del 1905, *«la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte»*, talvolta presentata come la carta della laicità. Eppure la realtà presenta diverse sfumature.

4.1. La “carta della laicità”

Apportando il proprio contributo al dibattito che si protraeva da diversi anni sull'incerta validità costituzionale dell'articolo 2 della legge del 1905, un dibattito già risolto dalle varie decisioni dottrinali e del Consiglio di Stato pronunciate nei pareri o nelle sentenze in materia di contenzioso, il Consiglio costituzionale, investito di una questione prioritaria di costituzionalità riguardante il regime dei culti in Alsazia Mosella – dove è stato mantenuto il regime di riconoscimento delle religioni della legislazione precedente l'annessione di queste province da parte della Germania tra il 1870 e il 1918 – ne ha precisato il contenuto: *«le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit: il en résulte la neutralité de l'État; il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte»* (Consiglio costituzionale, 21 febbraio 2013).

Lo Stato è dunque tenuto a un dovere di neutralità, il che significa che non riconosce un culto a cui debba assicurare l'organizzazione ma anche che non ignora il fatto religioso perché al contrario lo Stato «rispetta tutte le credenze» (art. 1 Cost.) e «garantisce il libero esercizio dei culti» (Déc. C. consti, 2013). La laicità si oppone quindi alla religione di Stato, la quale comunque, in molti paesi in cui è praticata non è assolutamente da intendersi come negazione della libertà religiosa.

A questo bisogna però aggiungere che *«dans ces conditions, sont respectées les dis-*

¹⁵ Aristide Briand, relatore della legge, *Annales de la Chambre des députés, Débats*, 76 bis, session ordinaire 1905, pp. 1236-1238.

positions de l'article 1^{er} de la Constitution [...], qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers». Al tempo stesso, quindi, la legge non deve permettere né tollerare alcuna distinzione tra i cittadini a ragione della loro religione¹⁶.

Che dire poi del divieto di stipendiare i culti? Significa che non esiste un culto ufficiale la cui organizzazione e il cui finanziamento incomberebbero allo Stato; se fosse diversamente, si tornerebbe al sistema di religione (o di religioni) di Stato. È quello che esprime chiaramente la seconda frase dell'art. 2 della legge del 1905: *«en conséquence, à partir du 1^{er} janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes»*¹⁷.

In questo caso non ci troviamo però di fronte a un principio fondamentale come quello dell'articolo 1 della legge del 1905 che consacra la libertà di religione nei suoi due elementi di libertà di coscienza e di libertà di esercizio del culto. La stessa legge del 1905 e quella dei testi ulteriori hanno previsto un certo numero di eccezioni. L'art. 2 della legge 1905 permetteva per esempio l'iscrizione a un *budget* pubblico delle spese di cappellanato *«destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons»*¹⁸.

Quanto al divieto di sovvenzionare, ossia di assistere finanziariamente i culti sotto qualsiasi forma, non si tratta neppure in questo caso di un principio costituzionale: ogni tipo di aiuto o sovvenzione, sotto qualunque forma sia, deve rispettare il principio di neutralità, il quale, ancora una volta, non significa ignorare le religioni e neppure uguaglianza di trattamento, ma implica assistenza, secondo le loro diverse manifestazioni e caratteristiche, alle opere di interesse sociale peraltro legate all'esercizio di un culto. È così che la stessa legge del 1905 e alcuni testi ulteriori hanno attuato meccanismi di assistenza, sotto varie forme, all'esercizio dei diversi culti, e sono stati ammessi diversi esoneri fiscali durante tutto il XX secolo. La legge del 13 aprile 1908 pone a carico delle collettività pubbliche la conservazione e il mantenimento degli edifici di culto che gli appartengono in virtù della legge del 1905; questa possibilità è stata estesa agli edifici appartenenti a delle associazioni culturali dalla legge del 25 dicembre 1942. La legge del 19 agosto 1920 ha accordato una sovvenzione per la creazione dell'Istituto mu-

¹⁶ Era come affermare, a cento anni di distanza, come fece il duca di Broglie opponendosi al voto della legge sul sacrilegio all'inizio del regno di Carlo X: *«la liberté des cultes repose à l'abri de cette grande maxime qu'entre toutes les questions qui divisent les consciences [...] le législateur restera, non pas indifférent mais neutre [...] violez une seule fois cette maxime, tirez une seule fois le glaive à l'appui d'une vérité purement théologique, le principe d'intolérance des consciences, le principe de persécution est à vos côtés»* citato da D. Amson, *Histoire constitutionnelle française*, Lextenso-LGDJ, III, p. 56.

¹⁷ Tuttavia, nella decisione sopracitata del 21 febbraio 2013, il Consiglio costituzionale ha ammesso il mantenimento del regime concordatario in Alsazia Mosella e quindi lo stipendio dei ministri del culto, in considerazione della consacrazione costituzionale della specificità della legislazione mantenuta e applicabile in questi dipartimenti. Si tratta dopo tutto di un regime concordatario abbastanza diverso dal concordato del 1801, per via delle tribolazioni della storia (sull'insieme della questione, J. Gaudemet, *Le concordat dans la république laïque*, *Anuario de derecho eclesiastico del Estado*, 8, 1992, p. 145).

¹⁸ Riguardo ai cappellani degli ospedali, vedere lo studio recente molto completo di Ch. Eoche-Duval, *Le droit hospitalier des cultes, "enfant" de la loi de 1905*, in *Revue du droit public*, 3, 2021.

sulmano di Parigi. La legge del 23 luglio 1987 sul mecenatismo permette la detrazione di doni fatti a organismi religiosi. Tra gli altri testi che potremmo citare, ci limiteremo a menzionare l'ordinanza del 21 aprile 2006 che ha introdotto nel codice generale delle collettività territoriali l'articolo L. 1311-2 che permette di stipulare contratti di enfiteusi per l'amministrazione di fondi per il culto con le collettività territoriali¹⁹.

Questo corrisponde, se così possiamo dire, al contenuto positivo della laicità, principio di pacificazione e d'organizzazione dei rapporti tra lo Stato e le religioni²⁰.

4.2. La laicità e l'ordine pubblico

Dobbiamo allora temere che questa laicità pacificatrice, questa idea d'organizzazione delle istituzioni dello Stato nei suoi rapporti con le religioni, ceda il passo a un'ideologia della laicità, a una laicità militante che si mobilita in nome dell'ordine pubblico che il fatto religioso verrebbe a turbare? Perché questa *laïcité de combat*, diretta contro il fatto religioso e le sue manifestazioni riappare al giorno d'oggi, in un contesto molto diverso ma che conduce agli stessi posizionamenti politici e a dei conflitti che credevamo superati.

È certo che se da un lato la libertà di coscienza e di opinione religiosa è assoluta, la libertà d'espressione e di manifestazione pubblica del culto deve d'altra parte venire a patti con le altre libertà pubbliche e con le esigenze dell'ordine pubblico. Questo vale per la libertà religiosa come per le altre libertà, con l'aggiunta, per l'esigenza costituzionale di laicità dello Stato, di una posizione di neutralità dello Stato stesso rispetto al modo in cui si realizza o si determina questa conciliazione. Quest'ultima vuole che le manifestazioni esterne di appartenenza a una religione non possano mai essere limitate, vietate o represses in quanto tali, ma unicamente se, per il loro modo di espressione, sono suscettibili, tenuto conto d'altra parte delle circostanze di tempo e luogo, di turbare l'ordine pubblico o di compromettere l'esercizio di altre libertà pubbliche. La laicità non giustifica per sé stessa nessuna denuncia, nessuna proibizione di un'attività o manifestazione religiosa. Impone comunque, al momento in cui queste proibizioni o limitazioni sono giustificate dall'ordine pubblico o l'esercizio di altre libertà pubbliche, che nessuna distinzione sia fatta a questo effetto in considerazione della religione in causa.

Trattandosi della laicità e delle manifestazioni culturali o religiose esteriori, siamo rinviati al diritto tradizionale delle libertà pubbliche che ammette restrizioni solo se giustificate dalle caratteristiche dell'attività in causa e dalle circostanze di tempo e di luogo che prevalgono in ogni caso specifico. Solo in questi casi possono essere adottati provvedimenti di accompagnamento, di restrizione o addirittura di divieto.

¹⁹ Vedere per un esempio, CE, *Vayssière*, 19 luglio 2011, Rec. Lebon, p. 372, conclusioni E. Geffray.

²⁰ Sentiamo di nuovo Briand, relatore della legge del 1905: «*Il fallait que la séparation ne donnât pas le signal des luites confessionnelles; il fallait que la loi se montrât respectueuse de toutes les croyances et leur laissât la faculté de s'exprimer librement. Nous l'avons faite de telle sorte que l'Eglise ne puisse invoquer aucun prétexte pour s'insurger contre le nouvel état de choses qui va se substituer au régime concordataire. Elle pourra s'en accommoder; il ne met pas en péril son existence. Mais ici il convient de s'entendre. Si la vie de l'Eglise dépend du maintien du Concordat, si elle est indissolublement liée au concours de l'État, c'est que cette vie est factice, artificielle, c'est qu'alors, en réalité, l'Eglise catholique est déjà morte*».

Ciononostante, non possiamo esimerci dal constatare che in quella grande confusione di idee che prevale attualmente in Francia, incessantemente alimentata dall'immediatezza dei media, si è giunti a reclamare una vera e propria disciplina delle religioni in quel che concerne le loro manifestazioni esteriori, il che ha portato alla promulgazione di proibizioni generali in materia e, disgraziatamente, alla rottura con i solidi principi del diritto delle libertà pubbliche.

Questo ribaltamento della situazione si è prodotto a partire dal 2010, quando nel dibattito pubblico è apparsa la questione del velo islamico nella scuola nei riguardi del principio di laicità. Investito circa dieci anni prima della questione, il consiglio di Stato aveva ricordato i principi fondamentali del diritto delle libertà pubbliche che conducono a esaminare l'uso del velo islamico per regolamentarlo o vietarlo solo ed esclusivamente se incluso nella categoria generica dei segni ostentatori di appartenenza a una qualunque religione (principio di neutralità) e solo nel caso che un provvedimento del genere sia ovviamente necessario per prevenire il turbamento dell'ordine pubblico²¹.

Ma, perseguendo obiettivi chiaramente politici, e spronato da una grande agitazione mediatica, il governo ha voluto imporre per legge un divieto generale dell'uso del velo nello spazio pubblico: la legge del 7 ottobre 2010 è così venuta a stabilire il divieto di «portare, nello spazio pubblico indumenti destinati a dissimulare il volto».

Interrogato durante l'elaborazione della legge, il Consiglio di Stato aveva espresso il suo parere ricordando il pensiero della giurisprudenza in materia²²; e soprattutto che la riserva sull'ordine pubblico formulata dalla legge del 1905 doveva essere valutata localmente, in funzione delle circostanze di tempo e di luogo e non giustificava un provvedimento di divieto generale, potremmo dire "astratto". Solo la considerazione del turbamento che, in circostanze precise, una manifestazione di appartenenza religiosa è suscettibile di produrre all'ordine pubblico giustifica una regolamentazione o un divieto, non la manifestazione in sé, indipendentemente dai suoi effetti temuti. Se si procedesse diversamente, indicava nel suo parere il Consiglio di Stato, si deciderebbe di «definire un nuovo concetto di ordine pubblico».

Consultato in seguito sul progetto di legge, il Consiglio di Stato, fedele a se stesso, ha dichiarato incostituzionale l'articolo 1 del progetto di legge che comportava tale divieto generale di dissimulazione del viso nello spazio pubblico. Allora il governo, rifacendosi all'accento, presente nel parere del Consiglio di Stato, a un possibile «nuovo concetto dell'ordine pubblico» ha fatto prevalere l'idea che questo stesso concetto include «una minima base di esigenze reciproche e di garanzie essenziali della vita in società» che si definiscono globalmente, oggettivate e statiche, estese a livello dell'intera nazione, espresse in termini di valori sociali, di giudizi morali e non più in considera-

²¹ «*La liberté (de religion) reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité*», da cui «*dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses*» (parere del 27 novembre 1989).

²² CE, Avis, 25 mars 2010, EDCE, 2011, p. 100.

zione degli effetti che un comportamento dato è suscettibile di avere, in determinate circostanze, sulla tranquillità e sulla sicurezza pubblica.

E questo nuovo concetto di ordine pubblico è stato accolto dal Consiglio di Stato, dopo aver esaminato la legge votata, nella sua decisione del 7 ottobre 2010: *«considérant que (la loi déferée) a pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace publique; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité; qu'en adoptant les dispositions déferées le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque-là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public»*. Una novità che la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha molto apprezzato²³.

Al di là della natura e dell'esercizio della libertà religiosa in termini di laicità, la portata della legge del 2010 e quella della sua convalida da parte del Consiglio costituzionale sono rilevanti e preoccupanti. Si tratta di un vero e proprio ribaltamento rispetto al concetto tradizionale, e riconosciuto nel suo valore, dell'ordine pubblico, elemento centrale del diritto delle libertà pubbliche. L'ordine pubblico, tradizionalmente, non era definito in quanto tale ma per gli effetti che intendeva prevenire. L'ordine pubblico delle libertà pubbliche, l'ordine pubblico che si oppone alle libertà pubbliche non era irrigidito nel suo oggetto; era il limite, proporzionato e giustificato, al libero esercizio di esse in considerazione di precise circostanze di tempo e di luogo.

A questo la legge del 2010, con il sostegno del Consiglio costituzionale, sostituisce o per lo meno aggiunge un nuovo ordine pubblico, o meglio un nuovo concetto di ordine pubblico, un ordine pubblico espresso in termini di valori, di preferenze e di giudizi morali, e non in considerazione degli effetti che l'esercizio della libertà in causa è suscettibile di produrre in precise circostanze. Un ordine pubblico statico, generale, esteso a livello nazionale, predeterminato, atemporale e non suscettibile di piegarsi alle circostanze. Un tipo, bisogna dire, di ordine morale che il legislatore impone con una legittimità che sembra dipendere solo da lui in quanto rappresentante della sovranità nazionale, ma che risulta meno ovvia, se, abbandonando il terreno del diritto, prendiamo in considerazione quanto il Parlamento e i poteri pubblici in generale siano oggi esposti agli attacchi dei movimenti di opinione, talvolta tanto virulenti quanto effimeri, alimentati dai media²⁴.

²³ La Corte europea dei diritti dell'uomo, investita a sua volta della questione, non ha accolto di buon grado, è il meno che si possa dire, questo "avanzamento" della giurisprudenza. Nella sua decisione, invita i legislatori nazionali a limitare i loro interventi alle esigenze dell'ordine pubblico, *«lesquelles ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes, notamment nationaux»*; e si dichiara *«très préoccupée par les propos islamophobes qui ont marqué le débat sur le voile»*, sottolineando *«qu'un État qui s'engage dans un tel processus législatif prend le risque d'encourager l'expression de l'intolérance»*. Alla fine la Corte ha respinto il ricorso solo per due motivi – di cui si valuterà la portata giuridica – secondo cui da un lato *«l'interdiction du voile n'est pas fondée explicitement sur la connotation religieuse des vêtements mais sur le seul fait qu'ils dissimulent le visage»* e dall'altro *«la sanction encourue [150 euros] est parmi les plus légères»*. CEDH, 1 luglio 2014, S.A.S c/France, n°43 835/11 – 26 novembre 2015, n° 64 846711.

²⁴ Per approfondire questi argomenti in modo più dettagliato, vedere Y. Gaudemet, *L'expression*

Siamo giunti alla fine di questo viaggio nel paese della laicità alla francese. Pienamente accolta e disciplinata dal diritto che ne ha fatto un principio di organizzazione dei servizi di Stato affrancati dalle religioni, inizialmente limitato all'ambito dell'insegnamento poi esteso fino ad inglobare lo Stato nel suo insieme, la laicità del diritto francese, una laicità di coabitazione pacifica e in fin dei conti appropriata, che accontenta tutte le parti interessate, è stata periodicamente, e lo è di nuovo oggi, scossa e quasi confiscata da una laicità militante, una *laïcité de combat* che vorrebbe farne un valore morale della Repubblica minacciata dal fatto religioso. Così facendo lo Stato in fondo corre il rischio, paradossalmente, di finire col riconoscere la religione, per lo meno una data religione, per combatterla nelle sue manifestazioni giudicate in sé stesse contrarie a una sorta di voler vivere insieme vago e mutevole (molto vicino all'opinione del momento nella sua versatilità) e di alimentare in questo modo il genere di comunitarismo più pericoloso per la coesione nazionale, quello fondato sull'appartenenza religiosa.

d'appartenance religieuse et l'ordre public, in *Qu'est ce que le bien commun? Hommage à Jean Marc Sauvé*, 2020, p. 101.

Cittadinanza, identità, diritti

Paolo Ridola

Sommario: 1. La questione identitaria tra i diritti e la cittadinanza. – 2. L'identità: tra dimensione privata e spazio pubblico. – 3. Cittadinanza, appartenenza ad una comunità repubblicana, responsabilità civica. – 4. L'identità e le sfide della complessità sociale. – 5. La cittadinanza come contenitore di diritti. Marshall e i suoi critici. – 6. La cittadinanza repubblicana e le risorse del dialogo.

1. La questione identitaria tra i diritti e la cittadinanza

La cittadinanza, l'identità e i diritti evocano passaggi fondamentali della storia del costituzionalismo moderno, sintetizzandone fondamentali nodi problematici, rispettivamente racchiusi nell'appartenenza alla comunità politica, nella complessità dei rapporti di vita che incrociano le esperienze individuali, nel diritto di ognuno di realizzare sé stesso. Questi tre ambiti non sono mai stati avulsi l'uno dall'altro, sebbene si siano trovati storicamente in un rapporto spesso fortemente dialettico¹, il quale ha segnato la fondazione dell'identità dell'individuo nella modernità europea². La correlazione tra questi tre ambiti si presenta peraltro, in questo primo scorcio del XXI secolo, particolarmente problematica, coinvolgendo “problemi pratici di dignità”, oltre che di libertà³, a causa di trasformazioni imponenti che hanno coinvolto la tradizionale vocazione aggregante di una comunità politica, esercitata dalla cittadinanza, la separatezza delle fratture identitarie della società e l'impianto dei diritti fondamentali.

Questo scenario di trasformazioni ha riguardato anzitutto la cittadinanza, sottoposta, sebbene al prezzo dei traumi terribili della storia del XX secolo, ad un processo, che

¹ Con amplissimo respiro storico si v. P. Bellini, *Il diritto di essere sé stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, Giappichelli, 2007.

² Si v. la classica suggestiva ricostruzione storica di C. Taylor, *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, Milano, Feltrinelli, 1993.

³ Ne offre ora una disamina *facettenreich* e particolarmente suggestiva G. Alpa, *Il diritto di essere sé stessi*, Milano, La Nave di Teseo, 2021. Riprendo nel testo un'espressione felice di A.C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, II ed., Milano, Giuffrè, 1972. Sul rapporto tra libertà e dignità nello stato costituzionale contemporaneo, sia consentito rinviare a P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 236 ss.; nonché S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2013; M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, il Mulino, 2002.

oramai appare inarrestabile, di denazionalizzazione e di deterritorializzazione⁴. Nella storia dell'idea di cittadinanza, che, a partire dalle rivoluzioni europee del 1848, accompagna il trionfo dello stato nazione, sono convissute valenze antagonistiche. La cittadinanza ha costituito un involucro di protezione del cittadino e insieme il presupposto giuridico delle garanzie di libertà. È servita a costruire muri, per tenere il gruppo sociale al riparo dai tanti "diversi" ed emarginati che si affacciavano, spesso prepotentemente, alla ribalta, e dunque è stata strumento di esclusione, e allo stesso tempo la condizione per l'inclusione nella comunità politica. Nel corso del XIX secolo, la lotta dei popoli europei per la libertà e l'emancipazione subì una torsione in senso decisamente elitario, sfociando nella affermazione del principio di nazionalità e nel consolidamento degli assetti della statualità, l'uno e l'altro declinati alla luce delle esigenze della costruzione della egemonia borghese. La cittadinanza si sarebbe rivelata pertanto essenzialmente come un fattore di esclusione, in parte coerente con la risalente valenza olistica ad essa intrinseca, ma con una ulteriore torsione discriminatoria, i cui sviluppi ne avrebbero segnato profonde contraddizioni⁵. Ed invero la cittadinanza, lo strumento che avrebbe dovuto dare natura giuridica alle relazioni tra il cittadino e lo stato e "ordinare" il processo di emancipazione della comunità politica dai risalenti ceppi degli assetti cetuali e del potere monarchico, sarebbe divenuta per un verso uno dei pilastri della costruzione del mito della sovranità statale, e per altro verso il poderoso edificio della dogmatica giuridica tardoottocentesca che avrebbe giustificato l'esclusione dei ceti svantaggiati dalla comunità politica, la mortificazione dell'universo femminile, la marginalizzazione di minoranze e di "diversi", la supremazia delle culture nazionali egemoni, la sopraffazione delle popolazioni delle colonie, sottoposte ad un vero e proprio *Unrecht* di violenza e sfruttamento⁶.

L'originaria ambivalenza della cittadinanza, in quanto potenzialmente costitutiva di esclusione come di inclusione, subisce pertanto una torsione radicale. L'inclusione nella comunità politica viene incanalata nell'alveo della soggezione del cittadino, in quanto *Untertan*, "sottoposto" ma già di per se stesso titolare di uno *status* privilegiato, al potere statale, soggezione dalla quale furono fatte discendere opzioni rigorosamente selettive sul terreno del riconoscimento della ricchezza del tessuto identitario, ed un ventaglio di situazioni giuridiche soggettive, imputate ad un individuo astratto ed avulso dalla realtà delle sue esperienze e condizioni di vita. Nel disegno del liberalismo giuridico ottocentesco, la cittadinanza aveva operato pertanto come un fattore costrittivo sia del riconoscimento delle spinte identitarie che dell'effettività dei diritti, ed il rapporto tra cittadinanza, identità e diritti, imbrigliato nelle maglie del principio di nazionalità, sarebbe stato poi progressivamente sopraffatto da ideologie che affermavano

⁴ La letteratura al riguardo è sterminata. Si v. almeno W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, il Mulino, 1999; S. Benhabib, *Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia*, Bologna, il Mulino, 2008; E. Balibar, *Cittadinanza*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012; M.C. Nussbaum, *La tradizione cosmopolita. Un ideale nobile ma imperfetto*, Milano, Università Bocconi Editore, 2020, p. 183 ss.

⁵ Per una messa a fuoco d'insieme di questa vicenda v. D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit? Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 2016; nonché per i profili storiografici generali v. E. Hobsbawm, *Nazionalismo. Lezioni per il XXI secolo*, a cura di D. Sassoon, Milano, Rizzoli, 2021.

⁶ Si v. ampiamente D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit?*, cit., p. 31 ss.

la superiorità etnica e dal compatto blocco ideologico costituito intorno a stato, nazione e territorio⁷. Si può discutere se la narrazione della cittadinanza nel XIX secolo non affondasse già radici in una contraddizione del pensiero illuminista, che aveva coniugato l'apertura all'universalismo dei diritti e al cosmopolitismo con una concezione astratta dell'eguaglianza⁸. Ma è certo che questa narrazione offrì spunti all'abbrivio delle degenerazioni delle «religioni della politica»⁹, del totalitarismo politico, della fusione tra politica e razza, dei fondamentalismi identitari del XX secolo, tutte esperienze che discriminarono, anche con la violenza e lo sterminio, «vite degne di vivere e vite indegne della vita», poiché muovevano dall'assunto che «ogni diverso diventa una provocazione», in quanto egli è «inconcepibile in quanto diverso»¹⁰.

La storia della cittadinanza nel XX secolo ha conosciuto anche la reazione contro questo drammatico epilogo. Tale reazione si è rivolta contro l'imperialismo e il nazionalismo, ha guidato le battaglie per la questione sociale e la democratizzazione ed i processi spesso rivoluzionari della decolonizzazione. Inoltre, essa ha messo in discussione le principali declinazioni della cittadinanza nella cultura giuridica europea, quella della *citoyenneté*, derivata dall'esperienza rivoluzionaria in Francia, saldamente embriicata in un'idea di *république* che aveva separato il *citoyen* dal suo bagaglio identitario¹¹, e quella della *Staatsangehörigkeit*, espressione emblematica del progetto fondativo del dogma della sovranità dello stato nella scienza giuridica del *Kaiserreich*¹². Questo moto di reazione, che si è sviluppato sia sul piano degli stati che oltrepassandone i confini, ha prodotto un legame più stretto tra la cittadinanza e la libertà, dando risalto alla dimensione pubblica della libertà e allo stesso tempo riscoprendo il potenziale inclusivo racchiuso nell'idea di cittadinanza. «*Die Freiheit, frei zu sein*»: è la formula che, secondo Hannah Arendt, condensa in modo emblematico la direzione di senso di questo cambiamento, che ha consentito a intere popolazioni di essere liberate «non dalla povertà, ma dalla incomprendibilità della loro miseria», e di prendere coscienza di «cosa significa poter discutere sulla propria condizione» ed «essere invitati a partecipare ad essa», e ancora di divenire consapevoli che «le strade, gli edifici, le piazze» delle loro capitali appartengono a loro e per loro sono motivo di orgoglio¹³. È interessante osservare che, nell'orizzonte speculativo della Arendt, i popoli che avevano affrontato questo percorso di liberazione da condizioni di dominio e di assoggettamento avevano portato nei movimenti di liberazione il bagaglio identitario accumulato attraverso il

⁷ Si v. ancora D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit?*, cit., p. 135 ss. Sul nesso tra stato, nazione e territorio nel XIX secolo v. A. Di Martino, *Il territorio dallo stato-nazione alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁸ È la tesi che percorre la fondamentale opera di H. Mayer, *I diversi*, Milano, Garzanti, 1978, p. 5 ss.

⁹ Riprendo il titolo della ricostruzione particolarmente suggestiva della politica novecentesca proposta da E. Gentile, *Le religioni della politica. Tra democrazia e totalitarismi*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

¹⁰ Così H. Mayer, *I diversi*, cit., p. 24. Sul clima spirituale nel quale matura la deriva "totalizzante" della cittadinanza, resta fondamentale G. Lukács, *La distruzione della ragione* (1959), Torino, Einaudi, 1980; e più di recente H. Münkler, *Marx Wagner Nietzsche. Welt im Umbruch*, Berlin, Rowohlt Berlin, 2021.

¹¹ Si v. C. Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, Paris, Gallimard, 1982.

¹² Si v. D. Gosewinkel, *Einbürgern und Ausschließen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003.

¹³ Così H. Arendt, *Die Freiheit, frei zu sein* (1967), München, DTV, 2018, *passim* e, per il brano tradotto nel testo, p. 10.

fluire delle generazioni e l'accavallarsi delle esperienze del vissuto individuale e collettivo, e lo avevano caricato di una dimensione pubblica, facendolo confluire nell'orgoglio di appartenere ad una *res publica*.

La "diversità" identitaria approdava pertanto alla fondazione di un legame comunitario di cittadinanza¹⁴, ciò che contribuiva a stemperare la tensione tra lo spazio pubblico ed una sfera *gemeinschaftlich*, separata da quella della politica, ed anzi da questa potenzialmente insidiata nella sua orgogliosa peculiarità. La cittadinanza, come espressione dello *status* dell'*homme situé*, del soggetto radicato nelle sue condizioni di vita e proiettato a realizzare sé stesso in tutti gli ambiti della sua esperienza personale e sociale, si scioglie dal legame totalizzante con lo *status subjectionis*, aprendosi alla molteplicità delle fratture identitarie, che da un lato sono presidiate dall'effettività dei diritti, e dall'altro divengono fattori di discussione nello spazio pubblico. Nello stato costituzionale di democrazia pluralistica, pertanto, tra cittadinanza, identità e diritti si stabilisce un legame più stretto, il quale lascia aperti tuttavia fattori di tensione, tra conflitto e consenso, tra la vocazione unificante della cittadinanza e la molteplicità, spesso difficilmente armonizzabile, delle istanze individuali e collettive di libertà e di liberazione, tra spazio pubblico e dimensione privata.

Questo scenario di trasformazione, a disegnare il quale concorsero non solo le esperienze delle democrazie pluralistiche nell'area europea ed occidentale, ma anche quelle dei movimenti di liberazione sviluppatasi in altri continenti, nonché i processi di modernizzazione dell'economia e del costume su scala mondiale, le straordinarie potenzialità di comunicazione planetaria assicurate dalla rete ed infine, a cavallo tra il XX e il XXI secolo, la propagazione dei principi della democrazia liberale, ha alimentato, negli ultimi decenni, una narrazione della cittadinanza che tende a dislocarne il raggio di azione fuori dei tradizionali schemi della statualità, imperniati sulla corrispondenza tra sfera personale e sfera territoriale del potere statale. Ciò avrebbe determinato altresì la tendenza alla deterritorializzazione della cittadinanza, nonché quella alla coesistenza tra i tradizionali legami della cittadinanza nazionale con quelli della cittadinanza sopranazionale¹⁵. La dilatazione del raggio di azione della cittadinanza al di là dei confini degli stati, preparata da strumenti internazionali e macroregionali di tutela dei diritti civili, politici e sociali, e favorita dai crescenti fenomeni di mobilità delle persone e dallo sviluppo delle esperienze del federalismo sopranazionale, non ha mancato di suscitare contestazioni, che hanno riproposto, sebbene in una versione aggiornata dalle nuove forme della comunicazione, una declinazione della cittadinanza saldamente impiantata sul legame tra il popolo, inteso come una indistinta e magmatica unità politica, e la sovranità statale.

Si tratta, a ben vedere, di posizioni che hanno radicalizzato la vocazione olistica della cittadinanza fino a farne il perno di una complessiva contestazione dei principi della democrazia liberale¹⁶. I riflessi delle oggi diffuse tendenze populiste e sovraniste

¹⁴ L'importanza del saggio della Arendt è sottolineata da S. Benhabib, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2004, p. 39 ss., che ravvisa in esso una lucida e penetrante contestazione dello stato nazione.

¹⁵ Questo scenario è analizzato problematicamente da D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit?*, cit., p. 647 ss.

¹⁶ Si v. il ricchissimo quadro comparatistico offerto da M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet, *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

sollevano qualche rilievo problematico che va al di là delle critiche ad un presunto ridimensionamento delle basi statali, nazionali e territoriali della cittadinanza, poiché esse toccano in profondità il rapporto tra questa e la complessità sociale. Da un lato queste posizioni semplificano la vocazione unificante della cittadinanza, che viene fatta poggiare su una base sociale atomizzata, disintermediata e magmatica anche nella fase decisiva della elaborazione degli *input* e della loro trasmissione nella sfera pubblica. Dall'altro, lo sfrangiamento della base societaria della cittadinanza non sembra favorire una migliore rappresentazione della complessità sociale, la quale esige l'incanalamento della questione identitaria in uno spazio pubblico capace di elaborare risposte a domande identitarie unilaterali, inserendole in un quadro di mediazioni, di equilibri e di contemperamenti.

La narrazione dei diritti da un lato corre parallela con l'evoluzione della cittadinanza da formula dello *status* di appartenenza alla compagine statale a qualità riassuntiva dell'esser parte di una comunità politica. Dall'altro, essa incrocia la questione identitaria, non più relegata in una dimensione integralmente privata, ma chiamata ad arricchire, con la ricchezza delle sue espressioni, la *Wertordnung* sottesa ai cataloghi dei diritti fondamentali dello stato costituzionale di democrazia pluralista. In questo contesto così arioso, che vede la società civile fare il suo ingresso nelle costituzioni prepotentemente e con le sue linee di conflitto, la questione identitaria assume una inedita centralità. I cataloghi dei diritti costituzionali, sciolti dalla visione individualistica propria del liberalismo giuridico ottocentesco, la quale era modellata sull'assolutezza del diritto di proprietà e costruita su una relazione astratta tra il soggetto ed il potere statale, assumono a proprio fulcro l'individuo in tutta la gamma delle relazioni identitarie che lo coinvolgono nella sua esperienza di vita. Si stempera, in tal modo, la tensione tra libertà ed eguaglianza, ed i tormentati itinerari dell'affermazione della "libertà eguale" aprono la strada a nuovi scenari dell'interpretazione costituzionale dei diritti, all'interno dei quali trovano spazio i canoni della promozione, del riconoscimento, e della solidarietà non solo tra persone che condividono *gemeinschaftlich* un'esperienza identitaria, ma della "solidarietà tra estranei". I conflitti identitari non sono certo per questa via risolti, ed anzi la complessità sociale li moltiplica, perché le identità tendono a isolarsi in un bozzolo autoreferenziale refrattario al dialogo, ma i cataloghi costituzionali dei diritti, con le loro ampie direttrici di orientamento, giocano un triplice ruolo, di rimozione degli ostacoli alla effettività dello sviluppo della persona, di alleggerimento della conflittualità sociale nel processo politico, e di contemperamento. Infine, si allenta altresì il nesso tra diritti e *Staatsangehörigkeit*, e i diritti dell'uomo si affiancano ai diritti del cittadino, con una integrazione materiale di ambiti che si profila tanto più intensa, quanto più si sviluppano le sinergie delle tutele multilivello dello "stato costituzionale cooperativo"¹⁷.

¹⁷ Ho approfondito i profili accennati nel testo in P. Ridola, *Il principio libertà*, cit., *passim* e p. 85 ss., p. 323 ss. Si v. ancora A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 2018. L'espressione "solidarietà tra estranei" si deve a J. Habermas, *Solidarietà tra estranei. Interventi su "Fatti e norme"*, Milano, Guerini e Associati, 1997. Ma la distinzione tra le due versioni della solidarietà accennate nel testo si incontra già in E. Denninger, *Rechtsperson und Solidarität*, Frankfurt a.M., A. Metzner, 1967, p. 138 ss. Sull'alleggerimento della conflittualità nel processo politico è d'obbligo il riferimento a N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969), Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2013, p. 131 ss.

2. L'identità: tra dimensione privata e spazio pubblico

La questione identitaria, pertanto, si è incuneata, in ambiti della vita e con manifestazioni differenti, nella relazione tra individuo e comunità politica, caricandosi altresì di nuovi fattori di tensione e di conflitto. A lungo egemonizzata dalle dinamiche delle classi sociali e dei conflitti di classe, la questione identitaria è stata investita dalle ricadute della complessità sociale, le quali hanno fatto emergere le linee di frattura delle culture e delle tradizioni locali, della etnia, della razza, dell'orientamento sessuale, della condivisione di stili di vita minoritari, spesso oggetto di dileggio, di marginalizzazione, di esclusione. Uno scenario che, sebbene abbia sganciato il panorama identitario dal riferimento prevalente alla sfera dell'*homo oeconomicus*, ha riversato nello spazio pubblico una gamma estesa di "questioni di dignità", e precisamente istanze di liberazione, di protezione e di riconoscimento, ma anche istanze di solidarietà, di promozione, di potenziamento dei servizi sociali, per far fronte a nuove manifestazioni della questione sociale indotte da condizioni di povertà, di disagio, di emarginazione, di discriminazione ed anche di violenza¹⁸.

In questo quadro, il quale sembra far balzare in evidenza la necessità di più mediazioni dello spazio pubblico, di più stato sociale e, in definitiva, di più politica, sono entrati in gioco tuttavia fattori di tensione, non riferibili soltanto ad una ridefinizione della fisionomia dei partiti e delle organizzazioni degli interessi, cioè dei tradizionali attori dello spazio pubblico, ma più in generale al cortocircuito di quella correlazione tra generale e particolare che ha sorretto i processi di razionalizzazione del sociale nella modernità europea, componendo il retroterra di "singolarità" e di pluralità di identità, meglio di "culture", intese nell'accezione ampia del termine¹⁹, che le società secolarizzate riescono ad esprimere²⁰. La complessità sociale, incidendo sulla struttura della società, oltre che sulla fisionomia dello spazio pubblico e sui canali istituzionali della politica, ha scompaginato la standardizzazione dei processi produttivi, la generalizzazione dei saperi, la funzione ordinante della formalizzazione attraverso il diritto, la vocazione unificante della politica, esponendole alle sfide crescenti della frammentazione²¹. In questa fase della "tarda modernità", la varietà di "culture" espresse da società sempre più creative rende sempre più arduo portare a sistema i canoni di razionalizzazione elaborati dal pensiero e dalle pratiche della modernità²². Questa ricostruzione scioglie

¹⁸ Uno scenario esplorato con straordinaria (e anticipatrice) lucidità da P. Sylos Labini, *Saggio sulle classi sociali*, Roma-Bari, Laterza, 1974; A. Pizzorno, *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Milano, Feltrinelli, 1994. Per una ricognizione suggestiva delle "questioni di dignità" nelle società complesse v. E. Borgna, *La dignità ferita*, Milano, Feltrinelli, 2015.

¹⁹ Per questa accezione ampia del concetto di cultura, comprensivo degli stili di vita ed anche delle manifestazioni alternative rispetto alle convenzioni e ai canoni dominanti, v. P. Rossi, *Cultura e antropologia*, Torino, Einaudi, 1967. Sul rilievo del fattore culturale nel dibattito contemporaneo sull'identità v. S. Benhabib, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, il Mulino, 2005, *passim* e spec. p. 17 ss.

²⁰ Si v. su ciò A. Reckwitz, *Die Gesellschaft der Singularitäten. Zum Strukturwandel der Moderne*, Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 2018, p. 27 ss.

²¹ Si v. ancora A. Reckwitz, *Die Gesellschaft*, cit., p. 34 ss.

²² Così A. Reckwitz, *Die Gesellschaft*, cit., p. 84 ss. Sulla nozione di *Spätmoderne* v. A. Reckwitz, H. Rosa, *Spätmoderne in der Krise. Was leistet die Gesellschaftstheorie?*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2021.

l'interpretazione della complessità sociale dal peso preponderante dei fattori economici, dando risalto al retroterra "culturale" della pluralizzazione delle identità, che si ramifica in una gamma estesa di manifestazioni, dalla economia creativa della società postindustriale alla trasformazione del lavoro, che, sciogliendosi dal modello fordista, si smaterializza, si individualizza, diviene sempre più flessibile, e sempre inseguendo canoni culturali "creativi"; dallo sviluppo della macchina culturale, guidato dalle tecnologie del digitale, alla profonda varietà degli stili di vita, che non offre soltanto resistenza all'omologazione, ma ha prodotto altresì nuove gerarchie, nuove "classi" sociali e nuove forme di subalternità²³. La stessa diseguaglianza si è caricata pertanto di fattori culturali, i quali si sono andati ad aggiungere a quelli di natura economica, che avevano egemonizzato, nel XX secolo, i conflitti di classe e le politiche dell'integrazione e del consenso, ma al prezzo di smarrire l'ancoraggio ad una visione "generale" della comunità politica, abbandonandosi alle sirene dello spontaneismo neoliberale²⁴.

E tuttavia sarebbe parziale interpretare questa trasformazione declinandola soltanto in base al consueto argomento della preponderanza della competizione e del mercato. Essa ha prodotto altresì un profondo mutamento del "politico" nella tarda modernità, un politico sempre più lontano da robuste ideologie partitiche, e sempre più proiettato ad aderire al particolarismo "culturale" diffuso nella società per tanti rivoli, e in definitiva schiacciato su una «politica delle identità»²⁵. In essa sono confluite anche le questioni "culturali", come quella delle nazionalità, le quali avevano costituito un potente fattore di coesione del gruppo sociale, declinate anch'esse secondo un approccio comunitario, incentrato tuttavia sulla relazione tra il sé e l'altro²⁶. Questa riconfigurazione delle forme di socializzazione non ha comportato un ritorno all'individualismo o ad una sfera presociale, ma ha valorizzato oggetti, luoghi, stili ed eventi della sfera collettiva nella loro incomparabile singolarità. La narrazione del "politico" si appiattisce su quella del successo e del ben vivere nella sfera privata, nella quale si realizzano svariate intersezioni di identità, tra creativi e lavoratori, segmenti di società colti e non acculturati, uomini e donne, indigeni e migranti, eterosessuali e omosessuali, cosmopoliti e sedentari, abitanti della città e della campagna, giovani ed anziani. È tuttavia venuta meno la funzione del "politico" elaborata dalla modernità, consistente nella messa a sintesi delle *Singularitäten* e nella rappresentazione di interessi generali, e la parcellizzazione del politico in *communities* operanti allo stato diffuso, più aperte delle *Gemeinschaften* di tönnesiana memoria ma spesso prigioniere di una intrinseca autoreferenzialità culturale, ha determinato lo spopolamento dello spazio pubblico e del sistema politico, non più in grado di indirizzare lo sviluppo complessivo della società²⁷.

La dilatazione delle questioni identitarie ha acuito la tensione tra conflitto e consen-

²³ Per questo quadro rinvio ancora all'analisi di A. Reckwitz, *Die Gesellschaft*, cit., p. 111 ss., p. 181 ss., p. 225 ss., p. 273 ss.

²⁴ Si v. ancora A. Reckwitz, *Die Gesellschaft*, cit., p. 350 ss. Per un bilancio della svolta neoliberale alla fine del XX secolo v. T. Biebricher, *Die politische Theorie des Neoliberalismus*, Berlin, Suhrkamp, 2021.

²⁵ Così A. Reckwitz, *Die Gesellschaft*, cit., p. 371 ss.

²⁶ Su questo v. A. Reckwitz, *Die Gesellschaft*, cit., p. 401 ss. E ancora v. S. Benhabib, *La rivendicazione*, cit., p. 231 ss.

²⁷ Si v., per le esemplificazioni riportate nel testo, A. Reckwitz, *Die Gesellschaft*, cit., p. 429 ss.

so nelle democrazie pluralistiche, e la frammentazione dei *cleavages* delle società complesse e le istanze di integrazione di una comunità politica repubblicana hanno sollevato interrogativi crescenti sul mantenimento della coesione nello spazio pubblico, collocato, secondo le elaborazioni teoriche più diffuse, in una sfera intermedia tra il particolarismo dei bisogni privati ed i luoghi della decisione politica²⁸. Da un lato, è agevole riscontrare «una irruzione del privato negli scenari pubblici», che ha prodotto un vero e proprio svuotamento di uno spazio pubblico inteso come luogo di aggregazione della complessità sociale, sempre meno capace «di offrire significazioni comuni con cui i soggetti potrebbero identificarsi». Ciò in quanto «i valori privati, le credenze, le esigenze, i sentimenti e le identità acquisiscono preminenza rispetto a qualunque altro elemento nel compromesso pubblico dei cittadini»²⁹. Si assiste, in breve, ad un fenomeno di «privatizzazione del pubblico», in quanto «la sfera privata irrompe e viene coltivata come tale nello spazio pubblico», ed in modo speculare ad un processo di «politicizzazione della vita privata», poiché «i grandi temi pubblici sono attualmente problemi vincolati alla vita privata», e «fenomeni che in altre epoche venivano iscritti soprattutto nell'ambito privato, che venivano relegati nell'intimità, come il genere, la condizione sessuale, le identità e l'esperienza religiosa, irrompono oggi sulla scena pubblica con tutta la loro forza e immediatezza»³⁰.

È merito di Alessandro Pizzorno di avere messo a fuoco con grande lucidità non soltanto il crescente fenomeno della dispersione delle identità nella complessità sociale, ma più ancora di avere liberato l'identità da un approccio di radicale soggettivismo, spostandone il nucleo concettuale sul terreno del riconoscimento da parte del gruppo sociale. Lo «sguardo degli altri ed il suo ambiguo orrore» hanno invero rappresentato un collante decisivo dei legami identitari già nel pensiero di Adam Smith, che, nonostante venga considerato il fondatore della moderna scienza economica, offrì una tematizzazione dell'identità che andava oltre i confini dell'economia. Egli pose infatti l'accento sull'«importanza del giudizio degli altri nelle scelte individuali», in quanto la natura umana «è caratterizzata soprattutto dal suo agire non in vista di soddisfare i propri autonomamente formati bisogni, ma in vista di ottenere il giudizio favorevole da parte dei propri simili». Muovendo dalla premessa che l'approvazione morale da parte degli altri è «*an innate basic feeling* dell'uomo», Smith teorizzò un sistema dei sentimenti morali, il quale fa leva sulla relazione tra il giudizio dello «spettatore imparziale» ed il *self-command*, l'autocontrollo dell'agente, da quello condizionato in modo determinante³¹. E dunque, secondo Adam Smith, «solo quando la persona entra in società trova lo specchio che gli permette di giudicare sé stesso», cosicché, «anticipando il giudizio degli altri sul proprio agire, la persona acquisisce una auto-coscienza che la rende capace di comandare a se stessa e giudicarsi anticipando come gli altri la giudicheranno». Lungi dal collocarsi all'interno di una visione pacificata del corpo sociale, l'identità viene ad esprimere il punto di tensione più critico della relazione tra individuo e socie-

²⁸ Ho ricostruito il dibattito sullo spazio pubblico in P. Ridola, *Il principio libertà*, cit., p. 303 ss.

²⁹ Così efficacemente D. Innerarity, *Il nuovo spazio pubblico* (2006), Roma, Meltemi, 2008, p. 30 ss.

³⁰ Cfr. ancora D. Innerarity, *Il nuovo spazio pubblico*, cit., p. 32 ss.

³¹ Cfr. A. Pizzorno, *Il velo della diversità. Studi su razionalità e riconoscimento*, Milano, Feltrinelli 2007, p. 20 ss., p. 177 ss.

tà, inquadrandosi in una visione delle dinamiche sociali, ora guidata dal calcolo razionale dell'agire individuale, ora dalla consapevolezza delle faglie di incomprensione che si formano sul fondo di esse. Il legame tra identità e lotta per il riconoscimento percorre come un filo conduttore il pensiero filosofico della modernità europea, dal quale viene declinato nei termini di una lotta dell'individuo contro lo sguardo degli altri e della ricerca di quel riconoscimento che renda meno arduo il compito di cercare di essere se stesso, come in Rousseau; oppure nel quadro di una decisa critica del soggettivismo kantiano e del processo speculare di inclusione dell'altro, come nell'idealismo tedesco; o ancora sulla base di una attenta considerazione della realtà sociale, come nella nascente sociologia a cavallo tra XIX e XX secolo³². I passaggi meno risalenti di questo dibattito, condizionati dalle imponenti sfide della complessità sociale, appaiono polarizzarsi intorno due approcci differenti, quello che pone l'accento sulla formazione di "socialità" attraverso l'identificazione reciproca, e quello, essenzialmente conflittuale, che interpreta la situazione di riconoscimento come mero incontro tra due "umani" e non come processo di attribuzione reciproca di identità³³.

Già questo rapido cenno ricostruttivo dimostra che, sciolte dal nesso esclusivo con il soggettivismo, l'identità si muove su un terreno che chiama in causa la dimensione della socialità, mostrando linee di tensione evidenti con la cittadinanza, che attinge le radici profonde della convivenza, e ponendo sfide inedite sul terreno dei diritti, ai quali chiede di apprestare non solo barriere di protezione di condizioni minoritarie, ma misure di promozione e di riconoscimento. In primo luogo, a partire dagli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso si sono moltiplicate istanze di politica identitaria e rivendicazioni da chi «ritiene di possedere un'identità che non riceve riconoscimento da parte del mondo esterno», identità «straordinariamente diversificate e basate sulla nazione, la religione, l'etnia, l'orientamento sessuale o il genere»³⁴. Identità che sfidano, in definitiva, la cittadinanza, chiedendo a questa di essere strumento di inclusione piuttosto che mezzo di giustificazione di muri³⁵, ed i diritti, dai quali ci si attende non solo la "difesa" di identità molteplici, ma la salvaguardia degli "equilibri" di una comunità repubblicana. In secondo luogo, è stato osservato che la discussione sull'identità nel pensiero filosofico e negli apporti delle scienze dell'uomo tende ad affiancare al tradizionale profilo dell'identità personale, che chiama in causa il soggetto che riflette su sé stesso e sul proprio io, il profilo della identità collettiva o di gruppo, la quale pone in primo piano un problema di "condivisione", che riguarda non solo l'inclusione nel tessuto identitario, ma altresì la relazione con chi ne è escluso o con chi se ne sente anche diametralmente o ostinatamente lontano³⁶.

³² Per una sintesi ampia di questa vicenda v. ancora A. Pizzorno, *Il velo della diversità*, cit., p. 181 ss.

³³ La questione è al centro della classica opera di A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto* (1992), Milano, Il Saggiatore, 2002.

³⁴ Così F. Fukuyama, *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Torino, Utet, 2019, p. 23.

³⁵ Sulla metafora del "muro" come problema delle società complesse v. ora la bella monografia di E.C. Sferrazza Papa, *Le pietre e il potere. Una critica filosofica dei muri*, Milano-Udine, Mimesis, 2020.

³⁶ Rinvio su tutto ciò alla ricchissima ricostruzione storica compiuta di recente da E. Lecaldano, *Identità personale. Storia e critica di un'idea*, Roma, Carocci, 2021, *passim* e spec. p. 19 s. Al tema del rapporto tra identità personale e identità collettiva sono dedicati alcuni dei saggi raccolti in P. Ricoeur, *Sé come altro*, Milano, Jaca Book, 2001, spec. p. 103 ss., p. 201 ss.

Il dispiegarsi di identità collettive o di *communities* allo stato diffuso ha fatto sorgere elementi di tensione sia con l'identità personale che con la cittadinanza. Ed invero «l'acclimatazione del soggetto alla fertile pianura dell'esperienza condivisa e al terreno accidentato della storia collettiva» può certo dare forza all'identità individuale, aiutandola a «dare compattezza, unità e coerenza ad un io che sembra dissolversi in un confuso pulviscolo di stati d'animo vorticosamente trascinato dal soffio degli eventi». E tuttavia «rapportarsi responsabilmente al demone che tiene i fili della nostra vita» mette l'individuo sempre in sospensione, ed in tensione, tra lo sforzo di trovare «soltanto in sé la propria stella polare ed il motore della propria storia personale» e «la trama dei legami transindividuali», dai quali «siamo, per lo più inconsapevolmente, condizionati», e che peraltro non possiamo ignorare «anche senza sottostare passivamente al loro comando»³⁷.

La questione identitaria, in definitiva, si incunea tra la vocazione olistica della cittadinanza, che la sfida anche nella sua versione coerente con i canoni della democrazia partecipativa, comunque condizionati dal fattore di razionalizzazione del principio maggioritario, e la vocazione, intrinseca nella sua dimensione collettiva, alla «colonizzazione delle coscienze»³⁸. L'emergere prepotente del profilo collettivo ha per un verso dato maggiore risalto al particolarismo intrinseco alle appartenenze identitarie, e per altro verso, in quanto la politica è unificazione della complessità sociale, tende ad incanalare la questione identitaria all'interno di «politiche dell'identità», intese ad assecondare la fondazione di identità comunitarie ed a proteggerle dalle esperienze di iniquità e di discriminazione patite in ragione della loro appartenenza. Orientamenti politici e misure legislative indirizzati non solo a preservare l'orgoglio dell'appartenenza a cerchie sociali minoritarie o marginalizzate, ma a imporre vincoli di rispetto da parte di altri, in corrispondenza di specifici diritti ad esse riconosciuti³⁹.

3. Cittadinanza, appartenenza ad una comunità repubblicana, responsabilità civica

La discussione che ho appena riassunto lascia già intravedere con chiarezza gli aspetti problematici del rapporto tra identità e cittadinanza. Nella storia dell'idea di cittadinanza i due profili dell'esser parte di una comunità politica e dell'appartenenza alla compagine di un gruppo sociale organizzato hanno dei tratti comuni, racchiusi in quella vocazione olistica che ne percorre l'itinerario. Non vi è cittadinanza senza la consapevolezza di riconoscersi in un *cadre d'appartenance*, di sentirsi parte di un processo di integrazione, di un «*Sich-in-diesem-Staat-zu-Hause fühlen*», un abito mentale, individuale e collettivo, oggi non più sorretto dalla condivisione di fattori spirituali o di una mitologia con radici profonde della storia del gruppo, come nelle narrazioni dell'espe-

³⁷ Così, in pagine di straordinaria intensità, R. Bodei, *Destini personali. L'età della colonizzazione delle coscienze*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 9 ss.

³⁸ Si v. ancora R. Bodei, *Destini personali*, cit., p. 189 ss.

³⁹ Si v. su ciò E. Hilgendorf, *Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung*, in *JuristenZeitung*, 18, 2021, p. 856 ss.

rienza dello stato nazione, ma guidato dalla consapevolezza che il weberiano «politeismo dei valori» delle società pluralistiche esige comunque di trovare e di percorrere una rotta comune, un itinerario condiviso di convivenza tra diversi⁴⁰.

Differenti sono stati i fondamenti di questa vocazione olistica della cittadinanza, diverso il dosaggio tra *membership* e *belonging*, tra esclusione e inclusione, tra partecipazione e appartenenza ad una comunità politica, tra soggezione e partecipazione, e diversa, infine, l'ampiezza della società ammessa a partecipare alla vita della *res publica*⁴¹. Ma questa vocazione olistica percorre la storia della cittadinanza dalla *Politica* di Aristotele, alle dinamiche incrementali "inclusive" della cittadinanza romana, al sentirsi partecipi di una rete di relazioni comunitarie nei comuni medievali, alla pretesa di compattezza dello stato nazionale, fino alla degenerazione di declinazioni sempre più esclusive nell'età del colonialismo, e di quelle assolutizzanti, luciferine dei legami fondati su *Blut und Boden*, per giungere poi alla forza aggregante del *demos* intrinseca all'idea della cittadinanza democratica, ai luoghi di integrazione della cittadinanza nello spazio pubblico delle democrazie pluralistiche, alle sfide della cittadinanza comune come elemento portante del federalismo sovranazionale⁴².

Questa vocazione olistica, che ora definirei meglio "integrativa", dell'idea di cittadinanza non viene meno nelle democrazie pluralistiche, le quali si sono sforzate di impiantare i diritti di partecipazione politica in un quadro di garanzie della articolazione e delle linee di frattura identitarie del tessuto pluralistico⁴³. Si tratta di un aspetto molto presente nella riflessione della dottrina della costituzione tra le due guerre mondiali, che tentò una messa a fuoco concettuale dell'*Identität*, strumentale alla tematizzazione della *Repräsentation*, intesa antagonisticamente come formula di unificazione politica. Vi erano, sullo sfondo delle elaborazioni teoriche di Wolff, Schmitt, Leibholz, suggestioni culturali, filosofiche e teologiche differenti, così come quelle del dibattito sul rapporto tra comunità e società nel pensiero sociologico a cavallo tra Otto e Novecento. Ma affiorava soprattutto la consapevolezza che la tensione tra generale e particolare assumesse, in democrazia, una fisionomia problematica, sfidando le elaborazioni teoriche della rappresentanza politica di stampo liberale imperniate sul nesso tra una rappre-

⁴⁰ La problematicità della valenza inclusiva dei processi di integrazione dello stato nazione emerge, da angolazioni differenti, il F. Meinecke, *Cosmopolitismo e stato nazionale* (1922), Firenze, La Nuova Italia, 1975; e da R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, p. 138 ss. Per un ripensamento della dottrina dell'integrazione alla luce delle sfide del pluralismo v. G. Frankenberg, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2003, p. 136 ss. (ove anche il riferimento alla citazione riportata nel testo, tratta da una sentenza del BVerfG).

⁴¹ Lo mette a fuoco R. Bellamy, *Citizenship. A Very Short Introduction*, Oxford-New York, OUP, 2008, p. 52 ss.

⁴² Sulla storia dell'idea di cittadinanza si v., nella letteratura sterminata, oltre a D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit*, cit., soprattutto F. Cerrone, *Genealogia della cittadinanza. I Greci. Dalla civiltà palaziale ai sofisti*, Roma, Aracne, 2004; G. Cambiano, *Polis. Un modello per la cultura europea*, Roma-Bari, Laterza, 2007; G. Crifò, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Bari-Roma, Laterza, 2000; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, IV Roma-Bari, Laterza, 1999-2002.

⁴³ Sul punto, si v. soprattutto E. Grosso, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, Cedam, 1997; F. Cerrone, *La cittadinanza e i diritti*, in R. Nania, P. Ridola, *I diritti costituzionali*, II ed., I, Torino, Giappichelli, 2016.

sentanza politica su base elitaria e la nazione, intesa come entità impersonale ed astratta. Di qui l'antinomia, con la quale la scienza giuridica della prima metà del Novecento si misura in modo assai tormentato, tra l'*Identität*, espressiva del popolo considerato nella sua datità empirica, come coacervo di interessi, opinioni, pulsioni frammentate ed antagonistiche, e la *Repräsentation*, espressiva, per contro, di un livello di unificazione politica più alto, capace di sollevarsi al di sopra dei conflitti e degli antagonismi della società⁴⁴.

Identität e *Repräsentation* sembrano invero tornare ad esprimere, negli odierni frangenti della complessità sociale, ed in una chiave evidentemente diversa da quella dello stato monoclasse liberale, quell'antagonismo che le esperienze della democrazia rappresentativa nel XX secolo si erano sforzate di armonizzare⁴⁵. Se in quelle esperienze la capacità di articolare lo spazio pubblico si è realizzata attraverso i canoni e le procedure della rappresentanza, grazie alle quali hanno preso "forma politica" le opinioni, le identità, gli interessi, «tale capacità è stata messa attualmente in discussione da una serie di processi che hanno situato la politica in un orizzonte di immediatezza, a danno della sua caratteristica di costruzione sociale», la quale si prefigge l'obiettivo, proprio appunto della politica, di dar vita ad uno «spazio comune», che non può essere presupposto «come già dato e indiscutibile»⁴⁶. La crisi della rappresentanza politica si risolve pertanto nella crisi del significato più profondo della cittadinanza repubblicana. La frammentazione dello spazio pubblico segna, a ben vedere, una perigliosa resa dell'ideale di una cittadinanza comune, la quale nasce dalla consapevolezza diffusa che non sia più possibile «rappresentare l'autodeterminazione sociale a partire dal modello dell'intervento di un meta-soggetto in quanto incarnazione dell'agire collettivo». Acquista terreno una sorta di particolarismo generalizzato, capace di esprimere coalizioni, le quali, spazzate via le polarizzazioni ideologiche o di classe, si presentano come «soggetti puntuali», focalizzati su «temi e situazioni specifici», e impegnati ad «organizzare un unico problema». E se la crisi di legittimazione degli attori tradizionali della politica viene surrogata da queste coalizioni, per far confluire affari privati nell'agenda delle questioni politiche, nella frammentazione con cui «la sfera privata si trasforma in qualcosa di immediatamente pubblico» non è difficile scorgere elementi di problematicità che vanno al cuore del rapporto tra identità e cittadinanza. Questo processo lascia intravedere una «società concepita come un insieme di minoranze», mentre la politica si sforza soltanto di rispondere ad aspettative settorializzate, «senza formulare progetti capaci di conferire senso all'agire collettivo al di là delle reazioni immediate dell'opinione pubblica, dei desideri più superficiali e immediati». Le ragioni dell'appartenenza ad una comunità repubblicana sbiadiscono o restano sullo sfondo, e crescono l'estraneità e l'indifferenza dei consociati ai problemi della convivenza, quando la soluzione delle domande particolari dei diversi gruppi sociali resti avulsa da una visione generale

⁴⁴ Il dibattito è ricostruito ampiamente da W. Mantl, *Repräsentation und Identität*, New York, Wien, 1975.

⁴⁵ Per un bilancio di questa stagione v. B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, il Mulino, 2017; P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, Paris, Gallimard, 1998; nonché, per qualche ulteriore indicazione, P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011.

⁴⁶ Così, molto efficacemente, D. Innerarity, *Il nuovo spazio pubblico*, cit., p. 47 ss.

ed anzi indirizzi a pensare la società come una somma irrelata di identità, opinioni e interessi⁴⁷.

È superfluo rilevare che lo scompaginamento dello spazio pubblico è anche la conseguenza della inadeguatezza del sistema politico a farsi carico della complessità sociale attraverso una autoriforma coraggiosa e più innovativa rispetto ai modelli del partito “parte totale” del XX secolo⁴⁸. E tuttavia la crisi dello spazio pubblico va più in profondità e viene avvertita anche come una crisi della cittadinanza, contenitore di diritti ed insieme chiave di volta essenziale di una responsabilità civica, la quale, in una comunità repubblicana, non è formula riassuntiva di doveri, ma la condizione di una “solidarietà tra estranei”, di una convivenza tra diversi alimentata dal basso da pratiche saldamente radicate nel tessuto sociale⁴⁹. All’indomani della nascita della Repubblica di Weimar, nella conferenza *Von deutscher Republik* del 1922, Thomas Mann, superando le posizioni delle *Betrachtungen eines Unpolitischen*, legate ad una visione della società intrisa di nazionalismo e di *Kultur*, avrebbe additato nella responsabilità civica, nella *Bürgerverantwortung*, il pilastro di una democrazia repubblicana. Prendendo le distanze dalla visione del *Volk* nel romanticismo tedesco, Mann osservava che, con l’avvento della repubblica, «o stato è toccato a noi ... è stato posto nelle nostre mani, in quelle di ognuno ... è divenuto affare di tutti noi, e questo, e nient’altro, è la repubblica». La quale non è una «piccolezza del destino» per ogni cittadino, così come la libertà non è «un passatempo e un divertimento/*kein Spaß und Vergnügen*», perché essa è «responsabilità/*Verantwortlichkeit*». Attraverso la presenza attiva del cittadino nella comunità lo stato «si rende visibile», e per converso esso si apre all’«idea di una comunità di riconoscimento dell’umanità racchiusa in ciascuno dei suoi membri/*Idee der Gemeinschaft der Anerkennung der Menschheit in jedem ihrer Einzelglieder*», e la dimensione individuale e quella statuale si congiungono in modo indissolubile⁵⁰.

Il tema della responsabilità, evocato da Thomas Mann con toni che anticipavano non solo l’adesione dello scrittore agli ideali di democrazia sociale del *New Deal*, ma le successive elaborazioni teoriche *communitarians*, scorre sottotraccia, ma con molta insistenza nel dibattito sulla cittadinanza democratica. Si tratta dell’idea che, in una comunità repubblicana, la cittadinanza includa una componente di “responsabilità” del cittadino, un impegno individuale per la vita della *polis*, indirizzato al “bene” della comunità politica⁵¹. La cittadinanza rinvierebbe pertanto ad una “misura di responsabilità”, che tocca anzitutto i diritti che hanno una più diretta incidenza sul processo politico, allo scopo di

⁴⁷ Sul punto, v. ancora riflessioni penetranti di D. Innerarity, *Il nuovo spazio pubblico*, cit., p. 51 ss.

⁴⁸ Sui quali v. A. Panebianco, *Modelli di partito*, Bologna, il Mulino, 1982; P. Ignazi, *Partito e democrazia. L’incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Bologna, il Mulino, 2019.

⁴⁹ Si rinvia sul punto alle riflessioni di S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Napoli, Jovene, 1986. Ma, per una declinazione dei doveri costituzionali in chiave di integrazione v. l’opera risalente di G.M. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967. Sul nesso tra doveri e cittadinanza repubblicana v. L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014.

⁵⁰ Cfr. T. Mann, *Essays, II. Politik*, a cura di H. Kurzke, Frankfurt a. M., Fischer, 1986, p. 61 ss. (p. 69 e p. 80 per le citazioni nel testo).

⁵¹ Si rinvia, per questo profilo, a P. Häberle, *Gemeinwohlfudikatur (1970)*, in Id., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königsten, Athenaum, 1979, p. 233 ss.; ed ancora, sul concetto di repubblica, Id., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, II ed., Berlin, Dunker & Humblot, 1998, p. 652 ss.

garantirne la trasparenza e l'eguaglianza delle *chance*, ma più in generale qualifica in maniera pregnante lo spazio pubblico⁵². Il nesso tra cittadinanza e responsabilità accomuna la cultura costituzionale tedesca e quella statunitense, nella quale esso viene declinato, piuttosto che all'interno dello scenario teorico della *Öffentlichkeit*, nel quadro dell'idea di una repubblica innervata dalla *responsiveness*, ma in entrambe con evidenti radici nella cultura protestante. La cittadinanza repubblicana è pertanto un aspetto peculiare di un'etica della responsabilità, la quale è un'etica del dovere, ma include anche una accentuata componente relazionale, in quanto essa rinvia ad altri uomini come "istanza di giudizio" del comportamento. Sta appunto in questo il senso ed il significato profondo della responsabilità nella fondazione teorica di una cittadinanza repubblicana, nell'assunto che l'etica della responsabilità esprime un legame stretto, e più intensamente relazionale, con la socialità dell'uomo, e che essa rinvia a un fascio di "interazioni" molteplici, non ad una *Richterinstanz* di tipo verticistico, ma ad un agire-con (*Mit-handeln*)⁵³.

Si tocca qui davvero punto nevralgico nella declinazione della cittadinanza in democrazia, la quale esige una misura consapevole di responsabilità, come "sveglia", come stimolo dell'attivismo del cittadino, e come antidoto contro l'abbrivio del "cittadino dormiente"⁵⁴. I passaggi decisivi del dibattito weimariano sulla cittadinanza ruotano, in definitiva, proprio intorno all'alternativa tra il cittadino destinatario passivo di diritti ed obblighi e la cittadinanza innervata da valori dell'individuo attivamente partecipe della vita della comunità politica. Al di là dei dissensi sul metodo che sono sullo sfondo, è questo il punto che divide in quegli anni la concezione kelseniana che, includendo la cittadinanza nella sfera personale di applicazione del diritto, riduce la responsabilità del cittadino ad un postulato etico-politico, privo di rilevanza giuridica fintanto che non si traduca in puntuali doveri ed obblighi nei confronti dello stato, e l'*Integrationslehre* di Smend che, concependo lo stato come il risultato di un processo di integrazione, e quindi come una "prestazione" dei suoi cittadini, ne impernia la responsabilità sull'accettazione di valori comuni condivisi, che "fondano" l'unità politica e la comunità solidale dello stato⁵⁵. Nel pensiero smendiano, la forza costitutiva dei fattori spirituali di integrazione dipende da questa responsabilità, che è essa stessa fattore di integrazione, e la identificazione dello stato in un sistema di norme si scioglie in un vissuto (*Sinnerlebnis*) spiritualmente unitario⁵⁶. Ne emerge una concezione della citta-

⁵² Si v. i rilievi di K. Hesse, *Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien* (1959), in Id. P. Häberle e A. Hollerbach (eds.), *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, Müller, 1984, p. 84 ss.

⁵³ Rinvio su questo alla fondamentale ricostruzione di P. Saladin, *Verantwortung als Staatsprinzip. Ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat*, Bern-Stuttgart, Paul Haupt, 1984, *passim* e p. 29 ss. (con riferimenti a Weber, Barth e Bonhoeffer).

⁵⁴ Il tema è sviluppato ampiamente nelle tre relazioni di D. Merten, W. Berka e O. Depenheuer, *Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat*, in "VVDStRL 55", Berlin-New York, De Gruyter, 1966, p. 7 ss., p. 48 ss., p. 90 ss. Sui rischi di un approccio "passivo" alla cittadinanza, v. ancora R. Bellamy, *Citizenship*, cit., p. 114 ss.

⁵⁵ V. H. Kelsen, M. Jestaedt (eds.), *Allgemeine Staatslehre* (1925), Tübingen, Mohr 2019, p. 359 ss.; R. Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in Id., *Stattsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 309 ss.

⁵⁶ Il contrasto tra Kelsen e Smend su ciò è ricostruito da O. Depenheuer, *Bürgerverantwortung*, cit., p. 99 ss.

dinanza non priva di aspetti problematici, i quali toccano anzitutto l'intreccio fra responsabilità civica e diritti fondamentali, in considerazione della valenza assorbente della *Bürgerverantwortung*, che colloca l'esercizio dei diritti anzitutto come manifestazione di un *Beruf*, della vocazione del cittadino, e riguardano inoltre la giustificazione, in chiave di integrazione, del conflitto e del pluralismo, nel tempo della crisi delle tradizionali certezze di orientamento, della diversità dei destini e delle tradizioni culturali che fa da sfondo alle società plurali. La critica di Heller al formalismo che soffoca il cittadino kelseniano si sviluppa non sul un terreno storico-spirituale della *Integrationslehre*, bensì con un'attenzione prevalente alle dinamiche politico-sociali: se lo stato è «unità di azione giuridicamente organizzata», la realtà dello stato è condizionata da una *Mit-bewirkung*, da un effetto concomitante risultante dalla sinergia dei suoi cittadini, e conseguentemente la responsabilità si identifica nel dovere di ciascuno di cooperare, nei limiti dei poteri di azione riconosciutigli dall'ordinamento, alla "produzione" dello stato⁵⁷.

Dal dibattito weimariano, che ho riassunto solo per rapidi cenni, sono scaturiti due differenti approcci alla soluzione del rapporto tra cittadinanza e responsabilità, sebbene la complessità sociale abbia dato al profilo dell'apertura della società al pluralismo un risalto più spiccato che nei primi decenni del XX secolo, allorché la discussione restava circoscritta al pluralismo politico e a quello delle organizzazioni degli interessi. Secondo il primo approccio, l'unica via per non mettere in conflitto il principio libertà e il principio responsabilità consiste nel tener fermo che quest'ultimo si realizza solo nella graduazione di una varietà di ruoli sociali e nel pluralismo politico⁵⁸. In questa prospettiva, l'unica responsabilità civica compatibile con il principio libertà e con il pluralismo è quella che separa nettamente la responsabilità del cittadino nell'ambito dello *status activus*, la quale dà luogo a doveri specifici e circoscritti, da una dimensione esclusivamente "privata", retta dal perseguimento dei propri interessi: fare il proprio dovere nella famiglia, nel lavoro, nell'ambito dei rapporti sociali o politici non comporta la stessa misura e la medesima direzione di senso della responsabilità. Opinando diversamente, la responsabilità civica si presenta come un canone troppo ampio, paternalistico, potenzialmente soffocante, in ogni caso troppo pretenzioso, che sarebbe più prudente ricondurre all'*'il faut cultiver notre jardin'*, evocato dal *Candido* di Voltaire dopo le lunghe peregrinazioni del protagonista alla ricerca del migliore dei mondi possibili.

Sull'altro versante si collocano altri filoni di pensiero, e soprattutto quello dei "comunitaristi", filoni che ravvisano nel passaggio dalla "democrazia di spettatori" ad una "responsabilità civica" il fondamento di una *civil society* repubblicana⁵⁹. Da queste po-

⁵⁷ Sulle radici della differente concezione della cittadinanza in Smend e Heller v. K. Rennert, *Die "geisteswissenschaftliche Richtung" in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 214 ss.; M. Henkel, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Tübingen, Mohr, 2011, p. 54 ss., p. 321 ss.

⁵⁸ Per questo approccio e le critiche rivolte ad esso, v. O. Depenheuer, *Bürgerverantwortung*, cit., p. 121 ss.

⁵⁹ Per questo approccio si v., tra gli altri, U.K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Berlin, Suhrkamp, 1979; J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1999; Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 1996; R. Bellamy, *Citizenship*, cit., p. 97 ss. Su questi filoni di pensiero v. ampiamente J.L. Cohen, A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, MIT Press, 1994, p. 261 ss.

sizioni emerge una concezione “monistica” della responsabilità, che tende ad avvolgere tutti gli ambiti della vita del cittadino, orientandoli e stimolando una cittadinanza attiva, la quale contrassegna la “presenza” in uno stato che non sia solo agenzia di prestazione di servizi. Il principio responsabilità si configura come fattore essenziale per la capacità di tenuta di una democrazia, alla quale assicura in modo continuo e diffuso la funzionalità del processo di comunicazione pubblica. Si avverte qui una peculiare declinazione della responsabilità civica non come fattore di cristallizzazione, ma di mobilità delle dinamiche sociali: *Staat durch Bürgeraktivität, Einheit durch Bewegung*⁶⁰. Questo appello alla virtù repubblicana, vero fondamento della responsabilità civica, lascia intravedere luci ed ombre, poiché le risorse dell’attivismo civile da un lato rinviavano ad una concezione “esistenziale” dello spazio pubblico, che nessuna formalizzazione dei congegni istituzionali della democrazia rappresentativa può esaurire; dall’altro affida alla cittadinanza attiva il compito di rivitalizzare lo spazio pubblico di fronte alla crisi dei suoi attori tradizionali.

4. L’identità e le sfide della complessità sociale

Se il dibattito sulla cittadinanza tende a polarizzarsi, anche nei suoi passaggi più recenti, sulle risorse di coesione sociale che essa può alimentare dal basso, le controversie sulla questione identitaria sono orientate a metterne in risalto la valenza sempre più antagonista rispetto alla vocazione unificante della cittadinanza, quanto più in essa sono confluite fratture, elementi di conflittualità, istanze di liberazione di cerchie sociali minoritarie o marginalizzate, le sfide non solo culturali di imponenti processi migratori, da quando, infine, il pluralismo sociale è sempre meno egemonizzato da soggetti capaci di prestazioni di integrazione della società politica, e lo sfrangiamento e la mutata fisionomia delle classi sociali hanno reso più complesse, e più difficilmente aggregabili, le fratture e i conflitti sul terreno degli interessi economici e del lavoro. È forse, tuttavia, un cambiamento che viene da lontano quello che ha condotto alla dilatazione della questione identitaria, causata dal fatto che «partecipando a più sfere sociali eccentriche, ritagliandosi spazi di autonomia, allargando il suo sguardo sul mondo, ciascuno può inventarsi sconosciute combinazioni di identità». Ciò ha indotto a chiedersi se questo scenario, che ha tanto arricchito gli orizzonti e le esperienze di vita del soggetto, non abbia storicamente preceduto l’affermazione delle ideologie del XX secolo, perché già agli inizi di questo, aveva cominciato a delinearsi «un individualismo delle differenze, che, dapprima limitato a cerchie privilegiate», sarebbe rimasto «a lungo in stato di ibernazione, frenato in Europa da due guerre mondiali, da una crisi economica catastrofica, da tre sistemi dispotici maggiori», finché, con il crollo delle ideologie che lo avevano imbrigliato, si sarebbe potuto «prendere la rivincita»⁶¹.

⁶⁰ La frase sintetizza la posizione di J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996, p. 41 ss.

⁶¹ Così R. Bodei, *Destini personali*, cit., p. 14 ss. Sui fattori culturali e le trasformazioni della società e del costume che, agli albori del XX secolo, preparano la crisi delle ideologie, v. ora l’efficace affresco di E. Gentile, *Ascesa e declino dell’Europa nel mondo. 1898-1918*, Milano, Garzanti, 2018.

Ciò ha fatto sì che uno dei compiti più ardui dello stato costituzionale delle società complesse sia oggi quello di proteggere e offrire riconoscimento a differenze culturali molto più marcate di quelle che si squadernavano in passato agli orizzonti di una comunità politica. È stato osservato che l'erompere di un pluralismo così radicale è determinato non solo dal «fatto quantitativo della diversità culturale» ma altresì dal «fenomeno qualitativo della flessibilizzazione delle identità, risultato di un certo indebolimento delle appartenenze e delle corrispondenti delimitazioni nei confronti degli altri». Di qui «l'esaurimento di quello schema che considerava tali categorie in virtù di una contrapposizione chiara e assoluta», e «lo sviluppo di identità più aperte, flessibili e porose, e perfino di identità multiple articolabili a partire da diversi punti di riferimento»⁶². Questo scenario si presenta ricco di potenzialità. Se infatti «in ogni uomo s'incontrano molteplici appartenenze che talvolta si contrappongono tra loro e lo costringono a scelte penose», e se le identità vengono assottigliate, caricandole di una valenza spesso prepotentemente totalizzante e assorbente, costringendo gli individui «a scegliere il loro campo, a rientrare nelle fila della propria tribù», allora – conclude efficacemente Amin Malouf – davvero avremmo «il diritto di preoccuparci per il funzionamento del mondo»⁶³. La frammentazione del mondo «trasforma in mera chimera la rappresentazione dell'identità come totalità armonica ed esente da dissonanze, fondata su una territorialità compatta e tradizioni sicure», né appare più plausibile immaginare comunità politiche organizzate intorno ad «un'identità dominante o egemonica». Più arduo è peraltro l'unico percorso, come scriverò in conclusione, percorribile, quello che si ispira ad «una pedagogia dell'incontro e dell'interscambio», e capace «di rispondere a questa nuova eterogeneità senza dissolvere la pluralità delle culture in una giustapposizione esotica di mondi chiusi e comunicanti»⁶⁴. Lo stato costituzionale è chiamato pertanto a rispondere alle sfide di una *deep diversity*, che nasce dalla costruzione di «un tessuto di rapporti tra i diversi gruppi sociali da cui possono emergere molteplici convergenze, sintesi personali e misture tra elementi e identità delle più diverse provenienze». Anche la sfera dei diritti è evidentemente investita da questa sfida, per corrispondere alle istanze di libertà e di riconoscimento di «persone che non possono esprimere un'unica appartenenza, che pretendono una identità capace di esprimerne molte allo stesso tempo, senza privilegiare o escludere nessuna delle sue componenti»⁶⁵.

Le sfide della complessità hanno disarticolato lo scenario delle identità nelle società contemporanee. È stato osservato che il vissuto di ogni individuo è attraversato da una molteplicità, diacronica e sincronica, di legami identitari di appartenenza e che l'identità, colta nella complessità e nella ricchezza dei rapporti e delle esperienze di vita, deve essere declinata al plurale, non al singolare⁶⁶, perché essa, evocando un universo intrinsecamente relativo (la famiglia, la religione, l'etnia, il lavoro, la classe o il ceto, le concezioni del mondo, gusti ed abitudini della sociabilità e della vita di relazione, l'orientamento sessuale), rifiuta una vocazione assorbente, perché la sua dimensione è

⁶² Cfr. D. Innerarity, *Il nuovo spazio pubblico*, cit., p. 157.

⁶³ Così A. Malouf, cit., p. 16 ss.

⁶⁴ Così ancora D. Innerarity, *Il nuovo spazio pubblico*, cit., p. 157 ss.

⁶⁵ V., per i passaggi citati tra virgolette, D. Innerarity, *Il nuovo spazio pubblico*, cit., p. 160.

⁶⁶ Si v. A. Sen, *Identität und Gewalt*, München, München, Beck C. H., 2020, p. 33 ss.

quella del *non modo sed etiam*, non quella dell'*aut aut*⁶⁷. Il vissuto di ognuno di noi si disperde nell'identificazione con una molteplicità di ruoli e di esperienze, la quale corrisponde al tracciato tortuoso e spesso contraddittorio dei sentieri dell'esistenza. Ruoli ed esperienze che generalmente coesistono, e che tuttavia impongono ad ogni individuo scelte prioritarie, irriducibili al piano della razionalità dell'agire economico, come già aveva intuito Adam Smith, le quali tuttavia manifestano anche la stabilizzazione nel tempo di alcuni legami identitari, non dipendente soltanto dalla forza del radicamento dell'identificazione, ma dal costituirsi, intorno ad una determinata identità, di vincoli di solidarietà collettiva o diffusa. Il nodo problematico della questione identitaria non consiste pertanto nel decidere quale identità debba soffocare l'altra, ma quale importanza attribuire, nei vari contesti dei rapporti di vita, alle priorità ed ai vincoli di lealtà che concorrono per assicurarsi la prevalenza⁶⁸. Questa linea di equilibrio fa aggio di due approcci unilaterali e in sostanza semplificatori, quello del "disprezzo" delle identità, relegate nella sfera della completa indifferenza nei confronti dei sentimenti che ad esse sottostanno, e quello che conduce all'accettazione passiva dell'assunto che la singolarità identitaria si appiattisca sull'inclusione completa e totalizzante in una dimensione collettiva⁶⁹. Entrambe le posizioni sembrano riflettere un approccio "riduzionista" alla questione identitaria, trascurando il peso di scale di preferenze e priorità che, sebbene tematizzate dalla scienza economica, possono tuttavia offrire criteri di giudizio validi anche al di fuori della sfera dell'*homo oeconomicus*, come anche il dinamismo del rapporto dell'individuo con la gamma estesa di identità che incrocia nella sua esperienza di vita, che sembra ispirarsi ad una scelta riflessiva e al tempo stesso selettiva⁷⁰.

E tuttavia, nonostante queste ricorrenti spinte alla stabilizzazione, l'identità resta chiusa nel bozzolo di una *Singularität* che, per quanto assorbente, non fuoriesce dall'alveo delle cerchie sociali che in essa si riconoscono, né attinge ad una visione d'insieme sul "destino" di una comunità politica, che è comunità di eguali in quanto considera i suoi membri non avulsi dalla realtà dei loro rapporti di vita, e peraltro nella complessità e non nella unilateralità delle loro appartenenze identitarie. È un profilo, questo, che percorre il pensiero marxiano: dalla critica mossa nel 1875 al Programma di Gotha, che aveva considerato gli operai in quanto tali, prescindendo dalle loro differenze in quanto uomini, le quali sono la misura di una disuguaglianza che non muove da un unico punto di vista, ma dalla molteplicità delle condizioni sociali⁷¹, risalendo indietro allo scritto sulla "questione ebraica" del 1844, alla critica dei diritti intesi come attributo di cerchie chiuse o privilegiate, laddove l'"emancipazione umana" si compie muovendo dall'uomo reale, che assorbe il *citoyen*, ma considera ogni uomo nella ricchezza di condizioni e di rapporti che non separano più la "forza sociale" dalla "forza

⁶⁷ Una lettura della società, questa, alla quale corrisponde, sul piano della dottrina della costituzione, un approccio alla fondazione della democrazia pluralistica, che muove non dal "pensiero delle alternative", bensì dal "pensiero delle possibilità": cfr. P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, III ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 17 ss.

⁶⁸ Così A. Sen, *Identität und Gewalt*, cit., p. 34.

⁶⁹ Cfr. A. Sen, *Identität und Gewalt*, cit., p. 34 ss.

⁷⁰ Per questi rilievi critici v. diffusamente A. Sen, *Identität und Gewalt*, cit., p. 36 ss.

⁷¹ Cfr. K. Marx, *Critica al Programma di Gotha*, (a cura di) U. Cerroni, Roma, Editori riuniti, 1976, p. 31.

politica”⁷². Si coglie, in queste pagine, la problematicità del rapporto tra identità e cittadinanza, poiché da un lato la ricchezza dei rapporti di vita offre resistenza ad una dimensione astratta dello *status* del cittadino, e dall’altro i legami identitari, racchiusi nel bozzolo del loro particolarismo, fanno ostacolo alla pienezza della partecipazione politica del cittadino. Dalla comunità politica, in definitiva, le relazioni identitarie pretendono prestazioni di inclusione, ma allo stesso tempo la rivendicazione orgogliosa della “singolarità” e dell’“ispessimento” dei legami di appartenenza.

A questa aporia lo stato di democrazia pluralistica ha offerto gli strumenti ed i rimedi del mutuo riconoscimento delle articolazioni del tessuto pluralistico, un terreno sul quale entra in gioco il discorso sui diritti, che si sono incuneati nella relazione tra cittadinanza e identità con un itinerario frastagliato e a tratti contraddittorio, ma, riuscendo a dispiegare potenzialità inclusive del pluralismo sociale, e profilandosi come fattori di cerniera e di equilibrio nella tensione tra particolarismo identitario e comunità politica. Nati nella storia del costituzionalismo sul robusto tronco dell’individualismo (libertà *versus* privilegio), i diritti hanno progressivamente offerto protezione alle espressioni identitarie delle autonomie sociali e collettive. Stretti nelle maglie della torsione statualistica, hanno acquisito, nel tardo liberalismo giuridico, lo spazio di diritti pubblici soggettivi, di *status civitatis*, incastonati nel rapporto di soggezione alla sovranità dello stato nazione, che aveva degradato i cittadini a “sottoposti” al potere statale. Hanno poi sostenuto e assecondato le spinte verso la democratizzazione degli assetti costituzionali e verso la costruzione di una cittadinanza intesa come *membership* attiva della comunità politica, assurgendo a “diritti fondamentali”, costitutivi delle basi dell’assetto costituzionale, e radicando la cittadinanza in cataloghi dei diritti ampi, aperti alle direttrici di orientamento dell’eguaglianza e dell’effettività, ed ai complessi bilanciamenti della *dirigierende Verfassung* del pluralismo. Ed infine i diritti, affermatasi con forza sul terreno della statualità, si sono aperti ai condizionamenti dello “stato costituzionale cooperativo”, quelli delle tutele multilivello sul piano internazionale, sovranazionale, macroregionale, dalle quali sono derivate sinergie virtuose, ma anche le inedite sfide della complessità transnazionale, dell’incontro, e in qualche caso, dello scontro, tra fratture identitarie⁷³.

Quali i riflessi di tutto questo scenario sulla cittadinanza? Quali le possibilità di recupero della tensione tra esclusione e inclusione, che, in forme e contenuti diversi, ne percorre la storia secolare? Tra l’assorbimento delle “singolarità” identitarie e il radicamento in un’appartenenza comune e la costruzione condivisa di un futuro di convivenza, di riconoscimento di “altri” di “diversi”? Le trasformazioni della cittadinanza tra il XIX e questo scorcio di XXI secolo hanno portato allo scoperto i nervi scoperti del rapporto tra *Schutz* e *Freiheit*⁷⁴, che, nel quadro di un’attenta contestualizzazione storica, ha mostrato le insidie ed i traumi ai quali il mito della cittadinanza diede supporto,

⁷² Cfr. K. Marx, *La questione ebraica*, (a cura di) F. Codino, Roma, Editori riuniti, 1976, p. 47 ss.

⁷³ È un itinerario che ho ripercorso in P. Ridola, *I diritti fondamentali nelle democrazie pluralistiche. L’eredità del Novecento*, in Id., *Esperienza Costituzioni Storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli, Jovene, 2019, p. 139 ss.

⁷⁴ Riprendo il titolo della bella ricostruzione, cui ho già fatto spesso riferimento, di D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit*, cit.

ma anche le straordinarie potenzialità di emancipazione che essa racchiuse. Sono passaggi che posso solo rapidamente rievocare: la torsione dei diritti di cittadinanza in funzione della costruzione del dogma della sovranità statale, diritti piegati al vincolo di appartenenza allo stato; lo squilibrio drammatico tra vocazione esclusiva e potenzialità inclusive della cittadinanza attraverso la progressiva “nazionalizzazione” di questa, scivolata rapidamente sul terreno che ne ha fatto lo strumento giuridico di affermazione della superiorità etnica e razziale, dell’occupazione coloniale dello stato nazione e della deriva dei totalitarismi del XX secolo. E poi, dopo la fine della seconda guerra mondiale, gli sviluppi che hanno dischiuso scenari nuovi e dilatato contenuto e significato dei diritti di cittadinanza, a causa del rafforzamento di forme di cooperazione aperta all’integrazione, per lo sforzo di armonizzare l’espansione dei diritti di cittadinanza con il fenomeno imponente delle migrazioni e della mobilità delle popolazioni, ma anche, infine, per l’acuirsi di conflitti per l’appartenenza politica fondata su basi territoriali o etniche, e dunque di nuove linee di lacerazione e di demarcazione.

Sullo sfondo di questo contrastato scenario si intravedono aporie e fattori di tensione, che talvolta appaiono irriducibili, tra la frammentazione delle fratture identitarie e la pluralizzazione dei “diversi”, e l’edificazione di una comunità politica repubblicana innervata da un robusto tessuto di diritti di cittadinanza. E tuttavia ritengo che la storia della cittadinanza, non priva di tragiche storie di esclusione, di discriminazione, di violenza, di sterminio, non autorizzi a buttare via il bambino con l’acqua sporca ed a cancellare in modo aprioristico le risorse di emancipazione e di integrazione racchiuse nell’idea di cittadinanza, nella quale convivono, in un rapporto dialettico, inclusione ed esclusione, “costellazione” e nazione⁷⁵.

5. La cittadinanza come contenitore di diritti. Marshall e i suoi critici

Occorre osservare peraltro che le sfide della complessità sociale hanno sottoposto a tensioni e spinto a rivedere ottimistiche ricostruzioni teoriche della cittadinanza, suscitate dalle aspettative delle democrazie costituzionali del secondo dopoguerra. Mi riferisco qui al noto saggio di Marshall, *Citizenship and social class*, che nel 1949 propose una narrativa della storia della cittadinanza, come storia di un illuministico progresso di eguaglianza, partecipazione e integrazione. Il sociologo ricostruiva un itinerario di riforme economiche e sociali che, nei paesi occidentali, e negli Stati Uniti e nel Regno Unito in particolare, si erano prefisse l’obiettivo di sanare la frattura tra eguaglianza politica ed eguaglianza sociale, che le esperienze dello stato nazione avevano divaricato. Una frattura che era stata avvertita lucidamente da Carl Schmitt agli albori delle esperienze delle democrazie del XX secolo, alle quali si lanciava la sfida di smantellare l’aporia dell’eguaglianza nella teoria dello stato del liberalismo giuridico. La continuità delle clausole di esclusione, attraverso le quali lo stato liberale aveva difeso i propri confini e che le conquiste coloniali avevano ulteriormente ispessito, costituiva, secondo Schmitt, una eredità pesante per le democrazie, in quanto esse «consentono di domina-

⁷⁵ Riprendo il titolo della notissima opera di J. Habermas, *La costellazione postnazionale*, cit.

re una popolazione eterogenea senza farne dei cittadini, di renderla dipendente dallo stato, e tuttavia, contemporaneamente, di tenerla a distanza da questo stato». E i regimi democratici serbano invece, in questa continuità, una radicale contraddizione con i loro principi ispiratori, in quanto l'eguaglianza sostanziale va oltre l'eguaglianza del diritto di voto racchiusa «entro il circolo degli uguali», e poiché «finora non è esistita alcuna democrazia che non abbia conosciuto il concetto dello straniero ed abbia realizzato l'eguaglianza di tutti gli uomini»⁷⁶.

La critica bruciante di Carl Schmitt si rivolgeva contro le contraddizioni del nesso tra democrazia ed imperialismo agli albori del XX secolo, ma metteva a fuoco, più in generale, il problema del rapporto tra eguaglianza politica ed eguaglianza sociale. E Marshall muoveva dalla premessa che i primi timidi tentativi di politiche sociali nello scorcio finale del XIX secolo sarebbero sfociati, nel secolo successivo, attraverso riforme organiche del sistema scolastico e dei servizi sociali, in una radicale riformulazione dell'idea di cittadinanza, divenuta il contenitore di «tutta la gamma che va da un minimo di benessere e sicurezza economica fino al diritto a partecipare pienamente al retaggio sociale e a vivere la vita di persona civile»⁷⁷. Si trattava di una concezione della cittadinanza che, sciogliendo questa dalla declinazione «esclusiva» lungo le coordinate della nazione e del territorio, vi ricomprendeva, da un lato, i diritti civili, i diritti politici e i diritti sociali, e dall'altro valorizzava il profilo della effettività dei diritti, del «grado in cui tali diritti erano usufruibili in pratica»⁷⁸. Muovendo da questa premessa, la cittadinanza opera non solo come contenitore di svariati diritti, ma come catalizzatore unificante di un generale diritto ad una esistenza libera e dignitosa. Libertà e cittadinanza divengono pertanto termini interscambiabili, lo *status* personale, e non la ricchezza economica, costituisce il fondamento dei diritti politici, ed infine lo *status* di una «cittadinanza piena e responsabile» postula ed include il godimento dei diritti sociali. In questa cornice, particolare risalto acquistano i diritti culturali, strumento anzi tutto di una democrazia politica matura, la quale si fonda anche sulla piena consapevolezza del patrimonio culturale della collettività⁷⁹. In questa insistenza sui fattori culturali della cittadinanza e sul diritto all'istruzione, in quanto «la salute sociale della società dipende dal grado di incivilimento dei suoi membri», si avverte l'influenza di idee largamente diffuse nel laburismo inglese tra le due guerre mondiali. E l'istruzione popolare assurgeva a strumento per surrogare la risalente «unità organica» del gruppo sociale fondata sulla nazione e sul territorio, attraverso la dilatazione delle basi della cittadinanza su un universalismo inclusivo⁸⁰. Allo stesso modo, la teoria marshalliana della cittadinanza rivestiva una valenza essenzialmente eversiva della stratificazione della società in classi, contrapponendo ad un «sistema di disuguaglianza» un assetto basato sull'eguaglianza di diritti e doveri nascenti dall'esser tutti «membri a pieno diritto

⁷⁶ Cfr. C. Schmitt, (a cura di) G. Stella, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo (1926)*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 13 ss.

⁷⁷ Cfr. T.H. Marshall, (a cura di) S. Mezzadra, *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 13.

⁷⁸ Cfr. T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., p. 16.

⁷⁹ Cfr. T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., p. 28 ss.

⁸⁰ Cfr. T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., p. 27 ss.

di una comunità»⁸¹. E per questa via essa, proprio in quanto radicalmente egualitaria, conservava il tradizionale impianto olistico della cittadinanza, rispetto al quale anche le stratificazioni identitarie si ponevano come fattori di disturbo. L'inserimento dei diritti sociali nel tessuto della cittadinanza contribuiva a fare dell'eguaglianza il perno della coesione organica del corpo sociale. L'attenuazione delle differenze di classe, perseguita attraverso «un diritto universale ad un reddito reale non misurato sul valore di mercato del soggetto», acquista pertanto un significato nuovo, che trascende l'obiettivo della lotta alla povertà degli strati svantaggiati, in quanto essa si propone l'obiettivo di «modificare l'intero quadro della diseguaglianza sociale», non contentandosi di «sollevare il livello più basso al fondo dell'edificio sociale, lasciando intatta la sovrastruttura»⁸². La questione identitaria resta pertanto sostanzialmente estranea al perimetro della concezione marshalliana della cittadinanza. La «parità nel diritto a manifestare e a coltivare le differenze o le diseguaglianze» e la «parità nel diritto ad essere riconosciuto come diverso» sono affidate alla assicurazione del «diritto del cittadino nel processo di selezione e della mobilità», ed alla realizzazione del «diritto all'eguaglianza delle possibilità»⁸³. In perfetta coerenza con l'ideologia delle correnti della democrazia sociale della prima metà del XX secolo, il riconoscimento delle differenze si risolveva e si arrestava, nel pensiero di Marshall, ad un «arricchimento dello *status* universale della cittadinanza» capace di dispiegare quella «forza motivante continua» nel tessuto sociale che la comunità nazionale non era più in grado di mobilitare, e peraltro tanto proiettato a preservare la pace sociale, facendo argine alla possibile contestazione delle diseguaglianze, quanto ancora indifferente al profilo del dialogo e della comunicazione tra identità differenti, che avrebbe preso decisamente il sopravvento al giro di boa tra XX e XXI secolo⁸⁴.

La teoria di Marshall, spostando il *focus* della discussione sui “diritti di cittadinanza”, ha segnato un radicale capovolgimento di prospettiva da un lato rispetto alle elaborazioni incentrate sull'intreccio indissolubile tra stato, nazione e territorio, e dall'altro rispetto allo schema del tardo liberalismo giuridico, che aveva collegato lo *status* della cittadinanza con un catalogo di diritti del cittadino, sebbene configurati con gradazioni differenti⁸⁵. Essa era tuttavia fortemente condizionata dal contesto angloamericano, che dal *New Deal* di Roosevelt al piano Beveridge in Inghilterra, aveva posto le istanze di giustizia sociale come premesse irrinunciabili di una cittadinanza comune. Si trattava in definitiva – questa la proposta teorica di Marshall – di lasciarsi alle spalle il paradigma della cittadinanza dello stato nazionale, che aveva costruito la titolarità dei diritti e dei doveri sul discrimine tra “cittadino” e “straniero” e di far assurgere la cittadinanza a «categoria centrale di una concezione della democrazia fedele ai principi della tradizione liberaldemocratica e nello stesso tempo non puramente formalistica e procedurale»⁸⁶.

Il dibattito suscitato dall'opera di Marshall aiuta a mettere a fuoco le profonde tra-

⁸¹ Cfr. T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., p. 30 ss.

⁸² Cfr. T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., p. 48 ss.

⁸³ Cfr. T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., p. 69.

⁸⁴ Si v. molto nettamente le conclusioni di T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., p. 78 ss.

⁸⁵ Si v. sul punto D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit*, cit., p. 633.

⁸⁶ Così D. Zolo, *La strategia della cittadinanza*, in Id., (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 3 ss.

sformazioni dei diritti di cittadinanza nella transizione dall'epoca dei conflitti di classe a quella delle fratture identitarie delle società complesse⁸⁷. In primo luogo, è stato considerato parziale uno schema concettuale tutto incentrato sul rapporto tra cittadinanza e classi sociali, e sull'idea di fondo che la cittadinanza politica e la cittadinanza sociale, e l'espansione dei diritti di cittadinanza ai diritti politici ed ai diritti sociali, rappresentino soltanto una sfida per le disuguaglianze prodotte dall'economia di mercato⁸⁸. La piena partecipazione alla comunità politica ha incontrato, e ancora incontra, ostacoli di altra natura, come il genere, la razza, l'età, l'orientamento sessuale, oggetto di forme di discriminazione, di marginalizzazione, di stratificazione sociale, di oppressione politica. Questioni politiche centrali, come quelle sollevate dai movimenti dei neri, femministi, ecologisti, *Lgbt*, restano sostanzialmente ai margini della teoria marshalliana della cittadinanza. Ciò perché "la rivendicazione politica" dei diritti di cittadinanza copre uno spettro di esperienze di vita più ampio di quello riconducibile ai conflitti di classe, in quanto essa è «lotta per l'autoaffermazione di gruppi e soggetti socialmente emarginati in competizione con la libertà e le *proprietà* di gruppi e soggetti privilegiati»⁸⁹.

In secondo luogo, la discussione sulla cittadinanza impone oggi di uscire dagli steccati dello stato nazione, e di prendere atto che il processo di globalizzazione ha acuito lo iato tra la cittadinanza, intesa come attribuzione di diritti all'interno delle singole comunità nazionali, e lo sviluppo di una legislazione sovranazionale e internazionale dei diritti umani⁹⁰. Si delinea pertanto uno stato di tensione crescente tra i diritti di cittadinanza ed i "diritti cosmopolitici", che scaturisce da un lato dall'antinomia tra il particolarismo delle cittadinanze nazionali ed i processi di globalizzazione non solo nel campo economico-finanziario, ma in quelli delle comunicazioni di massa, dello sviluppo tecnologico, dell'ecologia; dall'altro dalla lotta di soggetti appartenenti ad aree continentali di sottosviluppo e ad elevato tasso demografico per l'acquisto di cittadinanze "pregiate". Mi riferisco alla migrazione di massa di soggetti politicamente ed economicamente deboli, soggetti senza cittadinanza e senza diritti, i quali esercitano «una irresistibile pressione per l'eguaglianza», grazie all'infiltrazione capillare nelle cittadinanze delle società occidentali. In definitiva, l'idea marshalliana dei diritti di cittadinanza viene sfidata dalla pressione di larghi strati di popolazione non autoctona che chiedono di diventare cittadini *pleno iure* nei paesi dove vivono e lavorano. Una pressione che sottende molto spesso una istanza di riconoscimento multietnico, non solo di diritti individuali degli immigrati, ma delle loro identità etniche, culturalmente distanti dalle cittadinanze ospitanti⁹¹.

⁸⁷ Si v. soprattutto i contributi di J.M. Barbalet, *Citizenship. Rights, Struggle and Class Inequality*, Minneapolis, Open University Press, 1988; A. Giddens, *Class Division, Class Conflict and Citizenship Rights*, in Id., *Profils and Critiques in Social Theory*, London, 1982, p. 171 ss.; D. Held, *Citizenship and Autonomy*, in Id., *Political Theory and the Modern State*, Stanford, 1989.

⁸⁸ Si v. D. Zolo, *La strategia della cittadinanza*, cit., p. 12.

⁸⁹ Cfr. D. Zolo, *La strategia della cittadinanza*, cit., p. 27.

⁹⁰ Si v. soprattutto D. Held, *Citizenship and Autonomy*, cit., *passim*; A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 455 ss.

⁹¹ Cfr. D. Zolo, *La strategia della cittadinanza*, cit., p. 39 ss.

6. La cittadinanza repubblicana e le risorse del dialogo

Occorre riconoscere peraltro che una riformulazione teorica così ampia della cittadinanza avrebbe contribuito, da un lato, alla implementazione ed alla rivitalizzazione del nucleo formale e procedurale della democrazia, attraverso una visione di questa più ampia, costruita su una declinazione “attivistica” della cittadinanza, la quale presuppone l’effettivo esercizio dei diritti da parte del cittadino⁹². Dall’altro, essa gettava un ponte verso le successive elaborazioni *communitarian* della cittadinanza, dal momento che si teorizzava un nesso particolarmente stretto tra l’effettivo godimento dei diritti e l’appartenenza alla comunità politica, ed il passaggio dal “modello statalista” al “modello societario” della cittadinanza avrebbe indirizzato al superamento dell’individualismo metodologico ed assiologico della fondazione liberale dei diritti attraverso una concezione di questi indissolubilmente legata alla *full membership* della comunità politica⁹³.

Si tocca qui il nucleo cruciale dei problemi sollevati dalla concezione marshalliana della cittadinanza, la quale sembra nel complesso sottendere una più marcata sensibilità all’arricchimento dell’universo dei diritti, e lasciare invece più sullo sfondo la questione delle ragioni profonde dell’appartenenza ad una comunità politica. Detto più chiaramente: può davvero dirsi soddisfacente un approccio che risolve la cittadinanza in un contenitore ampio di diritti, lasciando in ombra una riflessione sulle ragioni dell’appartenenza di tanti “diversi” ad una comunità politica, e della partecipazione ad un progetto comune e condiviso di convivenza⁹⁴? Questo profilo balza in primo piano nelle concezioni repubblicane della cittadinanza. È merito di Jürgen Habermas di avere posto la questione se una concezione repubblicana della cittadinanza, liberata dalle angustie dello stato nazione, non debba svincolarsi oggi dall’appartenenza ad una comunità prepolitica, integrata sulla base di fattori identitari, e se la cittadinanza non trovi la propria ragion d’essere, piuttosto che nella rivendicazione di fasci di diritti identitari di cerchie sociali, “nella prassi dei cittadini stessi che esercitano attivamente i propri diritti democratici di partecipazione e di comunicazione”⁹⁵. Habermas riconosce a Marshall il merito di aver basato la fondazione teorica della cittadinanza sulle potenzialità di “inclusione” dei diritti. L’ampliamento della sfera diritti in genere moltiplica le appartenenze e dilata i margini di scelta degli individui, ma non fonda di per sé la cittadinanza. «Solo i diritti politici di partecipazione attiva fondano la posizione giuridica riflessiva, autore-

⁹² Su ciò si v. G. Zincone, *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie della società civile*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 63 ss.; L. Baccelli, *Cittadinanza e appartenenza*, in D. Zolo (a cura di), *La strategia della cittadinanza*, cit., p. 143 ss.

⁹³ Si v. ancora G. Zincone, *Da sudditi a cittadini*, cit., p. 9 ss.; L. Baccelli, *Cittadinanza e appartenenza*, cit., p. 132 ss.; J.M. Barbalet, *Citizenship*, cit., p. 30 ss.

⁹⁴ Per questo aspetto della critica a Marshall, v. E. Santoro, *Le antinomie della cittadinanza: libertà negativa, diritti sociali e autonomia individuale*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., p. 93 ss.

⁹⁵ Si v. J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, Torino, Einaudi, 1992, p. 109. Sulla concezione habermasiana della cittadinanza, e sul contesto storico-politico nel quale venne formulata v. F. Olivieri, *Conflitti di cittadinanza: Jürgen Habermas e il problema del “soggetto rivoluzionario”*, Milano-Udine, Mimesis, 2020, p. 225 ss.

ferenziale del cittadino», laddove i diritti negativi di libertà e i diritti sociali di ripartizione «possono altrettanto bene configurarsi come una rinuncia o come un ritiro privatistico dal ruolo politico del cittadino», innescando «una sindrome del privatismo civico, ossia l'esercizio del ruolo di cittadino a partire da situazioni d'interesse»⁹⁶. Un giudizio sicuramente radicale, che forse trascura il significato dei diritti civili e dei diritti sociali negli ordinamenti democratici, come fattori che concorrono a rendere effettiva la partecipazione politica⁹⁷, e peraltro va compreso all'interno delle coordinate teoriche dell'agire comunicativo. Anche Habermas coglieva, in definitiva, l'antagonismo tra la cittadinanza e un panorama identitario, ricondotto al concetto di "mondo di vita", il quale, affondato nella singolarità delle sue espressioni, «rompe con l'idea di una totalità composta di parti». Ed invero «il mondo di vita è formato da un reticolo di azioni comunicative che si ramificano in spazi sociali e in tempi storici», ed esso, dipendendo «dalle identità degli individui socializzati», non dà luogo ad alcuna «macroorganizzazione», a nessun «collettivo che si componga di appartenenti». Solo il costituirsi di una «prassi comunicativa» può consentire agli individui di uscire dalla singolarità del loro mondo di vita identitario, e di vivere un'esperienza di socializzazione attraverso «rapporti di riconoscimento reciproco articolati e stabilizzati»⁹⁸. Il "mondo di vita" si colloca pertanto in una dimensione prepolitica, «integrata in base a discendenza genetica, tradizioni condivise e linguaggio comune», la quale può attingere la dimensione della convivenza in una *res publica* solo sollevandosi sul piano di una cittadinanza comune. Nella concezione habermasiana, peraltro, la cittadinanza ha una fisionomia ed una valenza tipicamente relazionali ed essa affonda le radici nell'agire comunicativo. Questa concezione prende le distanze sia da quella che, assumendo la cittadinanza come *status* strumentale al godimento dei diritti individuali, mantiene gli individui all'esterno dello stato, sia da quella che, all'opposto, conferisce alla cittadinanza carattere marcatamente organicistico, in quanto essa si basa sul presupposto che i cittadini, integrati in un tutto, possano «sviluppare la propria identità personale e sociale solo entro l'orizzonte di tradizioni comuni e istituzioni politiche riconosciute»⁹⁹. L'approccio comunicativo alla fondazione della cittadinanza ha il pregio di rendere chiaro che «l'autonomia politica è un fine in sé stesso che nessuno può realizzare da solo, perseguendo privatamente i propri occasionali interessi». Al contrario, «essa si lascia realizzare soltanto collettivamente», ma «a partire da una prassi intersoggettiva condivisa», capace di costituire "rapporti di riconoscimento" riprodottrici attraverso «lo sforzo cooperativo di una prassi civile»¹⁰⁰.

La concezione repubblicana della cittadinanza si profila pertanto come terza via tra la cittadinanza basata sui diritti e la concezione comunitaria della cittadinanza. Si tratta di concezioni essenzialmente "fondazioniste", poiché l'una muove dalla premessa della priorità logica e morale dei diritti e reca in sé il condizionamento di una concezione dei diritti antagonista rispetto al corpo sociale, escludendone la *Gemeinschaftbezogenheit*,

⁹⁶ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 97 ss.

⁹⁷ Si v. la critica alle concezioni liberali della cittadinanza in J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, cit., p. 113.

⁹⁸ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 100.

⁹⁹ Cfr. J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, cit., p. 112 ss.

¹⁰⁰ Cfr. J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, cit., p. 114 s.

il riferimento dei diritti alla dimensione della convivenza; l'altra di fonda sull'idea che la cittadinanza, espressione di un corpo sociale organico, possa imporre una vera e propria *Gemeinschaftsgebundenheit* dei diritti, in quanto condizionati da e sottoposti ai vincoli della dimensione comunitaria¹⁰¹. La concezione repubblicana della cittadinanza istituisce una correlazione tra la politica e i diritti, e connette i diritti di cittadinanza all'impegno responsabile, alla vocazione civica, alla partecipazione attiva al processo politico. Vi è, in questa visione repubblicana della cittadinanza, l'idea di una cittadinanza fondata sulla responsabilità piuttosto che sui doveri, ed una concezione etica della politica, che si sostanzia nella responsabilità di partecipare alle decisioni collettive e di "prendere sul serio" le opinioni e le visioni del mondo dei propri concittadini. In questa visione i diritti non fanno appello a una forma idealizzata di comunità e di attività umana che avanzi una pretesa di universalità, perché riflettono scopi socialmente determinati suscettibili di essere riformulati in relazione al mutare delle circostanze e delle *chances* di vita. Né la cittadinanza viene concepita, con Aristotele, come «una parte essenziale della vita buona», poiché la partecipazione civica, seguendo la lezione machiavelliana, è solo la condizione necessaria per conservare la libertà. Il che comporta che, poiché una comunità repubblicana deve rispettare equamente i valori e le istanze di tutti i suoi componenti, e non solo dei gruppi più potenti o in posizione egemonica, la responsabilità di partecipare alla formazione delle decisioni collettive e la garanzia che altri lo facciano in un confronto aperto sono indissolubilmente congiunte¹⁰². Nelle società complesse contemporanee, la frammentazione comporta anche il rischio di una politica capace di sacrificare le identità alla stabilizzazione di posizioni e culture egemoni nel corpo sociale. Ma intravedo in esse anche lo scenario della rincorsa delle molteplici identità a conquistare diritti "separati" dalla coscienza di un'appartenenza comune. Sotto questo profilo, le concezioni repubblicane della cittadinanza hanno forse rappresentato un tentativo di arginare la tensione tra la politica ed i diritti. Se solo all'interno di un quadro di appartenenza può mettere radici una robusta etica del riconoscimento, i diritti di cittadinanza sono anzitutto lo strumento per irrobustire queste radici e per restituire alla politica il suo ruolo in una «una complessa pluralità di unità politiche correlate»¹⁰³.

Non appare convincente imputare alle concezioni repubblicane della cittadinanza lo sforzo di ricostituire su basi partecipative e comunitarie quella coesione organica del corpo sociale che la frammentazione dei crinali identitari nelle società complesse rende sempre più arduo. In queste, invero, la fondazione di un senso di appartenenza comune tra diversi pone anzitutto il problema della fondazione del riconoscimento basato sul rispetto reciproco, sul dialogo e sulla comunicazione tra identità diverse. Una sfida difficile, perché, se è vero che «con la fine della guerra fredda siamo passati da un mondo in cui gli attriti erano fondamentalmente ideologici a un mondo in cui gli attriti sono fondamentalmente identitari»¹⁰⁴, occorre prendere atto che questi ultimi, in quanto

¹⁰¹ Si v., per l'approfondimento di questa polarizzazione, R. Bellamy, *Tre modelli di cittadinanza*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., p. 223 ss.

¹⁰² Rinvio ancora alla bella ricostruzione di R. Bellamy, *Tre modelli di cittadinanza*, cit., p. 251 ss.

¹⁰³ Così R. Bellamy, *Tre modelli di cittadinanza*, cit., p. 257.

¹⁰⁴ Così A. Maalouf, *Identità assassine. La violenza e il bisogno di appartenenza*, Milano, La nave di Teseo, 2021, p. 9.

scavano in profondità nella «sfera intima totale» degli individui¹⁰⁵, al dialogo sono spesso indifferenti, se non pervicacemente ostili, talvolta più di quanto non lo fossero i profondi e radicali conflitti ideologici del XX secolo, come quello tra capitalismo e comunismo, i quali suscitavano tuttavia «un dibattito intellettuale permanente». Gli attriti identitari, al contrario, «non suscitano alcun dibattito ideologico», in quanto «un'identità si scopre, si assume, si proclama», e «non è mai dibattuta con coloro che appartengono alla parte avversa»¹⁰⁶.

Non si intende con ciò porre identità e cittadinanza in un antagonismo irresolubile. Occorre infatti prendere atto che una cittadinanza repubblicana si alimenta di conflitti e di differenze, i quali si intrecciano in una società di «diversi» che convivono in una comunità politica. Acquista particolare rilievo, in questo contesto, lo sviluppo delle potenzialità discorsive dei segmenti di società complesse, ed il «discorso» appare davvero come la nuova frontiera dell'idea di tolleranza, e un fattore fondamentale di «umanizzazione» del conflitto e di sostenibilità delle differenze¹⁰⁷.

Ciò pone evidentemente l'interrogativo relativo alla soglia di sostenibilità dei conflitti identitari delle società complesse, necessaria per non mettere a rischio la base di coesione della cittadinanza repubblicana. Secondo una recente suggestiva elaborazione teorica, la questione evoca scenari di riflessione molto ampi, che toccano i nodi fondamentali del rapporto tra normatività e potere, tra morale e diritto, nodi di conflitto al crocevia dei quali si colloca il «*Recht auf Rechtfertigung*/diritto alla giustificazione». Esso rappresenta il punto di equilibrio tra i due profili della tolleranza, sempre confliggenti anche nella storia del costituzionalismo, quello che rinvia all'idea del «permesso», e dunque chiama in causa il momento autoritativo, e quello, essenzialmente comunitario, o comunque alimentato dal basso, del «rispetto» dell'altro e del diverso¹⁰⁸. Il conflitto fra i due aspetti della tolleranza trova nella cittadinanza in una democrazia discorsiva e partecipativa la via maestra per la convivenza di identità differenti, che appare, a ben vedere, solo uno sviluppo del risalente dibattito novecentesco sul rapporto tra democrazia e «poliarchia», tra conflitto e consenso nelle democrazie pluralistiche, il quale viene rivisitato e declinato alla luce dei nuovi *cleavages* di divisione della società e nella cornice della complessità¹⁰⁹.

¹⁰⁵ L'espressione è di D. Innerarity, *Il nuovo spazio pubblico*, cit., p. 30.

¹⁰⁶ Così ancora efficacemente A. Maalouf, *Identità assassine*, cit., p. 10.

¹⁰⁷ Si v., nell'ampia letteratura, R. Forst (ed.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, München, Campus, 2000; A.E. Galeotti, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015; Id., *Toleration as Recognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; M.L. Lanzillo, *Tolleranza*, Bologna, il Mulino, 2002; F. Lomonaco, *Tolleranza*, Napoli, Guida, 2005.

¹⁰⁸ Si v., per questa elaborazione, nata all'interno della Scuola di Francoforte, R. Forst, *Normativität und Macht. Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen*, Berlin, Suhrkamp, 2015; Id., *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Berlin, Suhrkamp, 2007; Id., *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Berlin, Suhrkamp, 1996.

¹⁰⁹ Per una classica ricognizione del problema si v. R.A. Dahl, *Poliarchia. Partecipazione e opposizione nei sistemi politici*, Milano, Franco Angeli, 1997; Id., *I dilemmi della democrazia pluralista*, Milano, Società Aperta, 2021.

Costruito sulle basi della filosofia pratica kantiana, il “diritto alla giustificazione” muove pertanto dalla rivisitazione dell’idea del cittadino come legislatore, del cittadino che, essendo al tempo stesso autore e destinatario delle basi normative della tolleranza, contribuisce all’edificazione di una democrazia fondata non soltanto sulla neutralità rispetto alla molteplicità delle visioni del mondo, ma su un legame universale di reciprocità¹¹⁰. Il conflitto tra i due profili della tolleranza si compone all’interno di una concezione della società pluralista come «comunità politica di comunità etiche», alla quale risultano certamente essenziali gli istituti della partecipazione democratica, ma più ancora le risorse della responsabilità civica di una comunità politica, le quali fanno poggiare la tolleranza su un consenso orientato alla giustizia (*Ge-rechtigkeitskonsens*) che non è solo procedurale, ma soprattutto sostanziale¹¹¹. Una comunità politica tollerante non può fare a meno di una «identità alimentata da tensioni», e pertanto postula un trattamento qualificato delle condizioni di disegualianza, fondato sul «riconoscimento della differenza», un obiettivo che non trova fondamento soltanto nell’etica liberale né in quella multiculturale, ma anzitutto in un *Eigenwert*, nella condivisione di una “cultura” del riconoscimento¹¹². Una concezione della tolleranza fondata sul rispetto richiede di superare un modello di eguaglianza formale che, muovendo dalla separazione tra sfera privata e sfera pubblica, finisce per relegare le differenze di carattere etico ad affare privato degli individui e dei gruppi, per approdare non soltanto ad un modello di eguaglianza che tiene conto della “qualità” delle persone e delle loro differenze, ma ad una riformulazione dello spazio pubblico come teatro di dinamiche di giustificazione sorrette da «istituzioni di democrazia discorsiva»¹¹³.

Le risorse “inclusive” di una cittadinanza repubblicana richiedono pertanto che la complessità identitaria delle società contemporanee trovi accoglienza in uno spazio pubblico comunicativo, aperto a “pratiche” di riconoscimento fondate sul dialogo. Hannah Arendt ha ammonito a non vedere nell’amicizia solo “un fenomeno di intimità”, ma a comprenderne la “rilevanza politica”. «Quando leggiamo in Aristotele – aggiunge la Arendt – che la *philia*, l’amicizia tra i cittadini, è una delle condizioni fondamentali del benessere della città, tendiamo a pensare che egli non stia parlando di altro se non dell’assenza di fazioni e di guerra civile tra di esse». La complessità sociale non tollera la neutralizzazione del conflitto e la ricerca di armonie organicistiche del tessuto sociale. «Per i Greci, al contrario – proseguiva la Arendt – l’essenza dell’amicizia consisteva nel discorso», poiché «solo un costante scambio di parole poteva unire i cittadini in una polis». Ciò perché «nel discorso si rendeva manifesta l’importanza politica dell’amicizia, e l’umanità che la caratterizza». Il dialogo, infatti, «per quanto intriso del piacere relativo alla presenza dell’amico, si occupa del mondo comune, che rimane inumano finché delle persone non ne fanno costantemente argomento di discorso tra

¹¹⁰ Su ciò si v. il contributo fondamentale di R. Forst, *Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, Berlin, Suhrkamp, 2003, p. 675 ss.

¹¹¹ Cfr. ancora R. Forst, *Toleranz im Konflikt*, cit., p. 680 ss.

¹¹² Così, confrontandosi con le teorie del multiculturalismo di Kymlicka e richiamandosi a Herder, R. Forst, *Toleranz im Konflikt*, cit., p. 683 ss. e p. 695 ss.

¹¹³ Si v. R. Forst, *Toleranz im Konflikt*, cit., p. 697 ss. e p. 720 ss.

loro». E il mondo «non diventa umano solo perché la voce umana risuona in esso, ma solo quando è diventato oggetto di discorso»¹¹⁴.

¹¹⁴ La lunga citazione, tratta dalla *lectio magistralis* tenuta nel 1959 in occasione del conferimento del Premio Lessing, può leggersi in L. Boella (a cura di), H. Arendt, *L'umanità in tempi bui*, Milano, Cortina Raffaello, 2006, p. 84 ss. In un recente saggio, elegante e ricco di suggestioni interessanti, di N. Irti, *Pirandellismo giuridico (variazioni sul tema)*, in *La cultura*, 2021, 3, p. 431 ss., la tendenza alla scomposizione dell'io in un fascio di identità transeunti e spesso contraddittorie, espressione di un complessivo disorientamento etico del quale il *Menschenbild* pirandelliano avrebbe offerto la rappresentazione più emblematica, viene sottoposta ad una critica serrata, che investe anche le suggestioni del processo di frammentazione delle identità nelle elaborazioni della scienza giuridica. Nel pensiero dell'illustre maestro si rinvencono tracce significative sia del crocianesimo critico di Carlo Antoni che dell'esistenzialismo storicistico di Abbagnano, che guidano l'a. a prendere cautamente le distanze dalla riduzione dell'io alle opere nel pensiero crociano, e soprattutto, con toni assai decisi, da visioni dell'identità vitalistiche, lampeggianti, frastagliate, contraddittorie, intrinsecamente irriducibili all'unità, nel pensiero filosofico del Novecento. Occorre peraltro riconoscere che Pirandello inizia a dare una voce superba a inquietudini che tormentavano l'individuo novecentesco, e che grazie alla psicanalisi e allo scavo delle scienze dell'uomo avrebbero dischiuso scenari assolutamente inediti nella riflessione sulla identità (li passa in rassegna compiutamente E. Lecaldano, *Identità personale*, cit., p. 85 ss.; ma v. anche C.A. Viano, *La scintilla di Caino. Storia della coscienza e dei suoi usi*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013). Il *Menschenbild* pirandelliano sembra riflettere questo travagliato itinerario del pensiero novecentesco, il quale dischiude orizzonti meno rassicuranti, ma con il quale occorre in ogni caso fare i conti. Un itinerario che è certamente segnato dalla controversia tra storicismo e vitalismo, ma neppure restringibile ad un esistenzialismo depurato dalle ombre inquietanti dell'angoscia in Sartre e della rivoluzione del linguaggio di Heidegger. Desta inoltre perplessità la tesi che tutti gli sviluppi costituzionali europei in tema di dignità e di diritti fondamentali possano essere letti come un progressivo allontanamento dal gioco delle forme, le quali sarebbero l'unico salvagente contro il pirandellismo giuridico, poiché, al contrario, l'effettività del diritto alla autodeterminazione, nelle costituzioni delle democrazie liberali del Novecento, è passata proprio attraverso la ricchezza di significati di principio e di direttrici di orientamento che dignità e diritti fondamentali avrebbero espresso (sia consentito rinviare, per qualche indicazione, a P. Ridola, *Il principio libertà*, cit., *passim*, nonché, con riferimento alle clausole costituzionali sulla dignità dell'uomo, p. 236 ss.). E peraltro, proprio grazie a questi sviluppi ed alle coraggiose opzioni di principio delle "costituzioni del pluralismo", sarebbe emersa la dimensione di riconoscimento, relazionale e discorsiva, dell'identità, che non a caso aveva antiveduto l'ultimo De Ruggiero ricordato da Irti (si v. le pagine di straordinaria intensità di G. De Ruggiero, *L'antinomia della personalità moderna* (1941), in Id., *Il ritorno alla ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1946, p. 275 ss.). Occorre prendere atto, in definitiva, che il tema dell'identità non riguarda più l'individuo sorretto dalle certezze della morale borghese, ma l'individuo che, sugli itinerari impervi dell'esistenza e nella lotta quotidiana contro gli incerti del mestiere di vivere, ha smarrito le sue certezze ed i suoi punti di orientamento ed elabora un vissuto di "processi identitari" che conoscono deviazioni ed oscillazioni, sovrapporsi di passioni, legami identitari, conflitti di lealtà, e che in questo terreno affondano salde radici la dispersione e la ricchezza delle identità della persona nell'individuo contemporaneo. Al quale, peraltro, sono viepiù essenziali le risorse di una cittadinanza repubblicana: non sembra sufficiente, invero, evocare la dimensione sovraindividuale della persona per contestare il processo di frammentazione delle identità, senza giungere a tematizzarla soprattutto nei suoi risvolti politici, peraltro fondamentali, che si incardinano nella *membership* di una comunità repubblicana.

Non solo Brexit. "Identità nazionale": il riemergere di una nozione

Enzo Cardì

Sommario: 1. Identità: una "*moral idea*". – 2. Una "*issue*" economica. – 3. Una nozione "istituzionale". – 4. Una "interpretazione costituzionale". – 5. Il frutto di un "attivismo giudiziale". – 6. Le implicazioni per il vincolo di "solidarietà". – 7. L'esito radicale: l'opzione del "recesso". – 8. Le conseguenze per le "fonti" normative. – 9. La gestione del "conflitto": dalla "*dispute resolution*" alla "*cross-retaliation*". – 10. Il senso della sfiducia: "mercati separati" e "distinti sistemi legali". – 11. Il futuro comune: "*a dialogue within an almost uniform legal context*" (D'Alberti).

1. Identità: una "*moral idea*"

La recentissima sentenza del Tribunale costituzionale polacco (*Trybunał Konstytucyjny*) del 7 ottobre 2021 (causa K3/21) che – a suggello di una *dramatic escalation* legale con la Commissione UE – ha dato una valutazione di non conformità alla Costituzione polacca di alcune norme del Trattato sull'Unione Europea (TUE), come interpretate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, è ovviamente una riaffermazione di "identità" in termini costituzionali generali.

In termini ancora più ampi, la "*identity politics*" è – nelle parole di Francis Fukuyama – una "*moral idea*" da cui "*we cannot get away*":

«It focuses our natural demand for recognition of our dignity [...] expressing the resentments that arise when such recognition is not forthcoming»¹.

Un'idea morale, dunque, che si forma e prende (o pretende di assumere) dignità nell'ordine costituzionale. La scienza politica più avveduta ha sottolineato, negli ultimi anni, la necessità di non sottovalutare le implicazioni che la *nozione di identità* riveste in termini di valori o di esigenze di sicurezza come percepiti, gli uni e le altre, dalle comunità nazionali, in un'epoca – quella contemporanea – fortemente caratterizzata da temi che rinviano alle nozioni di "globale" e di "sovrannazionalità":

¹ F. Fukuyama, *Identity: Contemporary Identity Politics and the Struggle for Recognition*, II ed., London, Profile Books, 2019, p. 163.

«Souvent tournées vers la défense d'identités anciennes menacées, nourries de protectionnisme et de nationalisme, elles font l'apologie des identités et des racines, ressenties comme des valeurs stables dans un monde précaire»².

«Valori stabili in un mondo precario», suggerisce Jacques Attali, destinati a fronteggiare – come detto da altri – anche con “*politics of emotion*”, situazioni di disagio proprie dell'epoca contemporanea:

«nationalism promises a source of identity and security: a return to full sovereignty will supposedly stem the global forces responsible for today's uneasiness»³.

Al limite estremo di tali implicazioni si trova il concetto di *secessione*, un termine che si riferisce al territorio di uno Stato (come nelle rivendicazioni scozzesi e catalane) e che è ovviamente diverso dal *recesso* da comunità sovranazionali come è accaduto – con effetti giuridici definitivi dal 1° gennaio 2021 – per la Gran Bretagna al termine di una appartenenza all'UE durata quasi un cinquantennio.

Tuttavia, le due nozioni (recesso e secessione) hanno un fondamento in comune:

«a failure of the rationalist project of sharing a polity out of rational choice, and the will of doing so»⁴.

2. Una “issue” economica

Le difficoltà di “*sharing a polity*”, vale a dire condividere una *nozione distintiva* di identità europea, hanno certamente i presupposti morali o politici sopra richiamati: essi sono però accentuati dai temi (e dalle asserite prospettive) di natura economica. Prospettive come quella di «imbarcarsi in una nuova entusiasmante fase come nazione commerciale indipendente» enfaticamente proclamate dal governo britannico (nell'*UK Internal Market White Paper*, pubblicato nel luglio 2020, ma termini analoghi sono presenti in una moltitudine di documenti ufficiali successivi al referendum del 2016). Prospettive sottolineate (con orgoglio) in occasione della presentazione del *Trade and Cooperation Agreement*, firmato il 24 dicembre 2020 che ha posto fine – dopo un periodo di transizione – all'appartenenza all'UE della Gran Bretagna:

l'«*Agreement means that the UK will fully recover its national independence [...] restoring national sovereignty*»⁵.

² J. Attali, *Comment nous protéger des prochaines crises*, Paris, Fayard, 2018, p. 94.

³ E. Campanella, M. Dassù, *Anglo Nostalgia: The Politics of Emotion in a Fractured West*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 2.

⁴ C. Closa, *Troubled Membership: Secession and Withdrawal*, in C. Closa (ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 3.

⁵ UK Government TCA Summary, 24 december 2020, H.M Government, *UK-EU Trade and Cooperation Agreement*, p. 5; https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/948093/TCA_SUMMARY_PDF.pdf.

Il tema dei fondamenti *economici* oltre che morali e politici delle istanze identitarie nazionali non è però – come è ben noto – esclusivo della Gran Bretagna.

E non da oggi. Significativo – su questa linea – è anche il fatto che tutte le *votazioni popolari* che si sono tenute dall'inizio del nuovo millennio in poi negli Stati membri dell'UE sulle questioni europee, hanno avuto un *esito negativo* quando i quesiti sottoposti al voto popolare attenevano a *questioni monetarie* (Danimarca 2000 e Svezia 2003 sulla adesione alla normativa unica), *economiche* (Francia e Olanda 2005 e Irlanda 2007, rispettivamente, sulla Costituzione per l'Europa e sul Trattato di Lisbona), *fiscali* (Grecia 2015 sul piano di salvataggio).

In altri casi, come per il Trattato che istituisce il Meccanismo Europeo di Stabilità, finalizzato a interventi di sostegno agli Stati membri dell'Eurozona in difficoltà finanziarie, la scelta di istituirlo attraverso un accordo internazionale, invece che tramite modifiche ai Trattati UE, è stata dovuta al fatto che tali modifiche «*would have required politically difficult referenda in a range of member states*»⁶.

In tutti i casi la *economic identity issue* ha giocato un ruolo centrale.

3. Una nozione "istituzionale"

Il principio della primazia del diritto dell'UE «*in areas where legislative power had been conferred by Member States to their common institutions*» è ovviamente fondamentale per l'ordine legale europeo⁷.

Allo stesso tempo, l'esistenza di aree riservate di sovranità statale è preservata nei Trattati con particolare riferimento alle *identità nazionali* degli Stati (articolo 4 (2) TUE). Non vi è dubbio che ogni riferimento giuridico all'identità nazionale può essere ampiamente controverso per quanto riguarda il suo significato effettivo:

«*there is a kind of circularity: the nation state represents national interests effectively because its very existence defines those interests*»⁸.

In ogni caso, poiché questi interessi appartengono al *processo politico*, e la dinamica degli interessi nel contesto dell'UE dimostra le difficoltà di condividere una comunità politica («*sharing a polity*», non solo specifiche *policies*), essi sono alla base delle principali difficoltà di costruire un consenso sulla identità europea:

«*The search for a common European identity has been hugely problematic throughout the history of the EU. It is widely interpreted as a kind of nation-building that both conflicts with and challenges the interests of nation-states*»⁹.

⁶ D. Howart, L. Quaglia, *The New Intergovernmentalism in Financial Regulation and European Banking Union*, in C.J. Bickerton, D. Hodson, U. Puetter, *The New Intergovernmentalism: States and Supranational Actors in the Post-Maastricht Era*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 162.

⁷ G. Amato, *Constitutional developments in Europe*, in J. Bell, C. Kilpatrick (eds.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 3.

⁸ J. Black, *Britain and Europe: A Short History*, London, Hurst & Company, 2019, p. 203.

⁹ M. Shackleton, *Whiter the 27?*, in B. Martill, U. Staiger (eds.), *Brexit and Beyond: Rethinking the Futures of Europe*, London, UCL Press, 2018, p. 205.

Per quanto riguarda la manifestazione più drastica di tale problematicità, ovvero i continui *opt-out* su cui la Gran Bretagna ha edificato nei decenni la sua *membership* nell'Unione, non è sorprendente che il dibattito sulla questione del *primato nazionale* abbia preceduto quello referendario. Il primato nazionale era già stato rafforzato dalle procedure di scrutinio parlamentare sulla normativa comunitaria attraverso il *Westminster European Select Security Committee* che agiva – almeno per la legislazione primaria – «*as a form of substitute sovereignty*»¹⁰ sulla base della «*parliamentary accountability*»¹¹ per gli affari dell'UE.

Nell'esperienza giuridica e costituzionale britannica, il tema è stato oggetto di *teorie acrobatiche* per conciliare la sovranità parlamentare con le implicazioni costituzionali dell'adesione all'UE:

«*Instead of conceiving European Law as an 'autonomous' legal order that directly applied within the United Kingdom [...] the official view continued to insist that absolute British supremacy remains untouched. For instead of locating the supremacy of (earlier) European law over (later) Westminster legislation in the European legal order, the British view came to locate it in the (English) common law [...] preserving the supremacy of British over European law*»¹².

In effetti, la dottrina della *supremazia* della sovranità parlamentare durante tutto il periodo dell'adesione britannica è stato un motivo costantemente riproposto nello sforzo di sostenere l'assunto secondo il quale il primato del diritto UE non si poneva in conflitto con la dottrina classica e parlamentare teorizzata da Dicey.

Il diritto sovranazionale finiva con l'essere visto, in questa prospettiva come un

«*constitutional development which fundamentally operates so as to preserve the sovereignty of Parliament [...] because it is a reconfiguration, and not a repudiation, of the idea of legally unlimited legislative authority*»¹³.

Una *riconfigurazione*, dunque, non un *ripudio* della *sovranità parlamentare*, tanto che addirittura, l'*European Union (Withdrawal) Act 2020* approvato dal Parlamento britannico il 23 gennaio 2020 che (come si dirà oltre) ha rifondato su basi autonome la vigenza del diritto UE nell'ordinamento interno, ha ritenuto necessario (o comunque utile) ribadire il principio secondo il quale il Parlamento britannico rimaneva sovrano anche durante il periodo di transizione (durato fino al 31 dicembre 2020), «*notwith-*

¹⁰ A. Cygan, *Parliamentary Scrutiny of EU Affairs by the UK Parliament: The Primacy of Ministerial Accountability*, in A.J. Cornell, M. Goldoni (eds.), *National and Regional Parliaments in the EU-Legislative Procedure Post-Lisbon*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2017, p. 284.

¹¹ D.J. Galligan, *Constitutions and the Classics: Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 101.

¹² R. Schütze, *Introduction: British 'Federalism'?*, in R. Schütze, S. Tierney (eds.), *the United Kingdom and the Federal Idea*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2018, p. 20 ss.

¹³ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015, p. 192.

standing directly applicable or directly effective EU law continuing to be recognized and available in domestic law» (sec. 38 (2)(a)).

Significativamente, la previsione normativa termina con una chiara sottolineatura:

«Accordingly, nothing in this Act derogates from the sovereignty of the Parliament of the United Kingdom».

4. Una "interpretazione costituzionale"

L'apparente primato di *eccezionalismo* che ha accompagnato il (limitato) *commitment* costituzionale britannico verso il primato UE ha certo la raffinatezza di una elegante – per quanto, come si è detto, acrobatica – costruzione teorica. L'approccio alla *questione* dell'identità nazionale è invece presente da tempo nell'elaborazione e nelle prassi di altri Stati membri con – probabilmente – minori sofisticatezze teoriche.

Così, le censure del Tribunale costituzionale della Polonia sono rivolte piuttosto che alle disposizioni contenute nei Trattati UE, comunque recepite nell'ordinamento interno per effetto della ratifica dei Trattati stessi, alla interpretazione che di tali disposizioni è data dalla Corte di Giustizia: «un'interpretazione che i giudici di Varsavia ritengono indebitamente estensiva»¹⁴.

È noto che, senza usare gli stessi termini, ma utilizzando gli stessi concetti, diverse corti costituzionali nazionali si sono espresse affermando che ci devono essere dei limiti all'integrazione europea (i così detti controlimiti), che sono imposti dalle costituzioni nazionali in quanto alcuni settori sono troppo essenziali per la *sovranità* o l'*identità* dello Stato.

La più nota (prima dell'irrompere sulla scena della Corte polacca con «un'affermazione così generalizzata della superiorità della legge fondamentale nazionale»¹⁵) è la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG), perseguita con costanza negli ultimi tre decenni, a partire dalla sentenza sui limiti dell'integrazione emessa in sede di vaglio costituzionale del Trattato di Maastricht [BVerfG, 2 BvR 2134/92 (1993)].

Specifiche *esigenze costituzionali nazionali* possono dunque filtrare l'applicazione del diritto pubblico europeo quando – come ha affermato un costituzionalista tedesco – «*national constitutional courts or supreme courts with constitutional jurisdiction can review treaties as to their compatibility with the national constitution*»¹⁶.

L'*identità costituzionale* della Germania richiede – in questa prospettiva – un governo democratico legittimo e quindi una rappresentanza democratica come quella

¹⁴ C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Poxexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *federalismi.it*, editoriale del 20 ottobre 2021, p. 19.

¹⁵ C. Curti Gialdino, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶ D. Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 277.

assicurata a livello statale dalla costituzione federale tedesca, per cui sono necessarie aree di competenza nell'ambito di un “*multi-level structure*”¹⁷ che devono rimanere nella sfera della democrazia nazionale.

Un ulteriore trasferimento di competenze comporterebbe il rischio di diluire lo Stato in un’*entità sovranazionale meno democratica*. Una impostazione ribadita in occasione della ratifica del Trattato di Lisbona, identificando – come è stato detto – un “*core set of competences*” non disgiungibili della sovranità statale (“*the heart of state sovereignty*”):

«*while the BVerfG has never prevented the ratification of an EU treaty so far, its case law has restricted the room of negotiation for the German government on EU affairs. In its Lissabon Urteil, BVerfG 123, 267 (2009), the BVerfG has identified a core set of competences which belong to the heart of state sovereignty and which cannot be transferred to the EU*»¹⁸.

Altre decisioni prese nel corso degli anni hanno riguardato gli asseriti limiti di competenza della Banca Centrale Europea (BCE) [BVerfG, 2 BvR 1390/12 (2012)] o la conformità costituzionale delle politiche monetarie della BCE finalizzate alla stabilizzazione dell'euro, come nel caso delle politiche denominate *Outright Monetary Transaction* (OMT) [BVerfG, 2 BvR 2728/13 (2016)] o di quelle che vanno sotto il nome del *Quantitative Easing* [BVerfG, 2 BvR 859/15 (2017)]. Alla luce delle sentenze di cui sopra, l'indipendenza della BCE è vista come un'eccezione «*au principe de démocratie, exception devant naturellement être justifiée par une raison particulièrement forte. La Cour constitutionnelle fédérale allemande (Bundesverfassungsgericht) justifie cette exception par l'objectif de stabilité monétaire*»¹⁹.

Lo stesso schema è stato seguito nell'ultima (molto discussa e commentata) sentenza BVerfG [2 BvR 859/15 (2020)] in cui è stato chiesto alla BCE di fornire il contesto di giustificazione delle basi legali dei programmi di acquisto di obbligazioni effettuate dalla stessa BCE. La sentenza è inquadrata in un ragionamento incentrato sulla critica di una precedente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul tema [Sentenza dell'11 dicembre 2018, *Weiss* e altri, C-493/17, EU:C:2018:1000]. Per la Corte tedesca il giudice costituzionale nazionale può esprimersi sulla coerenza del ragionamento logico giuridico della Corte di Giustizia nel presupposto che la sentenza di quest'ultima sia (almeno nel caso specifico) “*insostenibile dal punto di vista metodologico*”. Sulla base di questo presupposto, la Corte costituzionale di uno Stato membro sostiene che:

¹⁷ E. Schmidt-Aßmann, *The Sources of Administrative Law, Pleading for a More Systematically and Comparative Conception*, AIPDA, Napoli, Annuario ESI, 2015, p. 6.

¹⁸ F. Fabbrini, *Brexit and EU Treaty Reform: A Window of Opportunity for Constitutional Change?*, in F. Fabbrini (ed.), *The Law & Politics of Brexit*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 284.

¹⁹ J.H. Klement, *Juristes et économistes: conditions et perspectives d'une collaboration transdisciplinaire*, in G. Kalflèche, T. Perroud, M. Ruffert, *L'Avenir de l'Union économique et monétaire: une perspective franco-allemande*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2018, p. 25.

«the interpretation of the principle of proportionality undertaken by the CJEU, and the determination of the ESCB's mandate based thereon, exceed the judicial mandate conferred upon the CJEU» [BVerfG, 2 BvR 859/15 (2020)].

Dunque, una Corte costituzionale nazionale rivendica l'*autorità* costituzionale di sindacare il "*judicial mandate*" della Corte di Giustizia (appartenente ad un ordinamento giuridico sovranazionale e come tale indipendente dagli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri), per poi concludere sul punto che:

«In light of the aforementioned considerations, the Federal Constitutional Court is not bound by the CJEU's decision but must conduct its own review to determine whether the Eurosystem's decisions [...] remain within the competences conferred upon it under EU primary law».

Queste parole, che rifiutano espressamente il primato della Corte di Giustizia, sono apparse anche agli osservatori esterni non giuristi come *«an act of judicial secession»*; una notazione particolarmente significativa se si considera l'influenza politica in ambito UE dello Stato cui appartiene la BVerfG con i conseguenti profili di rischio per *«the unity of the EU legal order»* cui conducono queste *«divergences between courts of the member states as to the validity of such acts»*²⁰.

Nel seguito della vicenda sono stati forniti elementi giustificativi delle decisioni BCE da parte della *Bundesbank* (escludendosi un rapporto diretto tra la BCE, entità sovranazionale, e la Corte costituzionale di uno Stato membro) che hanno evitato ulteriori pronunce costituzionali, ma resta fermo che ogni passo significativo verso un'*ulteriore integrazione economica e fiscale* sarà attentamente *monitorato* dalla Corte costituzionale tedesca in futuro, con una "spada di Damocle" orientata verso le decisioni ritenute *ultra vires* delle istituzioni europee e, in particolare della Corte di Giustizia. Ciò che appare piuttosto evidente – sul piano delle relazioni tra Corti ai diversi livelli – è che:

*«the Constitutional Court considers the relationship between the two courts as a form of 'cooperation', although it is quite unclear what this means exactly. In practice, the Constitutional Court therefore refrains from a review of Community acts but still keeps its review powers as a kind of Damocles-sword in reserve, thereby forcing the European Court of Justice to take the views of the Constitutional Court of Justice into account»*²¹.

5. Il frutto di un "attivismo giudiziale"

Restano naturalmente tutte le differenze possibili tra una relazione (molto) criticamente valutabile tra la Corte di Giustizia e le corti costituzionali nazionali – come nel

²⁰ M. Wolf, *German court decides to take back control with ECB ruling*, in *Financial Times*, 12 May, 2020.

²¹ W. Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 188.

caso della Germania – e l’affermazione di una vera e propria supremazia nazionale asserita dal Tribunale costituzionale polacco. Differenze che risaltano ove si consideri che le pronunce sui controlimiti delle altre corti costituzionali di altri Stati membri non sono mai giunte al punto di ipotizzare la violazione delle costituzioni nazionali da parte di norme contenute nei Trattati (sia pure nell’interpretazione datane dalla Corte di Giustizia), così come nessuna delle vicende di riferimento ha visto iniziare il conflitto legale con la UE per effetto della presentazione di un ricorso – come avvenuto in Polonia – da parte del governo nazionale.

Il tema però resta, e così anche per gli altri Stati membri, laddove le corti costituzionali sono ugualmente sensibili – anche se in termini più sfumati – ai “domini riservati”, con conseguenti rischi di frammentazione dell’ordine istituzionale dell’Unione.

Lo Stato membro che dopo il recesso della Gran Bretagna detiene il record del maggior numero di *opt-out* espliciti è la Danimarca. La disposizione TUE sull’identità nazionale viene qui utilizzata per giustificare una forma di deroga al totem dell’“indivisibilità” delle quattro libertà (ad esempio sui limiti legali all’acquisto, nel paese, di una seconda casa da parte di cittadini degli altri Stati membri):

«In particular, this allows for ‘protection’ from the Treaty provisions on free movement of capital and services, which in principle would otherwise have the effect of ensuring that EU nationals can buy property in other Member States»²².

Questo approccio, in sé legittimato da uno speciale protocollo bilaterale UE-Danimarca, ha permesso alla Corte Suprema danese di dare vigore a una sorta di *attivismo giudiziario* scegliendo esplicitamente di respingere parti del diritto dell’UE, *«thus undermining a cornerstone of the EU acquis by failing to apply the principle of the supremacy of EU law»²³.*

6. Le implicazioni per il vincolo di “solidarietà”

Nei termini *attuali* la complessità del rapporto tra istanze “identitarie” e ordinamento sovranazionale si declina per il caso della Polonia in relazione ai profili di *condizionalità* per l’erogazione delle risorse previste dal programma dei trasferimenti finanziari *Next Generation UE*. Condizionalità che in termini politici e legali vincola, per ogni Stato membro, le risorse derivanti dalla prima grande emissione di debito UE (volta al superamento dello shock economico causato dalla pandemia) al rispetto dei principi fondamentali dell’Unione (sanciti dall’art. 2 TUE).

Il legame di *solidarietà* che presiede tanto all’emissione quanto all’erogazione dei fondi è l’aspetto caratterizzante la straordinarietà del programma che vede, per la prima

²² U. Neergard, ‘A More United Union’ and the Danish Conundrum, in A. Bakardjieva Engelbrekt, X. Groussot (eds.), *The Future of Europe: Political and Legal Integration Beyond Brexit*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2019, p. 265.

²³ U. Neergard, ‘A More United Union’ and the Danish Conundrum, cit., p. 270.

volta in ambito UE, attuato il principio per cui una «*full economic and fiscal union would require a high degree of financial solidarity*»²⁴ fin qui mancata in ragione di un (diffuso) *defensive nationalism*.

Del tutto giustificata pertanto la reazione del Parlamento Europeo sulla pronuncia del Tribunale costituzionale della Polonia che, in continuità con le proprie risoluzioni e con il Rapporto della Commissione sull'applicazione negli Stati membri dei principi fondamentali della UE (COM(2021)0700), ha dichiarato «illegittima» la pronuncia del Tribunale costituzionale, ha ribadito la primazia delle norme dell'Unione, e – soprattutto – ha richiesto alla Commissione l'avvio della procedura sulla *condizionalità* nel processo di approvazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza presentato dalla Polonia per l'erogazione delle risorse finanziate dal piano *Next Generation*²⁵.

Quest'ultimo "confitto" si dispiega – in base a processi ancora in corso e al momento non prevedibili nel loro esito – in termini tendenzialmente sanzionatori basati sul *financial leverage* dell'Unione rispetto allo Stato membro.

7. L'esito radicale: l'opzione del "recesso"

Nei termini invece ormai definiti e *storicizzati*, l'esito *radicale* di un *conflitto indennitario* è quello dato dal *recesso* dall'ordinamento sovranazionale sancito per la UE dall'articolo 50 TUE. Norma che ha trovato la sua attuazione nella complessa gestione, durata oltre quattro anni, dell'uscita della Gran Bretagna dall'UE.

La disposizione sul recesso è stata introdotta dal Trattato di Lisbona: «*In fact, according to Giuliano Amato, the main drafter of Article 50 TEU, this clause was never actually meant to be used*»²⁶.

Il silenzio in materia di recesso dei precedenti trattati aveva creato un vuoto interpretativo sull'opzione di uscita:

«*Doctrinally, exit options remained contentious but the 1975 UK referendum on withdrawal from the Communities proved, pragmatically, the existence of the right to withdraw. No one contested the British government's assumed right to withdraw*»²⁷.

L'opzione del recesso, posta in via referendaria in Gran Bretagna nel 1975, rimase pertanto una questione squisitamente politica, incontrastata in termini di legittimità.

Dopo questo episodio (conclusosi, come è noto, con un risultato largamente favorevole alla permanenza nell'UE), nessun altro Stato membro ha rivendicato l'opzione di

²⁴ A. Hinarejos, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 166.

²⁵ Cfr. European Parliament, *The Rule of Law crisis in Poland and the Primacy of EU law*, 21 October 2021.

²⁶ F. Fabbrini, *Introduction*, in F. Fabbrini, (ed.), *The Law & Politics of Brexit*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 1.

²⁷ C. Closa, *Interpreting Article 50: Exit, Voice and... What about Loyalty?*, in F. Fabbrini (ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 189 ss.

uscita. Ma è stata la Corte costituzionale tedesca, nella citata sentenza sul Trattato di Maastricht, a costruire il *diritto di recesso* come una garanzia essenziale della *sovranità nazionale*.

È quindi significativo che nei lavori preparatori della *Convention of the Future of Europe* (2002-2003) per la (poi abortita) Costituzione per l'Europa, che stabiliva un primo quadro giuridico in tema di recesso, il rappresentante britannico richiedesse l'efficacia immediata della dichiarazione di recesso unilaterale. Il successivo testo di Lisbona ha invece introdotto con l'art. 50 sia il "periodo di negoziazione" – condotto per la Unione Europea dalla Commissione sulla base delle Linee guida fornite dal Consiglio Europeo – sia un "periodo di transizione", creando una sorta di "limbo" in cui lo Stato membro resta ancora vincolato dalla legislazione dell'UE e dal principio di "*sincera cooperazione*" (art. 4 (3) TUE) pur avendo in corso il negoziato per il recesso.

8. Le conseguenze per le "fonti" normative

I temi di rilevanza giuridica non si esauriscono nella legittimità del processo formale che prelude all'uscita dall'ordinamento giuridico UE.

La vicenda della *Brexit* consente ora di richiamare, sia pure sinteticamente, i temi salienti della procedura avviata dalla dichiarazione di recesso, cogliendo l'occasione di una rassegna delle fonti legali del processo ormai compiuto.

Da parte della Gran Bretagna, il processo legislativo interno è iniziato con la presentazione al Parlamento di un disegno di legge, inizialmente noto – sulla base di un furore iconoclasta volto a fare un falò della legislazione UE – come il *Great Repeal Bill*, poi approvato sotto la rubrica (più conforme) di "*The European Union (Withdrawal) Act 2018*", con l'obiettivo generale di acquisire «*the control of our laws*», da un lato, e dare «*as much certainty as possible*», dall'altro, nella fase transitoria e in quella successiva all'uscita definitiva.

La necessità di legiferare derivava dalla circostanza che gli effetti dell'adesione erano stati sanciti per la Gran Bretagna dall'*European Communities Act 1972* (ECA), che aveva reso il diritto comunitario internamente efficace nel sistema legale. Di conseguenza, gli effetti giuridici del recesso richiedevano un atto legislativo di pari efficacia che comprendesse entrambi gli effetti giuridici in concreto richiesti: *abrogazione* della fonte sovranazionale e *continuità* nell'ordinamento statale delle normative da esso derivanti.

L'*European Union (Withdrawal) Act 2018* (poi parzialmente modificato dall'*European Union (Withdrawal) Act 2020*) [EUWA] si basa su tre elementi principali:

In primo luogo, l'abrogazione dell'ECA 1972: «*the European Communities Act 1972 is repealed on exit day*» (Sec. 1), mentre «*it continues to have effect into domestic law*» durante il *periodo transitorio* nel quale «*the UK is to be treated as if it were a member of the EU*» (Sec. 2-3).

In secondo luogo, preservare il diritto dell'UE in vigore il giorno dell'uscita ("*retained EU law*").

Al fine di assicurare la necessaria continuità di regolazione in tutte le aree in cui l'*EU law* costituisce in modo diretto o indiretto la fonte, quest'ultimo viene distinto in due categorie:

la prima è data dalla *EU-derived domestic legislation* (sec. 2 (1B)), ovvero la normativa interna fondata su una fonte comunitaria; la seconda dalla *direct EU legislation* (sec. 3 (1)) e quindi la normativa di fonte comunitaria con efficacia diretta nell'ordinamento interno. Per entrambe l'effetto dell'*EUWA* è che entrambe formano «*part of domestic law on and after exit day*».

«*Legal certainty*» e «*continuity*» sono assicurate – nella terminologia usata dal testo legislativo – salvando («*saving*») la legislazione interna derivata e incorporando (*incorporating*) la legislazione diretta: il corpus comunitario che ne deriva, recepito inizialmente nella sua interezza, viene in tal modo ad essere poi sottoposto alle ordinarie procedure di modifica per via legislativa o delegata.

È curioso, e apparentemente paradossale, che la Gran Bretagna – pur nella sua «*ri-luttante*» (o «*troubled*») appartenenza alla UE – sia stata tra i più coerenti Stati membri nel *recepimento* della legislazione UE. Nel delicato settore degli appalti pubblici, ad esempio, è stata pronta a recepire la legislazione dell'UE attraverso il *Public Contracts Regulations 2015* utilizzando la tecnica del «*copy out*» in luogo del «*gold plating*», cui sono ricorsi – con risultati non sempre funzionali – diversi Stati membri, inclusa l'Italia.

9. La gestione del «*conflitto*»: dalla «*dispute resolution*» alla «*cross-retaliation*»

L'*EUWA* è pertanto la disciplina *unilaterale* degli effetti del *nuovo status identitario*, che legittima nell'ordinamento interno la *quest for identity*.

La relazione *bilaterale* ha invece la sua fonte sulle disposizioni contenute nel *EU-UK Trade and Cooperation Agreement* (TCA) firmato dalla Unione Europea e della Gran Bretagna il 24 dicembre 2020, dopo un intenso periodo di negoziati, e che regola in via definitiva (salvi futuri *deals*) le relazioni commerciali tra le parti.

Il modello generale è quello di una relazione basata su un Accordo commerciale proprio dell'*ordine giuridico internazionale privato*, costituito da *international trading rules* aventi riguardo quasi esclusivamente alla circolazione delle merci. È del tutto assente una disciplina condivisa sui servizi, tra cui quelli legali e finanziari. In particolare, per questi ultimi, nel periodo successivo alla firma del TCA non si è andati oltre un memorandum di collaborazione (marzo 2021) su obiettivi fortemente condivisibili (*financial stability, market integrity, protection of investors and consumers*), né al momento (e tendenzialmente a lungo) è prevista la determinazione di *equivalenza* che attesti che le rispettive normative finanziarie sono allineate e consenta la *reciprocità* nel riconoscimento delle autorizzazioni e delle conseguenti operatività nella prestazione di servizi finanziari (così per le operazioni di *capital market*, di *investment banking*, di *brokerage advisory*, ecc.).

In tema di *gestione del conflitto* – in cui riemergono i temi identitari – il TCA prevede dei «*dispute resolution proceeding*», istituendo – come afferma lo *UK Government TCA Summary* – «*mechanisms that are appropriate for a relationship between sovereign equals (...) fully reciprocal and equally available to both Parties*» (p. 30).

I procedimenti si basano su linee consolidate di «*escalating dispute*»: la *consultazione* (Parte 6, Titolo I, art. 13) e, a seguire, in caso di disaccordo, l'*arbitrato indipendente* (art. 14). Le procedure di risoluzione si applicano a tutte le aree del *Trade and*

Cooperation Agreement, e in specie con riguardo al *level playing field* in tema di concorrenza e aiuti di Stato, gli ambiti cioè in cui può maggiormente dispiegarsi la ipotizzata (e temuta) concorrenza tra ordinamenti.

Un profilo, la *concorrenza tra ordinamenti*, tutt'altro che esclusa invece – in assenza di regole condivise – nell'area dei servizi finanziari dove la normativa in corso di predisposizione da parte di Londra verte su un alleggerimento regolatorio (*light regulation*) della normativa UE: così per le revisioni della *MIFID II* in tema di intermediazione finanziaria e della *Solvency II* in ambito assicurativo. Testi – va detto per inciso – che nel corso dell'appartenenza UE sono stati largamente plasmati con il ricorso a terminologie, concetti e modelli interpretativi originati nell'esperienza della regolazione anglosassone e rispetto ai quali il “*rulebook*” tenderà invece nel tempo a divergere significativamente dalle norme UE.

Tornando alla “*dispute resolution*”, se il collegio arbitrale rileva una violazione e la stessa non venga rettificata dalla parte che l'ha compiuta si dà adito ad una “*suitable compensation*”.

Le *procedure sanzionatorie* prefigurano un robusto sistema di *implementazione* essendo anche prevista, per la parte denunciante, la possibilità della *sospensione* degli obblighi derivanti dall'Accordo attraverso *misure di salvaguardia* (inclusa la reintroduzione di tariffe e quote) laddove insorgano difficoltà applicative del TCA in ragione di serie problematiche economiche, sociali o ambientali.

La sospensione dovrebbe durare il tempo strettamente necessario a porre rimedio alle difficoltà di implementazione.

Si tratta di ipotesi tutt'altro che teoriche e già più volte ventilate, nei mesi trascorsi dalla firma del TCA, da entrambe le parti contraenti: sia in relazione ai diritti di pesca (controversia che vede esposta soprattutto la Francia per le acque territoriali del Canale della Manica) che al protocollo speciale per il Nord Irlanda che contempla un regime speciale per quest'ultima (di fatto mantenendola nel mercato comune e nell'unione doganale), istituendo un confine marittimo invece che territoriale di controllo delle “norme di origine” delle merci in arrivo per evitare di porre un confine fisico tra le due Irlanda (e salvaguardare la pace raggiunta con gli accordi del *Good Friday* 1998). Protocollo la cui attuazione si è però rivelata estremamente farraginosa.

Una conseguente attuazione della “*cross-retaliation*” è esplicitamente dichiarata anche dall'UE nei commenti ufficiali all'Accordo:

«each Party will under certain conditions be able to cross-retaliate whenever another Party does not comply with the ruling of the arbitration tribunal. For instance, a persisting breach by one Party that concerns a specific economic sector will allow the other Party to retaliate with measures in other economic sectors. Each Parts may also unilaterally take appropriate safeguard measures in cases of serious economic, societal or environmental difficulties of a sectorial or regional nature» [COM(2020)856 final, 25 dicembre 2020].

10. Il senso della sfiducia: "mercati separati" e "distinti sistemi legali"

Le formulazioni utilizzate per la governance dell'Accordo commerciale sono tipiche della natura giuridica contrattuale del TCA. Il *Preamble* è esplicito al riguardo: «*it is essential to establish provisions ensuring overall governance, in particular dispute settlement and enforcement rules that fully respect the autonomy of the respective legal orders*».

Mentre i *Principles of Interpretation* stabiliscono che il testo deve essere interpretato «*in accordance with the customary rules of interpretation of public international law*» (Parte 1, Titolo I, art. 13), termini come "ritorsione", "salvaguardia" e "misure unilaterali" rivelano tutti una sfiducia reciproca tra le Parti che dà luogo a specifiche clausole contrattuali per proteggere i rispettivi *interessi economici* (cui si ritorna, sotto il profilo sopra considerato, delle matrici identitarie).

Le questioni in gioco sono varie e complesse, per le implicazioni (in termini di *legacy*, di *regulation* e di *policy*²⁸) di tali relazioni.

La più diretta di tali implicazioni è quella – nel caso del recesso – del generarsi di «*separate markets*» e «*distinct legal orders*»: questa appunto la formulazione con cui la «*Political Declaration setting out the framework for the future relationship between the EU and the UK*», firmata dalle Parti il 17 ottobre 2019, già definiva le prospettive economiche e giuridiche della futura relazione.

11. Il futuro comune: "a dialogue within an almost uniform legal context" (D'Alberti)

"Identità" segna appunto la distintività di differenti sistemi legali: "mercati separati" significa che la ricerca di identità conferisce al tema la sua prevalente e innata natura di *questione economica*.

Il TCA come Accordo commerciale (ratificato dal Parlamento di Westminster attraverso il «*Future Partnership Act 2020*» appena pochi giorni dopo la sua firma e dal Parlamento Europeo – non casualmente – solo alcuni mesi dopo), da un lato, e l'asserita indipendenza dell'ordine costituzionale interno sancito dal Tribunale costituzionale della Polonia, dall'altro, rappresentano l'inizio di un *nuovo ciclo di relazioni identitarie* giunto a conclusione o maturato negli ultimi anni.

È certo che le questioni di identità nazionale sono profondamente radicate nella *biography of a nation*: e questo vale sia per una alternativa geopolitica all'UE ricercata dalla Gran Bretagna nel «*blue sea power*» e nostalgicamente ispirata ai versi shakespeariani «*the precious stone in the silver sea*» (*Richard II, Act II, Scene I*) come per una Polonia che ha sofferto per decenni (e nei secoli precedenti) trasferimenti imposti di sovranità.

Altrettanto indiscutibile è il nesso tra *identità* e *territorio*:

²⁸ E. Cardì, *European Economic Legal Order after Brexit: Legacy, Regulation, and Policy*, Oxford-New York, Routledge, 2021.

«National law adheres to the territorial principle of authority and claims universal jurisdiction in its territory. By contrast, transnational law's claim of authority is substantially or functionally defined and limited»²⁹.

Il nesso tra identità e territorio, proprio dello *Staatenverbund* ovvero di una unione che condivide un principio costituzionale di autorità e di unità della giurisdizione in un dato territorio, appare in tutta la sua criticità di fronte al *Verfassungsbund*, ovvero quando è in gioco la complessità del rapporto tra *ordini costituzionali nazionali* e *diritto sovranazionale*.

Il superamento della *sfiducia* insita nella *distinzione identitaria* può essere dato dal fondare le relazioni tra ordinamenti nelle comuni radici culturali, anche laddove il conflitto tende ad assumere forme radicali.

All'interno di questo approccio, possono essere costruite prospettive comuni con il supporto di una cultura istituzionale "europea" che consenta di guardare «into the future of a common past»³⁰ secondo la felice espressione di un nostro storico.

Harold Laski in un classico studio sul governo parlamentare in Inghilterra, osservava che

«every period of rapid social change confronts the danger that its legal habits may not keep pace with the political decisions it has to interpret»³¹.

Si tratta di una riflessione sempre valida ai nostri giorni, soprattutto in un momento in cui il «rapid social change», insito nella contemporaneità, richiede che i «legal habits» siano in grado di attivare – come ha ricordato, nell'ambito di una molto più ampia analisi comparatistica lo studioso cui è dedicato questo *Liber Amicorum* – un «dialogue developed within an almost uniform legal context»³². Un dialogo che sia in grado di fronteggiare vicende come quelle attuali in cui la *quest for identity* assume posture in grado di minare pericolosamente le fondamenta dell'ordinamento europeo³³.

²⁹ K. Tuori, *EU and Member State Constitutionalism: Complementing and Conflicting*, in A. Bakardjieva Engelbrekt et al., *The Future of Europe: Political and Legal Integration Beyond Brexit*, Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 279.

³⁰ L'espressione è di G. Galasso, in G. Amato, E. Moavero-Milanesi, G. Pasquino, L. Reichlin (eds.), *The History of the European Union: Constructing Utopia*, London, Hart Publishing, 2019, p. 7.

³¹ H.J. Laski, *Parliamentary Government in England*, London, Allen & Unwin, 1938, p. 383.

³² M. D'Alberti, *Units and Methods of Comparison in Administrative Law*, in P. Cane, H. Hofmann, E. Ip, P. Lindseth (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 119.

³³ E in cui la *identity issue* rischia di porsi come *precedent* di un corrispondente pericolo dato dal riproporsi al termine del periodo attuale di sospensione delle «fiscal rules» UE (in materia di Patto di Stabilità e di Aiuti di Stato), delle precedenti politiche di «austerity», come segnalato da ultimo dal Premio Nobel J. Stiglitz, *Europe should not return to pre-pandemic fiscal rules*, *Financial Times*, 22 September 2021.

Identità cittadina e carte del riconoscimento

Gabriella De Giorgi Cezzi

Fra i tanti profili critici che la città e la sua complessa organizzazione strutturale e funzionale pone¹ emerge quello legato al problema dell'immigrazione che, nelle sue moltissime sfaccettature, tocca ormai anche il tema, intrinsecamente vischioso e apparentemente estraneo al diritto, dell'identità di una città e di un territorio che con quel problema si confronti².

L'acuirsi del fenomeno dell'immigrazione clandestina e la progressiva centralizzazione delle relative politiche hanno però determinato non solo una progressiva esautorazione di competenze dei Comuni in materia, ma anche l'utilizzazione del territorio comunale come luogo di atterraggio di strutture direttamente gestite dal Ministero dell'Interno, ormai estranee a ogni finalità di integrazione o di collegamento con le popolazioni residenti. È accaduto infatti che dei due differenti interessi che in astratto il sistema dell'accoglienza è diretto a soddisfare – quello all'accoglienza immediata, per assicurare le prime cure e l'identificazione dei migranti, e della loro successiva integrazione – il primo ha finito per assumere progressiva centralità, e la sua cura è stata riconosciuta come propria dello Stato in considerazione del carattere straordinario dell'intervento³, mentre i comuni e i rispettivi territori sono stati utilizzati solo come 'luoghi' in cui ubicare le relative strutture.

È però accaduto che queste ultime hanno subito nel tempo un inesorabile mutamento funzionale, pur all'interno della mutevole cifra della 'straordinarietà'. In questa direzione sono l'art. 14, co. 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto con l. 2 agosto 2011, n. 129, con la trasformazione dei presupposti del trattenimento da tassativi in meramente esemplificativi delle generali "situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento", e l'art. 13, co. 4 *bis* con l'aggiunta, inoltre, delle ipotesi "a grappolo" di pericolo di fuga.

Centri che all'origine erano diretti a ospitare per periodi brevi di permanenza gli immigrati giunti irregolarmente in Italia in attesa di identificazione e di espulsione, si

¹ Sulle politiche di sicurezza urbana v. M. D'Alberti, P. Urbani, *La "sicurezza urbana": il ruolo della gestione territoriale delle città*, in A. Pajno (a cura di), *La sicurezza urbana*, Rimini, Maggioli, 2010, p. 59 ss.

² Il presente scritto riprende quello a commento di App. Bari, 30 novembre 2020, n. 2965, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 5, p. 658 ss.

³ Come del resto dimostra già nel nome l'ultima sigla (CAS-Centri di accoglienza straordinaria) delle strutture a ciò preposte.

sono perciò inesorabilmente trasformate in una sorta di ‘parcheggio’ non solo di persone prive di identità certa, ma anche che, semplicemente, non si sapeva dove collocare (ad esempio anche dopo l’espiazione di un reato), trasformandosi così in strutture latamente detentive, sia pure di una sorta di atipica ‘detenzione amministrativa’ di persone prive però anche solo delle garanzie del carcere e prive nei fatti di quella garanzia dell’assistenza e della dignità genericamente proclamata dall’art. 14, co. 2, d.lgs. n. 286/1998.

Proprio la cattiva gestione di un centro di identificazione ed espulsione dei migranti (CIE) così grave da ledere i diritti minimi degli immigrati è stata così all’origine dell’emersione di un contrasto nuovo e diverso da quello che ha come terminale la salvaguardia dei diritti individuali degli immigrati, riguardante la violazione della sensibilità della collettività di riferimento e della città come suo ente esponenziale, che ora afferma un diritto inedito, per come declinato: quello della diretta incidenza di quella cattiva gestione sul diritto alla identità di una città come terra di solidarietà e di accoglienza, esito di una storia secolare di intrecci di culture religiose e laiche e di interscambio con l’Est Europa e con l’Oriente ⁴.

Si tratta dunque di una prospettiva che ha tratti di assoluta novità, per almeno tre profili.

Il primo è da ricondurre all’iniziativa di attori popolari formulata anche forzando i limiti della definizione normativa dell’art. 9, co. 1, TUEL, in ausilio e non in sostituzione dell’ente esponenziale che da quella gestione si sia sentito leso ⁵. Sullo sfondo di questa lettura delle ragioni giustificative dell’azione popolare – l’essere l’attore popolare parte attiva di una collettività e non spettatore passivo dei suoi destini – rappresenta un’inedita forma di dialettica centro-periferie causata dalla progressiva verticalizzazione e accentramento delle politiche immigratorie e finisce per essere strumento per l’attrazione nella sfera del giuridicamente rilevante, e perciò giustiziabile, del dialogo fra migranti, Ministero dell’Interno e territori, a salvaguardia dei tratti identitari della collettività di appartenenza. Sullo sfondo di questa dialettica è dunque possibile intravedere, come per tutti gli istituti di democrazia diretta, un’idea di “democrazia pura” opposta alla “democrazia atomistica” su cui si ritiene consolidata a metà ’800 la configurazione decisamente pubblicistica dell’autonomia comunale: un’autonomia «costruita a partire dal basso, dai livelli territoriali della partecipazione popolare» ⁶ non intacca-

⁴ È l’approccio seguito da Corte appello Bari, 30 novembre 2020, n. 2965, decisione che trae origine dall’azione proposta da alcuni cittadini di Bari in relazione alla gestione di un CIE dei migranti, istituito con decr. intermin. 21 luglio 1998 ai sensi dell’art. 12, l. 23 agosto 1998, n. 40.

⁵ La lettura della norma da parte della giurisprudenza appare più interessata a stabilire i limiti dell’azione popolare, definendola come azione di natura sostitutiva o suppletiva e non correttiva, come tale esercitabile solo nel caso di inerzia del Comune (tra le altre, v. Cons. St., sez. IV, 9 luglio 2011, n. 4130, in *Foro amministrativo* - Cds, 2011, p. 2383; Cons. St., sez. V, 29 aprile 2010, n. 2457, in *Foro amministrativo* - Cds, 2010, p. 849; Tar Puglia, Bari, sez. I, 5 ottobre 2017, n. 1009, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 7 aprile 2016, n. 1766, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 29 aprile 2009, n. 3596, in *Foro amministrativo*, Tar, 2009, p. 1346; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 6 luglio 2007, n. 1618, in *Foro amministrativo*, Tar, 2007, p. 2344), che a indagarne la *ratio* di fondo che nel caso di specie emerge proprio dalla considerazione che la città di Bari, essendo parte del giudizio, era restata tutt’altro che inerte.

⁶ P. Ridola, *La costituzione della Repubblica Romana del 1849 nella “rivoluzione europea”*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 201. L’A., nel parlare dell’eredità dell’esperienza/esperimento della Repubblica ro-

ta, trattandosi di altro problema, dall'effettiva realizzazione, a partire dall'Unità d'Italia, dell'istanza storica dell'autonomia comunale⁷.

Il secondo è legato alla configurazione di un danno che assorbe e supera quello all'immagine dell'ente esponenziale, e che per questo, a sua differenza, non richiede né il necessario medium del clamore che nell'opinione pubblica abbiano avuto determinate azioni o eventi, né il legame con l'esercizio di competenze proprie dell'ente su cui quelle azioni o eventi abbiano inciso negativamente.

Il terzo, infine, che indaga il ruolo che gli statuti comunali e i loro preamboli 'valoriali' hanno proprio ai fini della distinzione fra danno all'immagine e danno alla dignità di un territorio.

Nello stabilire infatti se esista o meno un "danno alla città" come luogo di accoglienza, e se si tratti di un danno proprio di quella città e non di altre, se non proprio dell'intera collettività nazionale, in forza dell'art. 2 Cost., occorre dunque affrontare il tema dei preamboli "valoriali" agli statuti⁸ per analizzarne la rilevanza giuridica e non solo retorica o di richiamo a trascorsi storici più o meno illustri e risalenti, per individuare quei richiami specifici che, se pur privi di immediato valore precettivo, possono costituire un criterio sia di interpretazione di atti e condotte che di individuazione dell'identità di un ente non confondibile con quello all'immagine.

Sullo sfondo è la consapevolezza dell'evanescenza se non pericolosità del concetto di identità, riempito di troppi (e spesso rischiosi) significati o di nessuno, come nel caso della c.d. logica identitaria o della c.d. logica diversitaria, sintesi retorica di una generica e vuota "apertura all'apertura".

Da qui la necessità di circoscrivere il concetto di identità a quelle ipotesi in cui al-

mana (1849), la descrive come una «rivoluzione costituzionale» che ha lasciato alle generazioni future «un retaggio importante», attraverso il recupero di quella tradizione della «libertà romana», che risale al pensiero dell'Umanesimo e del Rinascimento, anticipando storicamente le conquiste dell'età del liberalismo. Ad essa si riannoda, anzitutto, l'idea del popolo che "si costituisce" in una repubblica democratica, fondata sull'indipendenza dei municipi, per raggiungere il fine della più equa distribuzione possibile degli interessi locali, intesa come «norma del riparto territoriale della repubblica» (art. VI dei principi fondamentali).

⁷ Su cui si rinvia a M.S. Giannini, *I Comuni*, in Id. (a cura di), *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, p. 11 ss., ora in *Scritti*, V, 1963-1969, Milano, 2004, p. 630 ss.

⁸ Sul valore dei 'preamboli' nei documenti costituzionali, e sul significato giuridico delle dichiarazioni di principio politico, si rinvia a J.O. Frosini, *Constitutional Preambles: At a Crossroads between Politics and Law*, Rimini, Maggioli, 2012; W. Voermans, M. Stremler, P. Cliteur, *Constitutional Preambles. A Comparative Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017; F. Longo, *I preamboli costituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2018. Un posto più specifico, nella letteratura pubblicistica, hanno i preamboli dei trattati europei nella giurisprudenza sui diritti sociali, su cui si veda A.O. Cozzi, *Diritti e principi sociali nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017 e P. Bilancia (a cura di), *Diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *federalismi.it*, numero speciale 2018, 4, p. 1 ss. La sentenza richiama il preambolo della Costituzione americana per evidenziare che sarebbe difficile negarne l'effettività nella vita e retorica pubblica di quel paese, qualunque cosa voglia poi intendersi per giustizia, tranquillità domestica, difesa comune, benessere generale o libertà. Ma si riporta anche al dibattito che precedette l'emananda Costituzione europea sulle radici giudaico-cristiane dell'Europa, incomprensibile se quel richiamo avesse avuto solo un significato culturale e retorico e non anche giuridico.

cuni eventi, traumatici⁹ o meno¹⁰, e anche a prescindere dalle loro possibili ricadute economiche, incidano su quel senso di appartenenza a una collettività che si riassume nella sua identità storica, culturale, politica, economica costituzionalmente protetta, intesa «come senso di essere qualcosa di specifico, quel qualcosa che consente di cambiare rimanendo se stessi»¹¹.

È così che la questione del valore giuridico degli statuti comunali finisce per innestarsi nel più vasto e noto dibattito sul valore dei ‘preamboli’ nei documenti costituzionali che, com’è stato detto, costituiscono un campo particolarmente fertile perché “costruiscono un’importante narrazione del paese. Ciò nobilita il preambolo quale cuore centrale del costituzionalismo sul piano sia formale sia di contenuto. I preamboli, dal punto di vista delle scienze culturali, assomigliano ai prologhi nella poesia o ai preludi nella musica, tanto che non di rado meritano il predicato di ‘evento testuale’. Con un linguaggio vicino ai cittadini ma solenne delineano la storia del paese, affrontano il presente e progettano con parole di grande spessore il futuro costituzionale. Messi tutti assieme tali preamboli formano pressappoco un’antologia [...] delle costituzioni. Vengono delineati i valori fondamentali del rispettivo costituzionale sui quali il cittadino dovrà letteralmente sintonizzarsi»¹².

Si tratta allora di comprendere se sia possibile o meno trasfondere il valore dei preamboli a quelli degli statuti comunali che pure evocano, più modestamente ma non meno intensamente, quel diritto all’identità propria di una specifica collettività, giuridicamente rilevante nella sua ‘narrazione’ di collettività predisposta all’accoglienza per specificità storica e collocazione geografica.

Con l’avvertenza però di scansare e prevenire a un tempo ogni ambiguità legata al ricorso alla nozione di identità¹³, tanto più forte quando si discorra – per il tramite dei preamboli valoriali degli statuti – dell’identità di una città. Il rischio è infatti quello del-

⁹ Come nel caso esaminato da Cass. civ., sez. III, 15 aprile 1998, n. 3807, in *Giustizia civile*, 1999, 1, p. 223, con nota di I. Cacciavillani, “*Diritti sociali*” e risarcimento della relativa lesione: il danno di città, in cui è stato ritenuto non esser dubbio che «un disastro costituente fatto reato di enorme gravità, per il numero delle vittime e per le devastazioni ambientali dei centri storici determini, come fatto-evento, la lesione del diritto costituzionale dell’ente territoriale esponenziale (il Comune) alla sua identità storica, culturale, politica, economica costituzionalmente protetta». In quel caso, all’evidenza, dal disastro da altri cagionato non poteva derivare all’ente alcuna lesione d’immagine, eppure derivò una lesione all’identità.

¹⁰ Come in quello esaminato da Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2012, n. 4542, in *Giustizia Civile, Massime*, 2012, 3, p. 377, secondo cui è configurabile «il danno all’immagine o al prestigio del Comune e della sua amministrazione quale danno non patrimoniale conseguente ad inadempimento contrattuale», questo sulla base della convinzione che «anche le persone giuridiche, tra cui vanno compresi gli enti territoriali esponenziali, quale un Comune, possono essere lesi in quei diritti immateriali della personalità, che sono compatibili con l’assenza di fisicità, quali i diritti all’immagine, alla reputazione, all’identità storica, culturale, e politica costituzionalmente protetti».

¹¹ Corte App. Bari n. 2965/2020, cit., *passim*.

¹² Così P. Häberle, *Il costituzionalismo come progetto di scienza*, in *Nomos*, 2018, 2, p. 12, con specifico riferimento ai documenti costituzionali africani.

¹³ Sul punto, con riferimento all’identità Rom, si rinvia a M.C. Locchi, *Alcune considerazioni su limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle differenze culturali a partire dalla giurisprudenza sui rom della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in www.diritti-cedu.unipg.it, 2012, p. 1 ss.

la «reificazione dell'identità»¹⁴ scanzonabile dal giurista solo attraverso la puntuale ricostruzione – e perciò comprensione – dei fatti che ne giustificano la violazione. Interessante appare a questo fine rievocare il metodo e i risultati cui è giunta l'interpretazione del principio di eguaglianza, quando il principio è stato osservato non dal punto di vista delle politiche per l'eguaglianza, ma dallo spazio più interno e nascosto del giudizio sui trattamenti differenziati. L'uso di quest'angolo di osservazione ha infatti consentito in quel caso di spostare «l'attenzione al rapporto tra narrazione, riconoscimento, solidarietà ed eguaglianza» illuminando, dall'interno appunto, quel nesso che è possibile scorgere tra «una più ampia comprensione dell'umano, sensibile (...) all'intreccio tra dignità, autodeterminazione responsabile e solidale nelle formazioni sociali, ed eguaglianza» e una interpretazione nuova del principio di eguaglianza. Una volta, infatti, che questo principio è stato legato al principio-dignità ha cessato di essere polarizzato dal problema della «neutralizzazione delle differenze (o universalizzazione della condizione umana)» per diventare invece «veicolo per una loro valorizzare dinamica, a partire dalle relazioni e dalla comparazione concreta tra situazioni». Si tratta dunque di un nuovo approccio al principio di eguaglianza che ha consentito la costruzione di «condizioni materiali eguaglianza» da cui può ricavarsi un metodo applicabile anche al caso della rivendicazione di una 'identità' di una collettività: quello della ricerca in concreto di «condizioni materiali di identità» che, grazie al valore giuridico dello statuto inteso come sua 'carta del riconoscimento' della collettività stessa, possa consentire l'attrazione nel giuridicamente rilevante, e perciò giustiziabile, del dialogo fra migranti, Ministero dell'Interno e territori a salvaguardia dei tratti identitari della collettività di appartenenza¹⁵.

¹⁴ A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 2018, p. 210 ss.

¹⁵ *Ibidem*.

Interesse del genitore e interesse del figlio nella modifica del cognome *

Enrico del Prato

Sommario: 1. La questione: trasmissione ai figli della modifica del cognome del genitore da cui deriva il loro cognome. – 2. I termini del problema: nome e identità personale. – 3. L'intervento del giudice nel dissenso dei genitori. – 4. Senza intervento del giudice: interesse all'identità del genitore e del figlio minore bilanciati dal superamento della trasmissione automatica della modifica del cognome.

1. La questione: trasmissione ai figli della modifica del cognome del genitore da cui deriva il loro cognome

La trasmissione del cognome paterno¹ al figlio è automatica: è effetto della filiazione come vicenda giuridica. Essa non è esplicitamente sancita da alcuna disposizione di livello primario, ma viene desunta dagli artt. 237 (nel testo precedente alla riforma intervenuta col d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), 262, 299, co. 3, c.c. e dall'art. 34, co. 1, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, là dove fa divieto di imporre al nato lo stesso prenome del padre, non anche della madre, dando quindi per scontata l'attribuzione al nato del cognome paterno².

* Al momento di licenziare le bozze è intervenuta la sentenza C. cost., 27 aprile 2022 (ined.), che ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, di tutte le norme che prevedono l'automatica attribuzione del cognome del padre, con riferimento ai figli nati nel matrimonio, fuori dal matrimonio e ai figli adottivi.

¹ Per brevità mi riferirò al cognome paterno per alludere a quello del genitore da cui deriva il cognome del figlio.

² Come peraltro confermato da C. cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 815 ss., con nota di R. Favale, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore* (e v. già Cass. 17 luglio 2004 n. 13298, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 457 ss., con nota di V. Carbone, *Quale futuro per il cognome?* e Cass. 22 settembre 2008 n. 23934, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 1391 ss., con nota di C.A. Puppo). La menzionata sentenza della Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità di tale norma «nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno». Per altri commenti alla decisione della Consulta: C. Fioravanti, *La Consulta (finalmente!) dichiara incostituzionale l'automatismo nell'assegnazione del cognome paterno*, in *Studium iuris*, 2017, p. 678 ss.; E. Al Mureden, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 218 ss.; V. Carbone, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*, in *Corriere giuridico*, 2017, p. 167 ss.

Questa regola opera anche per il caso in cui il cognome del padre subisca una modifica, ad iniziativa dello stesso padre che ne faccia richiesta al Prefetto – e all’esito del decreto di concessione (artt. 89-92 e art. 49, lett. p), d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396) – o per effetto di adozione (art. 299 c.c.).

Anche in tali ipotesi la trasmissione del cognome paterno è un effetto legale della filiazione. Al figlio maggiorenne «che subisce il cambiamento o la modifica del proprio cognome a seguito della variazione di quello del genitore da cui il cognome deriva» è data «facoltà di scegliere, entro un anno dal giorno in cui ne» viene «a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente» (art. 33, co. 2, d.P.R. n. 396/2000)³. L’impiego normativo del termine “subisce” vuol esprimere, appunto, l’automatismo del riflesso, che discende dalla legge, non da una determinazione attributiva del padre; il rapporto di filiazione – intendendosi con ciò il vincolo giuridico dato dallo *status*, derivante dalla nascita nel matrimonio, da un atto volontario o da una sentenza – è il fondamento della trasmissione della modifica del cognome.

Se il figlio è minore di età, è necessario il consenso della madre⁴. Ciò non solo per effetto della responsabilità genitoriale (art. 316 c.c.), di cui la rappresentanza legale (art. 320 c.c.) è uno dei riflessi, ma anche perché la modifica del cognome, sia pure derivata da quella del cognome del genitore, rientra tra le «decisioni di maggiore interesse per i figli», per le quali l’art. 337 *quater*, co. 3, c.c. prevede il concorso anche del genitore non affidatario, salvo il caso di decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.)⁵.

Peraltro, l’automatismo della modifica «del proprio cognome a seguito della varia-

Che la previsione dell’accordo sul doppio cognome non sia, tuttavia, ancora idonea a porre rimedio allo squilibrio e alla disparità tra genitori, atteso che, in suo difetto, si riespanderebbe il patronimico esclusivo, è valutazione che ha indotto la Corte costituzionale, nel perdurante silenzio del legislatore, pur invitato ad intervenire, a sollevare innanzi a sé ulteriore questione di legittimità dell’art. 262, 1° comma, c.c. nella parte in cui preclude ai genitori «di trasmettere al figlio, di comune accordo, alla nascita, il solo cognome materno» (ord., 11 febbraio 2021, n. 18, in *Famiglia e diritto*, 2021, p. 461 ss., con nota di M.N. Bugetti, F.G. Pizzetti, *(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli*).

È da notare, infine, che la Corte costituzionale ha ritenuto compreso nella norma colpita da incostituzionalità e quindi toccato di riflesso dalla stessa anche l’art. 33, d.P.R. n. 396/2000, di cui diremo più innanzi, che invero riguarda l’automatica trasmissione al figlio della modifica del cognome. Sulla controversa distinzione fra disposizione e norma v., da ultimo, F. Modugno, A. Longo, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia. Con un contributo di Giuliano Amato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

³ Il riflesso di questa regola è nell’art. 49, lett. p), d.P.R. n. 396/2000, secondo cui: «Negli atti di nascita si annotano (...) i provvedimenti che determinano (...) il cambiamento o la modifica del cognome relativi alla persona da cui l’intestatario dell’atto ha derivato il cognome, salvi i casi in cui il predetto intestatario, se maggiorenne, si sia avvalso della facoltà di poter mantenere il cognome precedentemente posseduto».

⁴ Cfr. Tar Lazio, sez. I *ter*, 26 novembre 2018 n. 11410, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 7 marzo 2019 n. 105, in www.giustizia-amministrativa.it. Tali decisioni, invero, riguardano la domanda diretta alla modifica del cognome del figlio minore con l’aggiunta del cognome materno, non già il riflesso della modifica del cognome paterno.

⁵ La circolare del Ministero dell’Interno n. 15/2008 contempla la presentazione dell’istanza di cambiamento del cognome del solo minorenne, e ne prevede la presentazione da parte di uno o di entrambi i genitori purché, nel primo caso, corredata dal consenso dell’altro, a meno che uno dei genitori sia stato privato della responsabilità genitoriale o sussistano «peculiari circostanze familiari, adeguatamente comprovate, tali da arrecare pregiudizio o danno al minore».

zione di quello del genitore da cui il cognome deriva» (art. 33, co. 2, d.P.R. n. 396/2000) opera a prescindere dalla responsabilità genitoriale: discende dalla legge anche se a modificare il cognome da cui deriva quello del figlio sia il genitore non affidatario o decaduto dalla responsabilità genitoriale, ferma restando la necessità del consenso dell'altro genitore nel caso di figli minori.

Ecco la questione: la madre non consente che la modifica del cognome paterno si rifletta su quello del figlio minore. Cosa ne segue? Può impedire la modifica del cognome paterno o impedire che essa provochi la modifica del cognome del figlio?

S'intende che la questione non si pone quando, per il cambiamento del cognome del genitore, è richiesto il consenso del coniuge, cioè nel caso di adozione di maggiorenne (art. 297, co. 1, c.c.). Non lo richiede, invece, la procedura prevista dagli artt. 89 ss. d.P.R. n. 396/2000, sicché il coniuge, così come l'altro genitore, rientra solo tra i generici e innominati soggetti che, avendone "interesse", possono fare opposizione alla domanda di cambiamento del cognome (art. 91 d.P.R. n. 396/2000).

Per una compiuta valutazione è utile una sintetica ricognizione.

2. I termini del problema: nome e identità personale

La portata privatistica del nome assolve ad una funzione identitaria; identificativa ne è la funzione in ambito pubblicistico. Il ruolo pubblicistico sottrae il nome alla disponibilità dell'interessato: ad ogni modifica, nelle due componenti del prenome e del cognome, il titolare può dare impulso, ma essa scaturisce da un provvedimento giudiziale o da un provvedimento del Prefetto (art. 89 ss. d.P.R. n. 396/2000). Lo stesso art. 6 c.c. enuncia il diritto al nome "per legge attribuito".

La tutela del nome ne accentua la funzione identitaria là dove è attribuita a «chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere protette» (art. 8 c.c.) ed è estesa allo pseudonimo «che abbia acquistato l'importanza del nome» (art. 9 c.c.).

Lo stesso scopo si prefigge l'autorizzazione giudiziale alla donna divorziata, introdotta con la novella del divorzio del 1987, di «conservare il cognome del marito aggiunto al proprio quando sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela» (art. 5, co. 3, l. 1° dicembre 1970, n. 898), mentre la revoca di tale decisione, possibile «per motivi di particolare gravità» (art. 5, co. 4, l. cit.), ne presidia la sopravvenuta caducità⁶. Dun-

⁶ Affronta il tema, nel ricco dibattito attuale sui nomi nella famiglia, B. Agostinelli, *La conservazione del cognome maritale dopo il divorzio nella prospettiva di un ripensamento del nome di famiglia*, in V. Cuf-faro (a cura di), *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 421 ss., dove ulteriori riferimenti ed approfondimenti sugli interessi idonei a giustificare l'eccezione alla perdita automatica del cognome maritale. Ricorda l'a. che la questione si era posta precedentemente all'introduzione del co. 3 dell'art. 5 l. div., ed era stata risolta facendo leva sull'acquisita rilevanza professionale o artistica del cognome, "prescindendo quasi dall'origine coniugale dello stesso (...) valutata secondo altro ordine di considerazioni fondate sulla tutela dello pseudonimo ovvero della ditta" (art. 2563 c.c.) od ancora del "nome d'arte" (art. 8, co. 2, l. 22 aprile 1941 n. 633). In tema di attribuzione del cognome alla prole, tra patronimico e matronimico, v. ancora, tra i molti contributi, B. Agostinelli, *Confini europei del diritto di famiglia: il matronimico nel dialogo tra le corti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 369 ss.

que: la salvaguardia della funzione identitaria può, eccezionalmente⁷, prevalere sulla funzione identificativa⁸.

Il nome, quindi, è protetto come componente dell'identità sociale della persona. Ripetuti interventi della Corte costituzionale lo confermano, ravvisandovi il primo tratto distintivo dell'identità personale⁹.

Questa premessa aiuta a comprendere che il nostro quesito richiede il bilanciamento dell'interesse del padre alla modifica del cognome – che, nel procedimento delineato negli artt. 89 ss. d.P.R. n. 396/2000, è valutato in sede amministrativa – con quello del figlio a conservare l'identità rappresentata dal vecchio cognome¹⁰. Un interesse, quest'ultimo, che, per il maggiorenne, è regolato dal menzionato art. 33, co. 2, d.P.R. n. 396/2000¹¹, mentre, nel caso del minore, non può ritenersi rispecchiato esclusivamente dal diniego materno, giacché il disaccordo dei genitori rivela solo che essi hanno un diverso apprezzamento, ma non quale di essi *a priori* soddisfi maggiormente tale interesse.

3. L'intervento del giudice nel dissenso dei genitori

Per il disaccordo dei genitori «su questioni di particolare importanza» – e tale è senz'altro la modifica del cognome – è previsto l'intervento giudiziario «senza formalità» (art. 316, co. 2, c.c.). Tuttavia, il giudice si deve limitare a suggerire «le determina-

⁷ Cfr. Cass., ord., 26 ottobre 2015 n. 21706, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 121 ss., con nota di E. Al Mureden, *Il persistente utilizzo del cognome maritale tra tutela dell'identità personale della ex moglie e diritto dell'ex marito a formare una seconda famiglia*; Cass., ord., 12 febbraio 2020, n. 3454, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, 1, p. 423 ss.

⁸ L'una e l'altra vengono meno nel caso previsto dall'art. 156 *bis* c.c., che contempla il divieto giudiziale per la moglie separata di utilizzare il cognome del marito se ciò «sia a lui gravemente pregiudizievole» e, per converso, l'autorizzazione a non usarlo se ciò possa recarle «grave pregiudizio». Una disposizione, questa, decisamente anacronistica.

⁹ Cfr., per tutte, C. cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Il Foro italiano*, 1994, I, c. 1668, secondo cui «l'identità personale costituisce un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata», pervenendo alla conclusione che, allorquando «la rettifica degli atti dello stato civile, intervenuta per ragioni indipendenti dalla volontà del soggetto cui si riferisce, comporti il cambiamento del cognome, il soggetto stesso possa ottenere dal giudice il riconoscimento a mantenere il cognome, originariamente attribuitogli, ove questo sia ormai da ritenersi autonomo segno distintivo della sua identità personale»; C. cost., 23 luglio 1996 n. 297, in *Giustizia civile*, 1996, 1, p. 2798; C. cost., 11 maggio 2001 n. 120, in *Giurisprudenza italiana*, p. 2238, con nota di M. Brescia e un commento di M. Cavino, *Una sentenza additiva di ... troppo*; C. cost., 24 giugno 2002 n. 268, in *Il Foro italiano*, 2003, 1, c. 2933; con riferimento al noto caso dell'attribuzione al nato del cognome di entrambi i genitori C. cost., n. 286/2016, cit.

¹⁰ Per una efficace sintesi sul bilanciamento, e sulla proporzionalità che ne impronta le manifestazioni, v. M. D'Alberti, *Peripezie della proporzionalità*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, numero speciale, p. 279 ss., nonché Id., *Diritto amministrativo e principi generali*, in Id. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 67 ss.

¹¹ Anche su questo articolo si è proiettata di riflesso la dichiarazione di incostituzionalità «della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299» c.c., pronunciata da C. cost., n. 286/2016, cit., ma solo «nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno», sicché l'affermazione, oltre a non essere appieno intellegibile, non appare rilevante ai nostri fini.

zioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare», anche ascoltando il figlio ultra-dodicenne o altrimenti «capace di discernimento». Permanendo il contrasto, egli può solo attribuire il potere di decisione a quel genitore che, «nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio» (co. 3).

Non è dubbio che quest'ultimo sia il centro di gravità delle decisioni riguardanti un minore¹². Anche la giurisprudenza in tema di nome del minore nato fuori dal matrimonio lo conferma¹³. Pertanto, se il giudice non riesca a comporre il contrasto in applicazione dell'art. 316 c.c., dovrà rimettere la determinazione al genitore che più gli appaia idoneo a perseguire l'interesse del figlio, tenuto conto, direi prioritariamente, della determinazione di quest'ultimo, se capace di discernimento, secondo il criterio indicato anche dall'art. 262, ult. co., c.c.

4. Senza intervento del giudice: interesse all'identità del genitore e del figlio minore bilanciati dal superamento della trasmissione automatica della modifica del cognome

In mancanza di soluzione giudiziale ai sensi dell'art. 316 c.c., l'automatica trasmissione della modifica del cognome paterno al figlio minore è preclusa dalla mancanza del consenso della madre purché non decaduta dalla responsabilità genitoriale. La persistenza di quest'ultima in capo al genitore non affidatario ne richiede comunque l'assenso ai sensi dell'art. 337 *quater*, co. 3, c.c.¹⁴.

¹² Con precipuo riguardo al nome v. D. Pittella, *L'attribuzione del cognome paterno: una regola in contrasto con il best interest del nato*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2021, 5, p. 461 ss., dove ampi riferimenti ulteriori.

¹³ V., relativamente all'attribuzione del cognome al figlio nato fuori dal matrimonio in applicazione dell'art. 262 c.c., Cass., ord., 16 gennaio 2020 n. 772, in *Famiglia e diritto*, 2020, p. 301 ss. La decisione riguarda l'aggiunta del cognome paterno ad un bambino nato fuori dal matrimonio e riconosciuto dapprima dalla madre e successivamente dal padre. Su domanda della stessa madre, il giudice di primo grado aveva attribuito al minore anche il cognome del padre, con decisione confermata in appello. La decisione della S.C. è così massimata: «È legittimamente disposta l'attribuzione al minore, in aggiunta al cognome della madre, di quello del padre, allorché il giudice del merito, da un lato, escluda la configurabilità di un qualsiasi pregiudizio derivante da siffatta modificazione accrescitiva del cognome, e, dall'altro, consideri che, non versando ancora nella fase adolescenziale o preadolescenziale, il minore, tuttora bambino, non abbia ancora acquisito con il matronimico, nella trama dei suoi rapporti personali e sociali, una definitiva e formata identità, in ipotesi suscettibile di sconsigliare l'aggiunta del patronimico».

Nella motivazione si legge, ancora, che, in applicazione dell'art. 262, co. 2 e 3, c.c. «la scelta, anche officiosa, del giudice è ampiamente discrezionale e deve avere riguardo al modo più conveniente di individuare il minore in relazione all'ambiente in cui è cresciuto fino al momento del successivo riconoscimento, non potendo essere condizionata dall'esigenza di equiparare il risultato a quello derivante dalle diverse regole, non richiamate dall'art. 262 c.c., che presiedono all'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio»; sicché il giudice deve decidere avendo riguardo «unicamente all'interesse del minore e con esclusione di qualsiasi automaticità, che non riguarda né la prima attribuzione, essendo inconfigurabile una regola di prevalenza del criterio del *prior in tempore*, né il patronimico, per il quale non sussiste alcun *favor* in sé nel nostro ordinamento (Cass. 3 febbraio 2011, n. 2644; Cass. 5 luglio 2019, n. 18161)».

¹⁴ Secondo cui, come già ricordato, «salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori».

Qui, dunque, si pone l'interrogativo da cui siamo partiti, che concerne il bilanciamento tra l'interesse del padre a modificare il cognome¹⁵, in modo da rispecchiare la sua identità o da conseguire quella a cui aspira, e quello della madre del minore a non mutare l'identità del minore stesso.

La determinazione paterna di preservare la propria identità attraverso la modifica del cognome emerge come riflesso dell'accoglimento delle azioni di stato (artt. 244 ss. e 269 ss. c.c.) e nel caso in cui il padre sia stato adottato prima della nascita del figlio, perché ciò ne comporta la modifica del cognome ai sensi dell'art. 299, co. 1, c.c.¹⁶. Questa disposizione è, giustamente, ritenuta derogabile all'atto dell'adozione del maggiorenne¹⁷; e tuttavia la mancata deroga – spesso nell'inconsapevolezza degli interessati – comporta una menomazione dell'identità dell'adottato mediante l'anteposizione del cognome dell'adottante, a cui può porsi rimedio attraverso il decreto prefettizio di cui all'art. 92 d.P.R. n. 396/2000, che, consentendo la posposizione del cognome dell'adottante a quello dell'adottato, ripristini l'identità del secondo.

Veniamo ai figli. Mentre il maggiorenne ha facoltà di scegliere, entro un anno dalla conoscenza del mutamento del cognome, se mantenere quello portato precedentemente

¹⁵ La giurisprudenza amministrativa tutela con ampiezza l'interesse a mutare il cognome nei limiti tracciati dall'art. 89 d.P.R. n. 396/2000, ed afferma che, dinanzi all'«ampio riconoscimento della facoltà di cambiare il proprio cognome (...) la sfera di discrezionalità riservata alla Pubblica Amministrazione deve intendersi circoscritta alla individuazione di puntuali ragioni di pubblico interesse che giustifichino il sacrificio dell'interesse privato del soggetto al cambiamento del proprio cognome, ritenuto anch'esso meritevole di tutela dall'ordinamento» (Cons. Stato, 26 aprile 2006 n. 2320, in *Foro amministrativo*, 2006, p. 1167), sicché il provvedimento amministrativo di diniego deve essere «specificamente e congruamente motivato» (Cons. St., 26 giugno 2002 n. 3533, in *Foro amministrativo*, 2002, p. 1243; il riferimento a tali decisioni del Consiglio di Stato si riscontra nella circolare n. 14 del Ministero dell'Interno del 21 maggio 2012).

¹⁶ Secondo cui «l'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio».

¹⁷ Così Trib. Parma, 27 febbraio 2019 n. 2 (ined.), di cui vale la pena riportare parte della motivazione: «Osservato che la Corte costituzionale, con la sentenza 21 dicembre 2016, n. 286, è intervenuta sul terzo comma dell'art. 299 c.c. stabilendo che è possibile, in caso di adozione di maggiorenne compiuta da due coniugi, attribuire, di comune accordo, il cognome di entrambi.

Considerato che all'epoca dell'emanazione dell'art. 299 c.c., e negli anni successivi, le motivazioni che giustificano una interpretazione rigida dello stesso articolo oggi hanno perso la loro forza, in ragione della modifica della funzione dell'istituto dell'adozione del maggiorenne: da tutela della stirpe e del patrimonio dell'adottante, al riconoscimento giuridico di un rapporto di tipo tutelabile ai sensi dell'artt. 31 e 32 Cost., nonché di una relazione sociale, affettiva e identitaria, di una storia tra adottante e adottato: ed è in base a tali principi unanimemente riconosciuti ad ogni livello, che l'interpretazione della disposizione deve adeguarsi, pena la violazione di norme costituzionali poste a presidio dei diritti inviolabili della persona, che la nostra Costituzione riconosce e garantisce sia come individuo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.).

Nulla vieta quindi una deroga dell'art. 299 c.c. in considerazione di una lettura costituzionalmente orientata dell'istituto dell'adozione di un maggiorenne, volta da un lato alla nuova funzione che assolve l'istituto, e dall'altro a un nuovo impianto giuridico di riconoscimento del valore dell'identità della persona, dove l'attribuzione del cognome paterno dopo il nome ha perso completamente di significato, prevalendo altri interessi di rango costituzionale.

Nella fattispecie in esame la deroga alla previsione legislativa è giustificata dal fatto che (*omissis*) si è sempre identificata con il cognome (*omissis*) e ha tuttora rapporti significativi con il padre biologico: l'interesse dell'adottante ha solo indirettamente finalità patrimoniali essendo – effettivamente – l'interesse al riconoscimento di un rapporto umano e di un legame affettivo che si è aggiunto e integrato alla crescita identitaria».

(art. 33 d.P.R. n. 396/2000), l'interesse del figlio minore è valutato contestualmente alla richiesta di modifica da parte del padre, col concorso della determinazione della madre.

Ove quest'ultima neghi il consenso, si pone l'interrogativo se tale diniego impedisca la modifica del cognome paterno o si limiti ad escluderne la trasmissione *ex lege* ai figli.

In mancanza di ricorso al giudice ai sensi dell'art. 316 c.c., la prima soluzione esclude in radice il bilanciamento e, perciò, è da disattendere: essa, infatti, rimette alla madre (o comunque al genitore da cui non derivi il cognome del figlio) il potere di impedire al padre il ripristino o il perseguimento della propria identità personale attraverso il cognome. Inciderebbe, infatti, su due sfere giuridiche per tutelarne una: quella del figlio, su cui vanta un legittimo potere di influenza, e quella del padre, su cui invece non ne ha alcuno.

Dinanzi al quadro normativo enunciato in apertura, che non esplicita la regola secondo cui la modifica del cognome paterno si ripercuote necessariamente sul figlio, il bilanciamento può realizzarsi superando la regola dell'automatismo, la cui sola traccia è nel citato art. 33 d.P.R. n. 396/2000, con riguardo al figlio maggiorenne. Si tratterà, quindi, di disapplicare la "norma presupposta" riferita in apertura.

Da qui l'interrogativo sull'itinerario che può condurre a tale disapplicazione. Non pare che essa possa trarsi, semplicemente, dalla dichiarazione di incostituzionalità della "norma desumibile" dagli artt. 237, 262 e 299 c.c., da cui la Corte costituzionale ha fatto discendere anche l'incostituzionalità degli artt. 33 e 34 d.P.R. n. 396/2000, sia perché la decisione ha portata additiva, cioè ha introdotto il diritto dei "coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno", e dunque non incide sulla questione in esame, sia perché non appare chiaro il riflesso che tale addizione normativa può svolgere sul citato art. 33.

Del resto, allo stato, «la prevalenza del cognome paterno costituisce tuttora il presupposto delle disposizioni, sopra richiamate, che declinano la regola del patronimico nelle sue diverse esplicazioni», la quale ha indotto la Consulta a rimettere innanzi a sé la questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, co. 1, c.c. nella parte in cui, «in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori»¹⁸.

Nella logica della gradualità delle fonti e del principio di legalità, l'art. 33 d.P.R. n. 396/2000 potrebbe essere disapplicato se ritenuto contrario alla normativa primaria, alquanto scricchiolante, su cui si fonda¹⁹, ove si ritenga di trarre da esso la regola dell'automatica trasmissione della modifica del cognome anche al figlio minore.

Con la dichiarazione di incostituzionalità della normativa primaria relativamente alla regola del patronimico anche la portata della disciplina secondaria che ne è retta dovrà essere rivista, ma avendo ben presente la diversità delle questioni che vengono in rilievo. Mentre nell'attribuzione del cognome, su cui si è esclusivamente incentrata si-

¹⁸ C. cost., ord., 11 febbraio 2021 n. 18, cit., rileva che, nonostante la sentenza n. 286/2016, «gli inviti ad una sollecita rimodulazione della disciplina – in grado di coniugare il trattamento paritario delle posizioni soggettive dei genitori con il diritto all'identità personale del figlio – sinora non hanno avuto séguito». Ciò induce a ritenere che di questo compito voglia farsi carico la Corte costituzionale.

¹⁹ Cfr., in generale, F. Modugno, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 177.

nora l'attenzione, il centro di gravità è dato dall'eguaglianza dei genitori e dall'identità personale del figlio, nella modifica del cognome l'attenzione deve appuntarsi non solo alla seconda (protetta dall'art. 33 d.P.R. n. 396/2000), ma anche a quella del genitore che intenda modificare il proprio cognome in presenza di figli minori senza il consenso dell'altro genitore.

Uno spunto può venire dalla constatazione che non vi è una norma espressa secondo cui deve esservi una perdurante coincidenza del cognome del figlio con quello del genitore da cui deriva il cognome del primo: proprio l'art. 33 cit. ne è conferma là dove consente al figlio maggiorenne di «mantenere il cognome portato precedentemente». Da qui emerge la possibilità di distinguere l'attribuzione del cognome dalla trasmissione delle modifiche che lo riguardano.

Siccome quest'ultima è contemplata soltanto al livello regolamentare (il più volte citato art. 33), mentre la disciplina primaria non prescrive che i cognomi del genitore e del figlio debbano sempre coincidere nel tempo, l'automatica trasmissione della modifica del cognome al figlio minore, in presenza del dissenso dell'altro genitore, può essere evitata disapplicando la norma secondaria che la prevede.

Le grandi linee del progetto di revisione del codice civile italiano

Guido Alpa

Sommario: 1. I caratteri originali del codice civile italiano. – 2. Le modificazioni più significative. – 3. La disciplina delle obbligazioni e dei contratti. – 4. La “costituzionalizzazione del diritto privato”. – 5. L’europeizzazione del diritto civile. – 6. Attualità del codice civile. – 7. I propositi della «delega al Governo per la revisione del codice civile».

1. I caratteri originali del codice civile italiano

Per avviare il discorso vorrei sottolineare alcuni aspetti rilevanti del codice civile italiano del 1942, tuttora in vigore.

Si tratta di un codice che, al suo apparire, presentava notevoli innovazioni rispetto ai codici adottati nei Paesi europei. Innanzitutto, è un codice in cui si sono unificate le regole del diritto civile e le regole del diritto commerciale; abrogati i due codici previgenti, il codice civile del 1865 e il codice di commercio del 1883, nel corso della redazione del nuovo testo il codice di commercio ammodernato dalla Commissione presieduta da Alberto Asquini è diventato il libro quinto del codice civile, dandosi così soddisfazione ad una esigenza già evidenziata alla fine dell’Ottocento da un grande Maestro, Cesare Vivante, che, per ragioni di natura dogmatica e di natura tecnica, riteneva che non avesse fondamento una separazione delle attività dei privati dalle attività dei commercianti. A questa esigenza si affiancò la richiesta del Ministro di Grazie e Giustizia dell’epoca, l’avv. Dino Grandi, che intendeva unificare le regole sul lavoro nel complessivo disegno delle Corporazioni.

Pertanto il codice unitario è diviso in sei libri: “delle persone e della famiglia” (I), “delle successioni” (II), “della proprietà” (III), “delle obbligazioni” (IV), “del lavoro” (V), “della tutela dei diritti” (VI); ogni libro è diviso in titoli, i titoli sono suddivisi in capi e i capi in sezioni.

Anche l’ordine di esposizione delle materie del nuovo codice è originale. Non si tratta solo di un segno di modernità dovuto ad esigenze di immagine del regime, ma di una esigenza di adeguamento della concezione del codice e del diritto privato ai risultati della moderna elaborazione scientifica. Si è superato quindi lo schema tripartito di Gaio (*personae, res, actiones*) per seguire questo itinerario: la persona intesa come in-

dividuo e gli enti (cioè i soggetti di diritto); la persona nella famiglia; dai rapporti familiari, intesi in senso patrimoniale, si passa al trasferimento dei rapporti e dei beni per causa di morte (successioni); seguono i beni; le obbligazioni; l'impresa, il lavoro e le società; finalmente gli istituti residuali. I titoli dei libri sono pertinenti ai contenuti, dandosi rilevanza ai fenomeni più importanti (ad es. nel libro delle successioni si trattano anche le donazioni) oppure riflettendo l'ideologia corporativa (il libro del "lavoro" comprende tutte le forme di esercizio dell'attività economica a titolo individuale e poi le regole di funzionamento delle società), oppure riassumendo argomenti eterogenei tra loro (tutela dei diritti)¹.

Il codice civile si compone di cinque grandi corpi: (I) le regole trasferite dal codice previgente del 1865, pur con modificazioni e perfezionamenti; (II) quelle derivanti dal codice di commercio del 1882 che evidenziano i suoi molti legami con il passato; (III) quelle riprese dalla legislazione speciale; (IV) quelle derivanti da massime giurisprudenziali precedentemente consolidate; e (V) infine le regole rivolte a disciplinare istituti nuovi e a colmare le lacune del codice previgente.

La tecnica di redazione delle disposizioni è molto accurata, specie nel Libro IV, che si deve alla sapiente regia del presidente della Commissione, Filippo Vassalli², che lo ha scritto *ex novo*, tenendo conto del progetto di codice italo-francese delle obbligazioni, pubblicato nel 1928, curato da Vittorio Scialoja.

2. Le modificazioni più significative

Dalla sua entrata in vigore, nel corso degli anni il codice civile ha subito diverse manipolazioni: alcune parti sono state integralmente abrogate e sostituite con nuove disposizioni, mentre altre, affidate a norme di carattere generale o di rinvio, sono state affiancate da leggi speciali.

Il Libro I è in attesa di una completa riformulazione, perché la disciplina delle associazioni e delle fondazioni appare lacunosa e poco adeguata alle modalità di svolgimento delle attività consociative. Con legge speciale si è provveduto a disciplinare il c.d. Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, modificato con d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27)³.

Le regole sul diritto di famiglia (modificate in corrispondenza della approvazione della legge sul divorzio) sono state integralmente sostituite da quelle recate dalla riforma compiuta con l. 19 maggio 1975, n. 171, a cui poi si sono affiancate la legge sull'adozione dei minori e di recente la legge sulle unioni di persone dello stesso sesso e sulle convivenze (l. 20 maggio 2016, n. 76).

Il libro II è stato modificato solo marginalmente, ma, per la sua coesione tecnica, e per la sua utilità pratica, non ha richiesto iniziative di revisione complessiva, salvo che per il coordinamento con la riforma del diritto di famiglia.

¹ V. P. Rescigno, *Rilettura del codice civile*, ne *I cinquanta anni del codice civile*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 22.; Id., *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

² Sulla redazione del codice v. G. Alpa, *Diritto civile. Due secoli di storia*, Bologna, il Mulino, 2018.

³ P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del terzo settore*, Bologna, il Mulino, 2018.

Il Libro III è stato oggetto di ampia discussione, specie con riguardo alle regole sulla proprietà, considerate troppo minuziose; anche in questa materia, tuttavia, la prassi ha superato il dettato delle norme, sì che si sono create situazioni giuridiche soggettive mediante il ricorso a contratti atipici di utilizzazione dei beni⁴. Si è inoltre aperta negli ultimi anni un'ampia discussione sulla riformulazione della disciplina dei beni pubblici e dei beni privati che, per ragioni paesaggistiche o culturali o per il recupero di beni non utilizzati dovrebbero essere resi disponibili alla fruizione pubblica (c.d. *beni comuni*). A questo proposito era stato presentato in Parlamento un progetto di legge che riprendeva le raccomandazioni della commissione ministeriale presieduta da Stefano Rodotà, ma attualmente non si sono raggiunti risultati concreti⁵.

Il Libro IV richiede una illustrazione più analitica; su di esso mi soffermerò perciò tra poco.

Il Libro V è stato modificato molte volte con interventi sul rapporto di lavoro e sul diritto sindacale (materia riveduta con lo "Statuto dei lavoratori" del l. 20 maggio 1970, n. 300), e con la riforma del diritto delle società (d.lgs. nn. 5 e 6 del 17 gennaio 2003)⁶.

Il Libro VI è stato modificato in vari punti, anche con riferimento alla disciplina delle trascrizioni.

Si era tuttavia avvertita l'esigenza di accorpare le regole di interi settori che, pur avendo qualche riferimento nel codice civile, meritavano di essere regolati in modo analitico, come è avvenuto per il diritto bancario, con il t.u.b. e del diritto finanziario con il t.u.f.⁷

A partire dal Duemila si sono collegati al codice civile dei codici di settore, sulla tutela del consumatore, sull'ambiente, sui beni culturali, sulle assicurazioni.

3. La disciplina delle obbligazioni e dei contratti

Il Libro IV non è il frutto di una crisi tra tradizione francese ed edificazione pandettistica, né costituisce un mero aggiornamento del codice italiano-francese delle obbligazioni, anche se le tracce dei due modelli sono ben visibili⁸. Esso costituisce l'esito,

⁴ Per tutti v. Antonio Gambaro, *La proprietà*, Milano, Giuffrè, 2016.

⁵ V. S. Rodotà, *Il terribile diritto*, nuova ed., Bologna, il Mulino, 2013.

⁶ L'immagine di mercato che emerge dalla disciplina del codice – al libro quinto si affiancherà il numero più alto di leggi speciali, rispetto agli altri libri – è piuttosto nebulosa: non mancano disposizioni che fanno riferimento ai monopoli, ma una lineare disciplina della concorrenza, quale oggi si è venuta formando grazie agli interventi comunitari, nel codice non si può proprio rinvenire.

L'impresa, sempre per obbedire alla ideologia del regime, è intesa in senso unitario; questo concetto unificante è certamente una finzione, del tutto inadatto a riflettere la realtà economica di allora, e ancor meno quella di oggi, i fenomeni che distinguono l'impresa commerciale da quella agricola, la piccola dalla media o dalla grande impresa, a tacer d'altri, non sono certo riconducibili ad un unico comun denominatore. Anche i rapporti tra disciplina di codice e disciplina dettata dalle leggi speciali (*in primis*, la legge fallimentare) non sono lineari; d'altra parte, la distanza dalla realtà è ancor più sottolineata oggi, con l'emersione del diritto comunitario, ove l'impresa non deve avere necessariamente scopo lucrativo, ove non è rilevante la forma giuridica esterna, e così via.

⁷ Su questi temi v. l'accurata ricerca di M. Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁸ R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, Utet, 1975, p. 208.

invero, di una abilissima tecnica redazionale che ha costruito la sua trama momento per momento, come risulta dalla documentazione storica concernente questa parte del codice, probabilmente la più ricca e attendibile⁹.

L'istituto fondamentale di questo libro è il credito, essendo l'istituto fondamentale del quinto libro il lavoro e del terzo libro la proprietà. Ormai non vi è più un universo che ruota intorno alla proprietà, ma un sistema economico composito in cui proprietà, credito e lavoro sono coordinati, anzi, fusi, in un unico intento conformativo, la società corporativa.

Anche il libro quarto contiene importanti novità, che, secondo alcuni autori, sottolineano la frattura, piuttosto che non la continuità, di questa disciplina rispetto alla disciplina prevista nel codice del 1865. Rispetto a quella codificazione, infatti, le nuove regole contengono alcuni meccanismi tecnici che distanziano il codice vigente dalle codificazioni ottocentesche. Pur dando ampio spazio alla volontà delle parti, vi sono direttive che ampliano l'intervento dello Stato, nella veste del legislatore o nel ruolo del giudice, nelle pattuizioni private. Si pensi alle clausole generali, ai poteri equitativi affidati al giudice per completare o integrare le pattuizioni private, al controllo delle condizioni generali di contratto, alla sostituzione automatica di clausole, ecc.¹⁰.

Altre novità riguardano l'articolazione dei criteri di valutazione della diligenza, la pervasività della clausola di correttezza, il superamento del principio di tipicità delle obbligazioni, la disciplina delle trattative, i contratti di massa e tutti gli interventi che sembrano codificare una sorta di "pubblicizzazione" del contratto¹¹.

Il codice non definisce il rapporto obbligatorio, ma lo erige a elemento fondamentale, quasi si trattasse del minimo comun denominatore, dei rapporti tra privati¹².

La fedeltà al modello francese si rinviene là dove si conserva il principio consensualistico: la proprietà si trasmette mediante un contratto giustificato da una causa senza bisogno della consegna o di pubblicità, si perpetua il divieto del patto successorio, la responsabilità da fatto illecito non presuppone la violazione di un diritto, la ripetizione dell'indebito non è tributaria dell'errore. La fedeltà al modello tedesco si ha là dove si parla di prestazione in luogo dell'adempimento, si distingue la nullità dalla annullabilità e dalla inefficacia, si prevede la estinzione dei rapporti giuridici patrimoniali e così via¹³.

In materia di contratti speciali il legislatore non segue il criterio ordinante delle prestazioni o del contenuto dell'accordo, ma quello del *tipo*¹⁴. In ogni caso, le regole speciali prevalgono su quelle generali, sicché il rapporto tra le due categorie di norme è nel senso della prevalenza della specialità sulla generalità e non viceversa¹⁵.

⁹ G.B. Ferri, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del Libro delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1990.

¹⁰ L. Mengoni, ne *I Cinquant'anni*, cit., p. 240.

¹¹ S. Patti, ne *I cinquanta anni*, cit., p. 766.

¹² M. Costanza, *ivi*, p. 754.

¹³ R. Sacco, *ivi*, p. 209.

¹⁴ G. De Nova, *ivi*, p. 218.

¹⁵ G. De Nova, *ivi*, p. 219; P. Vitucci, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 804 ss.; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, Cedam, 1990, p. 126; *contra* G. Benedetti, *La categoria generale del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, 1, p. 662.

Gran parte delle disposizioni sono derogabili, e quindi la libertà contrattuale delle parti ha la prevalenza sulle direttive del legislatore. Le norme imperative per parte loro non rispondono tutte alla medesima *ratio*: alcune riguardano la struttura degli atti, altre la forma, altre la durata, altre ancora la ripartizione dei rischi, poche sono a tutela di uno dei soli dei contraenti, e più numerose sono quelle a difesa dell'interesse generale.

Saggiamente la Commissione che lo ha redatto ha ignorato la figura del negozio giuridico, pur fortemente radicata nella cultura italiana, anche per effetto della tradizione pandettistica, preferendo prevedere regole sul contratto, applicabili anche all'atto unilaterale, considerato strumento concreto e più duttile. Ha però introdotto regole sulla responsabilità precontrattuale, sul contratto preliminare, sulla rescissione, ha distinto con chiarezza annullamento e nullità, ha disciplinato i contratti di massa, i contratti aleatori, e molti dei contratti speciali usati in commercio.

Il Libro IV con le sue clausole generali ha consentito alla giurisprudenza di adattare il codice alle operazioni economiche nuove, di volta in volta create dalla prassi, e di far fronte alle esigenze degli operatori.

4. La "costituzionalizzazione del diritto privato"

Il codice civile è stato rinnovato in via interpretativa in due fasi recenti. La prima si è denominata "costituzionalizzazione del diritto privato", la seconda "europeizzazione del diritto privato".

La Costituzione della Repubblica, del 1948, si apre con le norme che tutelano la persona e i cc.dd. diritti "inviolabili"; tali norme offrono protezione al singolo, sia inteso individualmente, sia nelle formazioni dove si svolge la sua personalità (art.2) cioè la famiglia, la scuola, la comunità di lavoro, le associazioni di varia natura; particolare rilievo è dato al principio di eguaglianza e alle libertà individuali. Nella parte I, che tratta dei diritti e dei doveri dei cittadini, vengono sanciti importanti diritti della persona, dalla inviolabilità personale a quella del domicilio, dal segreto della corrispondenza al diritto di associazione (artt. 13 ss. Cost.). Sono centrali altresì le norme dedicate alla famiglia, protetta come "società naturale" (art. 29 Cost.), come comunità nella quale si assicura l'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi (art. 29, co. 2, Cost.), come centro di educazione, di istruzione e mantenimento dei figli (art. 30 Cost.), siano essi nati dal matrimonio, o fuori di esso da persone tra loro non coniugate. Tra i diritti della persona la Costituzione individua anche il diritto alla salute (art. 32), inteso non solo come diritto a non subire trattamenti sanitari senza il consenso dell'interessato, ma anche come diritto soggettivo perfetto che ciascuno può rivendicare nei confronti dei terzi che dovessero violarlo o porlo in pericolo, mediante attività industriali rischiose, fenomeni di inquinamento ambientale (vedi anche art. 9), condizioni di lavoro pericolose¹⁶.

Il lavoro (e il rapporto di lavoro) è oggetto speciale di tutela: già l'art. 1 ne fa prova, essendo il lavoro assunto a fondamento della Repubblica, e strumento di differenzia-

¹⁶ Di questi principi si era fatto interprete il Governo Ciampi nella persona del Min. Affari Sociali, Fernanda Contri, nel presentare al parlamento, il 5 gennaio 1994, un disegno di legge recante "principi di tutela dei diritti dei minori, che, per le vicende politiche dell'epoca, non ha potuto essere approvato.

zione dei cittadini (art. 3, co. 2, Cost.); l'ordinamento stabilisce provvidenze a favore dei lavoratori (artt. 35 ss., Cost.).

Ma uno degli aspetti più profondamente innovativi della Costituzione è rappresentato dalla prospettiva sociale in cui sono considerati i rapporti economici. Infatti l'impresa (art. 41 Cost.) e la proprietà (art. 42 Cost.) sono intese non più come privilegio di pochi, ma come oggetto di attività economica libera che non si può svolgere in contrasto con l'utilità sociale, né in violazione della sicurezza, della dignità e della libertà umana, dei singoli lavoratori e, più in generale, dei cittadini¹⁷.

La Costituzione continua a garantire la proprietà privata individuale ed esclude che essa possa essere soppressa, ma riserva al legislatore la possibilità di intervenire mediante norme limitative della proprietà privata volte a garantirne la funzione sociale attraverso la tutela di interessi collettivi o generali.

Un esempio ci è offerto dalla disciplina sull'equo canone che realizza certamente la funzione sociale della proprietà, nella misura in cui limita i poteri del proprietario a vantaggio delle categorie dei locatori, gli inquilini. Così pure dalla disciplina delle terre incolte che limita i poteri dei proprietari terrieri per assicurare ai non abbienti la possibilità di coltivare la terra non utilizzata e trarne prodotti.

Alla stessa logica risponde la disciplina dell'impresa. Si riconosce infatti la libertà di iniziativa economica privata, ma si afferma il principio che essa possa essere limitata, per la realizzazione dei fini sociali.

Riflettendo la cultura dell'epoca, la Costituzione non esprime chiari principi in materia di concorrenza, sicché la dottrina – costituzionalistica e formalistica – ha via via arricchito in via interpretativa il suo dettato¹⁸.

Fino alla metà degli anni Sessanta, e ancora all'inizio degli anni Settanta i cultori del diritto privato, nella quasi totalità, si sono rifiutati di considerare le disposizioni costituzionali come norme incidenti i rapporti privati, mantenendo il codice civile al centro di un sistema monolitico a cui facevano da cornice le leggi speciali¹⁹.

Di una vera e propria svolta si può parlare solo a partire dagli anni Sessanta: con diversi metodi gli studiosi del diritto civile si interrogano sulla attualità e sulla utilità della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, se ne tracciano i nuovi confini, se ne individuano le radici filosofiche e sociologiche, se ne discute la necessità e se ne sottolineano i presupposti ideologici ed economici. In termini riassuntivi, si apre il dibattito sulla crisi della distinzione, che, per i civilisti, significa vera e propria "crisi del diritto privato".

I riferimenti essenziali, che ancor oggi sono esplicitamente richiamati, oppure ser-

¹⁷ Sul punto v. A. Garilli, *tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1992, p. 321.

¹⁸ In argomento v. ora S. Patti, *La cultura del diritto civile e la Costituzione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, p. 191; Id., *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1998, 1, p. 543 ss.

¹⁹ La vicenda è stata oggetto di riflessioni di rilievo: v., ad es., R. Nicolò, *Codice civile*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 243 ss.; P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, Laterza, 1992; N. Irti, *Codice civile e società civile*, Roma-Bari, Laterza, 1996; nonché i contributi di AA.VV. raccolti ne *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, Giuffrè, 1994.

peggiano nelle trattazioni istituzionali, sono costituiti da un saggio di Michele Giorgianni²⁰ e da due voci enciclopediche, l'una di Rosario Nicolò²¹ e l'altra di Salvatore Pugliatti²².

Gran parte della dottrina civilistica coopera per rifondare il diritto privato; questo processo di svecchiamento, di adeguamento o di superamento degli istituti antichi investe tutti i settori del diritto privato: le clausole generali²³; le persone giuridiche e le associazioni non riconosciute²⁴; la proprietà²⁵; la responsabilità civile²⁶; il rapporto proprietà-contratto²⁷ e, soprattutto, la concezione del contratto²⁸ a cui si aggiungeranno, tra gli altri, gli studi di Giovanni B. Ferri, Antonino Cataudella, Adolfo di Majo, Mario Bessone. Ma famiglia e successioni dovranno attendere ancora qualche anno per una rivisitazione complessiva.

5. L'europeizzazione del diritto civile

Dalla fine degli anni Ottanta del Novecento si è venuta manifestando l'europeizzazione del diritto civile²⁹. Le fonti del diritto europeo, costituite in primis dai regolamenti e dalle direttive, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, dai provvedimenti della Commissione europea, e poi dalla Carta dei diritti fondamentali, hanno modificato in modo irreversibile i sistemi nazionali e introdotto nuovi principi e nuove regole incidenti sui rapporti tra privati. In materia di responsabilità civile, l'affermazione del principio di responsabilità senza colpa che riguarda i danni da circolazione di prodotti difettosi, in materia contrattuale la nullità delle clausole abusive nei contratti dei consumatori, in materia di circolazione dei beni, l'introduzione delle garanzie speciali nei contratti di vendita, il controllo delle concentrazioni e delle pratiche monopolistiche,

²⁰ M. Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, 1, p. 391 ss.

²¹ R. Nicolò, *Diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 904.

²² S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, ivi, p. 696 ss.

²³ P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, 1, p. 205 ss.; Id., *In pari causa turpitudinis*, ivi, 1966, 1, p. 1.

²⁴ V. ad es. F. Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, 1, p. 553 ss.; *Partiti e sindacati nel diritto comune delle associazioni*, ivi, 1966, 2, p. 507 ss.

²⁵ Sulla quale si erano stagliate le osservazioni di S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, 1, p. 1252 ss.

²⁶ P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964; F. Busnelli, *La lesione del credito*, Milano, Giuffrè, 1964.

²⁷ N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964.

²⁸ M. Bianca, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1964, 1, p. 478 ss.; R. Sacco, *Autonomia contrattuale tipi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, 2, p. 785 ss.; P. Barcellona, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1966, 2, p. 580 ss.

²⁹ Per la verità, anche in anni anteriori si era posto il problema, e se ne era fatto carico un grande Maestro del diritto civile dell'Università di Padova, sul cui pensiero v. V. Scalisi, *Alberto Trabucchi e la costruzione in Europa di un diritto privato comune*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 4, p. 907 ss.

l'abuso di dipendenza economica, sono alcune delle grandi innovazioni introdotte da una politica del diritto che si ispira alla economia sociale d'impresa. Si sono poi consolidati interi settori dell'ordinamento europeo e degli ordinamenti interni aggregati intorno alla tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori e dei risparmiatori, si è affermato il principio di tutela dell'ambiente che deve essere bilanciato con i profitti d'impresa, e le rivoluzioni tecnologiche hanno prodotto una spinta notevole per l'adeguamento degli ordinamenti ai nuovi fenomeni digitali.

Si è poi registrato l'erompere dei diritti fondamentali nel panorama dei diritti e degli interessi della persona. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, unitamente a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo ha introdotto nuove tecniche di bilanciamento degli interessi, che ha inciso sulla conclusione e sulla esecuzione dei contratti e sulle regole di risarcimento del danno da atto illecito.

Nel contempo il progetto culturale di realizzare una sorta di "codice" civile europeo, promosso da Università e gruppi di studio, anche legati alle professioni, è stato realizzato attraverso la redazione di Principi in materia contrattuale, attraverso la redazione di un *Draft Common Frame of Reference*, aggregando le diverse esperienze nazionali, mediate dal diritto europeo vigente, attorno a una terminologia comune e a principi direttivi comuni.

6. Attualità del codice civile

Il dibattito sulla opportunità di ricodificare oggi il diritto civile, o, meno drasticamente, di riformare il codice vigente nelle sue parti più obsolete si è ripresentato in occasione delle celebrazioni degli anniversari del codice civile e soprattutto per il cinquantenario del codice³⁰. A scoraggiare i fautori di una riforma integrale si è sottolineato come il testo del codice sia stato scritto con precisione e raffinatezza tecnico-linguistica; che il codice, come del resto la Costituzione repubblicana, sia stato frutto di un compromesso non ideologico ma tecnico; che proprio il linguaggio del codice serviva a dare significato ad alcuni termini di natura civilistica impiegati nella Costituzione; che le scelte compromissorie del codice non potevano soffocare le potenzialità di sviluppo del sistema³¹. Si è anche sottolineato che le lacune imputate al codice in realtà non sono tali, in quanto non è pensabile che nel 1942 il legislatore si dovesse preoccupare della dissolubilità del matrimonio, della sostituzione del regime di separazione dei beni con quello di comunione, delle regole relative allo statuto dell'embrione, e così via³². Si è inoltre precisato che il codice non ha mancato nell'assolvimento della sua funzione originaria, che corrispondeva poi a quella dei codici previgenti: assicurare a tutti gli individui un complesso di regole semplici e chiare applicabili a *tutti*, e per questo appunto denominate regole del codice "civile", senza distorsioni di *status* individuali o di gruppo; costituire espressione della positività e statualità del diritto, aspetti

³⁰ V. in particolare gli Atti del convegno organizzato a Milano, presso l'Università Statale, cit.

³¹ Così P. Rescigno *Rilettura del codice civile, in I cinquant'anni*, cit., p. 16 ss.

³² P. Rescigno, *op. cit.*, p. 22.

che assumono il significato di un vero e proprio baluardo che pone il codice al riparo dalle intrusioni dell'ideologia fascista, i cui principi non trovano albergo nel corpo del codice. Secondo Mengoni il codice civile del 1865 «fu introdotto dal movimento della borghesia liberale per l'unità nazionale, e dunque un fatto eminentemente politico-costituzionale, il codice del 1942 è un prodotto del ceto professionale dei giuristi, e dunque un fatto eminentemente culturale e tecnico, al quale il declinante contesto politico di allora fornì le condizioni storiche di possibilità, ma non la motivazione dei suoi contenuti essenziali»³³.

L'infittirsi delle leggi speciali ha portato alla perdita di centralità del codice nella disciplina dei rapporti tra privati. Anche se non si vuol sposare fino in fondo l'idea di Natalino Irti sulla "decodificazione",³⁴ è un fatto che interi settori dell'ordinamento sono retti non dal codice civile, ma da leggi organiche o da una miriade di provvedimenti, derogatori del codice. Si pensi alla disciplina della concorrenza e del mercato, alla disciplina dei rapporti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria, ai rapporti agrari, agli enti non lucrativi a tacer di molti altri. La riprova di questa nuova struttura dell'ordinamento è data dai codici delle leggi speciali, commentate con dottrina e giurisprudenza, in cui si avverte quanto sia policentrico ormai il sistema (sempre che si possa continuare a parlare di sistema)³⁵.

Il diritto giurisprudenziale ha poi modellato gli istituti di codice, ne ha inventati di nuovi, ha segnato una netta prevalenza delle regole operazionali sulle regole scritte. Tanto è vero che oggi, tra le fonti, si annoverano le "fonti non scritte"³⁶.

Sul piano delle prassi, si è registrata l'espansione enorme dei contratti atipici, il diffondersi di formule aggregative di persone che svolgono attività solo parzialmente lucrative, o attività destinate agli aggregati e ai terzi. Sul piano professionale, si è passati dall'attività individuale all'attività aggregata. Sul piano del lavoro, l'assistenza pensionistica e così via.

Sicché oggi si pensa non alla ricodificazione ma ad una *revisione* del codice.

7. I propositi della «delega al Governo per la revisione del codice civile»

Il Consiglio nazionale forense, il Consiglio superiore della magistratura, le corti superiori, le associazioni, in particolare Civilisti Italiani, in diverse sedi accademiche o istituzionali, hanno richiamato l'attenzione del legislatore, dei giudici, dei cultori del diritto civile, sulle riforme che negli altri Paesi erano state congegnate e approvate per rendere i codici civili più adeguati alle nuove esigenze individuali e collettive, sociali

³³ L. Mengoni, *op. cit.*, p. 237.

³⁴ N. Irti, *L'età della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1989.

³⁵ V. i due codici complementari, l'uno – il *Codice civile* – commentato sotto la direzione di A. Trabucchi e G. Cian, l'altro – le *Leggi complementari* – commentato sotto la direzione di G. Alpa e P. Zatti, (Padova, Cedam, 1999) che sono uno specchio fedele delle addizioni al codice e del parziale spodestamento del codice civile.

³⁶ V. *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, 2, Torino, Utet, 1998.

ed economiche: si è cominciato con la riforma del codice civile olandese³⁷, con la riforma del diritto delle obbligazioni del codice civile tedesco del Duemila³⁸, per passare alle grandi riforme del codice napoleonico in Francia e in Belgio, alla riforma del codice civile portoghese, e alle riforme dei Paesi del Centro e Sud America.

L'atteggiamento dell'interprete di oggi non è tale da considerare il codice come uno strumento autosufficiente e onnicomprensivo, dovendo esso coordinarsi con la Costituzione – e il giudice procedere a una interpretazione delle regole costituzionalmente orientata –, con la Carta dei diritti fondamentali e dei Trattati europei – e il giudice procedere a una interpretazione orientata secondo le fonti europee, inclusa la Carta Edu quale fonte interposta ex art. 117 Cost. –, i principi generali consegnati dalla tradizione o derivati in via induttiva dalle regole³⁹, e i valori invernati nei diritti fondamentali ex art. 6 del Trattato di Lisbona⁴⁰.

E non è tale da considerare il codice come una stella fissa, perché la sua interpretazione varia con il tempo, grazie alle addizioni effettuate mediante le fonti citate, i precedenti giurisprudenziali (anche se non strettamente vincolanti), i principi e i valori maturati nella cultura giuridica⁴¹. Di qui la distinzione tra legge e diritto, e l'“invenzione” del diritto (secondo l'accezione di Paolo Grossi⁴²) comprensivo della legge ma non esaurito in essa, e, in uno stadio ulteriore, la rilevanza della giurisprudenza (e della dottrina, secondo le opinioni di Rodolfo Sacco⁴³ e di Nicola Lipari⁴⁴) quale fonte in senso sostanziale dell'ordinamento.

L'Associazione Civilisti Italiani nell'ultimo triennio ha organizzato diversi seminari sulla revisione del codice civile e suggerito al Governo di farsi tramite di questa esigenza. Il Governo ha raccolto la sollecitazione ed ha presentato al Senato un progetto di legge di delega per revisione (A.S.1151-2019).

L'iniziativa governativa appare apprezzabile almeno sotto due aspetti: per aver raccolto l'esigenza di un ammodernamento del testo e per aver proposto non una revisione integrale del codice, ma solo alcuni interventi circoscritti, salvandone l'impianto e la gran parte delle norme, le quali, introdotte nel 1942, hanno resistito per quasi ottant'anni grazie alla loro interpretazione evolutiva, alle grandi riforme (del diritto di famiglia e del diritto societario) e ai più modesti ritocchi via via apportati nel corso di queste decadi.

³⁷ M.W. Hesselink, *Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile europeo?*, in G. Alpa, (a cura di), E.N. Buccico *La riforma dei codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Milano, Giuffrè, 2002.

³⁸ C.-W. Canaris, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Padova, Cedam, 2003; S. Patti, *Ricodificazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, 2, pp. 435-453. E gli studi dell'Università di Padova raccolti dalla Rivista di diritto civile

³⁹ G. Alpa, *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 2005; G. D'Amico e S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁴⁰ Per tutti, vds. P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006.

⁴¹ N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁴² P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017; e già Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

⁴³ R. Sacco, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 1999.

⁴⁴ N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e diritto*, Milano, Giuffrè, 2018.

Se si guarda ai principi e ai criteri direttivi elencati nel disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019 (AS n. 1151), si può notare che l'unica "riforma" consistente riguarda il Libro I (lett. a)⁴⁵.

Le altre proposte riguardano:

– istituti che non hanno avuto riconoscimento né legislativo né giurisprudenziale, come gli accordi familiari prematrimoniali ed endomatrimoniali (lett. b), i patti successori e i patti di famiglia, questi ultimi regolati da un testo che è rimasto in larga parte inapplicato (lett. d), o istituti che hanno avuto una semplice menzione o hanno sollevato dubbi interpretativi come il *trust* e i contratti di affidamento fiduciario (lett. p), o istituti che sono di dubbia interpretazione e che meritavano dunque una esplicita inclusione nel tessuto codicistico, come la rinegoziazione del contratto in caso di eccessiva onerosità o di presupposizione (lett. i);

– l'aggiornamento di norme che apparivano superate dalle esigenze attuali, come la riserva dei legittimari (lett. c), oppure l'introduzione di nuovi schemi contrattuali tipizzati socialmente (lett. l), e nuove forme di garanzia del credito (lett. o);

– l'adeguamento delle regole vigenti alle disposizioni dell'Unione europea, come il certificato successorio (lett. e) e la disciplina della nullità in caso di violazione di diritti fondamentali (lett. h);

– l'adeguamento delle regole vigenti alle nuove tecniche di commercializzazione di prodotti e servizi (lett. g);

– il coordinamento delle regole nei settori della responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale (lett. m);

– la razionalizzazione delle tecniche di risarcimento del danno morale (lett. n).

Forse l'unica direttiva che si poteva colmare mediante l'utilizzazione della *buona fede* concerne la lett. f in ordine alle informazioni che le parti si debbono scambiare nella fase precontrattuale. Ma, ricordando i contrasti di dottrina e giurisprudenza sorti a proposito dell'effetto negoziale delle informazioni al cliente dovute dalle banche e dagli intermediari finanziari, degli errori in esse eventualmente contenuti o della valutazione discutibile della adeguatezza patrimoniale e della consapevolezza del rischio, appariva opportuno provvedere con legge.

Alcune di queste regole, poi, si sono rese necessarie dal conflitto delle interpretazioni: con un encomiabile modello di decisione la Suprema corte ha individuato le modalità di applicazione dell'art. 2059 c.c. sul danno morale (ord. 27 marzo 2018, n. 7513); ma restano aperte le questioni relative all'applicazione della riforma della responsabilità medica (l. 24 marzo 2017, n. 24), all'applicazione uniforme delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano per il risarcimento del danno alla persona e alle altre voci di danno via via elaborate dalla medicina legale.

In ogni caso, nel testo del disegno di legge più volte sono menzionati i diritti fondamentali e la clausola di buona fede.

Rispetto a questi contenuti, non credo si potessero risolvere tutti i problemi con la semplice applicazione delle clausole generali. È pur vero che il "tempo delle clausole

⁴⁵ Sul punto v. già AA.VV., *Per la riforma del codice civile*, atti del convegno AIGA (Genova, 1992), Padova, 1994.

generali”, per riprendere una felice espressione di Stefano Rodotà⁴⁶ non è mai finito; come sono da rivalutare i principi generali, non potendosi ritenere che essi siano semplici regole di secondo livello, ma piuttosto valori fondamentali dell’intero ordinamento. Ma la elevazione a rango di disposizione di un orientamento interpretativo dà maggiore certezza del diritto⁴⁷.

Le innovazioni che, nella disciplina del contratto in generale, mi sembrano più significative sono quelle che propongono di ampliare la responsabilità precontrattuale – peraltro già prevista nel codice agli artt. 1337 (clausola di buona fede) e 1338 (*culpa in contrahendo*) – introducendo l’obbligo di fornire informazioni determinanti per il consenso; le regole sulle conseguenze dell’impiego di pratiche scorrette; l’introduzione dell’istituto della rinegoziazione, che attenta dottrina aveva già ricostruito (e ritenuto applicabile) sulla base della clausola di buona fede⁴⁸.

Non sappiamo quale potrà essere l’esito del progetto di legge, ma confidiamo che con il concorso dei giuristi più attenti si possa raggiungere un risultato soddisfacente.

⁴⁶ Saggio ora ristampato in (a cura di) G. Alpa, M.R. Marella, S. Rodotà, *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista critica del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2017.

⁴⁷ Sono disponibili in Internet gli atti del Convegno sul *drafting* legislativo della Associazione Civilisti Italiani, 25 gennaio 2019.

⁴⁸ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene, 1996.

Sulla parodia e la causa D'Annunzio-Scarpetta *

Laura Moscati

Sommario: 1. Le origini della parodia tra *civil law* e *common law*. – 2. La causa D'Annunzio-Scarpetta. – 3. La fortuna di una sentenza.

1. Le origini della parodia tra *civil law* e *common law*

In un recente volume, Sabine Jacques approfondisce svariati aspetti della parodia nel mondo di *civil law* e di *common law*¹ e si sofferma su un caso di studio relativo all'industria musicale. Partendo da un'ampia analisi del concetto di parodia nello spazio e nel tempo, la studiosa inglese sostiene che le parodie hanno una funzione importante nelle società democratiche come catalizzatore per lo sviluppo dell'arte e del discorso. Tale rilevante valore sociale e culturale si riflette sulla latitudine interpretativa generalmente offerta dalla giurisprudenza a questo particolare tipo di sforzo creativo anche prima della sua codificazione.

L'autrice esamina il termine parodia come un “termine ombrello” con varie accezioni e significati correlati, sulla base di una difesa del *copyright* negli Stati Uniti, in Australia, in Canada e nell'Unione europea, che proprio dalla comparazione trae la forza dell'approfondimento. Parte del lavoro è dedicata al rapporto tra parodia e diritti morali, perché secondo l'autrice l'eccezione di parodia non si estende a questi ultimi², ma si deve determinare se e in quali circostanze l'autore di un lavoro possa impedire al parodista di riprodurre la sua opera sulla base di un interesse personale, come il diritto di paternità e quello di integrità. Si tratta di aspetti problematici nel rapporto con la parodia perché possono creare tensioni tra gli autori e i potenziali parodisti che vanno evitate nel rispetto dei confini tra parodia e diritti morali.

Non è intento dell'autrice studiare le origini della parodia, di cui ricorda solo alcuni

* Queste pagine sono dedicate a Marco d'Alberti a testimonianza di un'antica amicizia e nel comune interesse alla comparazione con il mondo di *common law*.

¹ Cfr. S. Jacques, *The Parody Exception in Copyright Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2019.

² Ivi, p. 284 ss.

momenti del XX secolo quando tale genere ha già una sua configurazione più delineata³. Non viene, quindi, considerato il ruolo svolto dal nostro Paese che, invece, risulta primario, anche se spesso rimasto nell'ombra, per la ricostruzione dei momenti iniziali dell'affermazione della parodia insieme alla coincidenza, temporale ma non casuale, con le origini dei diritti morali o personali dell'autore⁴.

Dopo l'unificazione del Regno, alcuni progetti di modifica della legge sul diritto d'autore del 1865-1882, che non avranno seguito tra il 1882 e il 1919⁵, propongono importanti modifiche, come l'esplicito richiamo all'obbligo del consenso dell'autore per la parodia prima e al rispetto di alcuni diritti morali dell'autore poi. Bisognerà attendere il contributo del legislatore e soprattutto dell'interprete per lasciare spazio alla parodia, anche senza chiari riferimenti all'interno delle norme e garantire la tutela dei diritti personali dell'autore.

Scopo del presente lavoro non è quello di approfondire questioni lessicali o definitorie, come il significato dei termini parodia, satira, caricatura, che è entrato di recente nel linguaggio giuridico dopo essere stato lasciato nell'ombra tra le eccezioni al diritto d'autore. L'intento è quello di inquadrare l'importante ruolo svolto dall'Italia nel riconoscimento delle origini della parodia nell'ambito del contesto storico dello sviluppo del diritto d'autore italiano ed europeo.

In via preliminare possiamo ricordare che i caratteri peculiari dell'antichità, come l'imitazione fedele, lo scherzo non troppo grottesco e la trovata comica, svincolati da un attacco all'opera di riferimento, sono conservati nel tempo, ad esempio nelle parodie spagnole e francesi del Seicento su un ingente numero di opere drammatiche di illustri autori. Gli impresari dei grandi teatri e gli autori delle più famose tragedie si rivolsero anche alle Corti per ostacolare lo sviluppo di tale genere letterario⁶ che, però, nel Settecento si potenziò trovando il suo periodo più florido, come dimostrano le opere notissime che furono parodiate.

Mentre in Francia la Rivoluzione ne arresta temporaneamente l'incremento, in Italia, e soprattutto a Napoli, si inizia a praticare una parodia dialettale, della quale in breve tempo si moltiplicano gli esempi, sostituendo all'imitazione fedele una diversa che acquista una sua autonoma fisionomia⁷. Secondo tale stile, la parodia, restando legata alle radici greco-romane, era intesa come un'imitazione comico-satirica di un'altra opera attraverso esagerazioni, oscillando tra la critica e la burla. In generale, essa non

³ Ivi, p. 94 ss.

⁴ Cfr. L. Moscati, *Diritti d'autore. Storia e comparazione nei sistemi di civil law e di common law*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 193 ss.

⁵ Tali progetti restano tutti bloccati nei meandri parlamentari, compreso quello del 1917-1919 che risulta il più completo e articolato: ivi, p. 209 ss. Sulla storia dei diritti morali, oltre al volume citato si veda L. Moscati, *Origins, Evolution and Comparison of Moral Rights between Civil and Common Law Systems*, in *European Business Law Review*, 32, 2021, pp. 25-51; G. Ghidini-L. Moscati, *I diritti morali degli autori nella convenzione di Berna: una prospettiva sostanziale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2021, 119, pp. 193-212.

⁶ Nel nostro Paese il genere fu particolarmente sviluppato, come testimoniano ad esempio le opere di Francesco Antonio Valentino Riccoboni, Pierre-François Biancolelli detto Dominique e Gian Domenico Romagnosi.

⁷ Mi riferisco soprattutto alle opere di Salvatore Cammarano, Michele Zezza, Pasquale Altavilla, Giacomo Marulli ed Enrico Campanella.

era ben accolta dagli autori parodiati, come è dimostrato dal fatto che Voltaire e alcuni teatranti parigini ottennero per un breve periodo la messa al bando del genere.

A partire dalla fine del Settecento, con il riconoscimento della tutela delle opere dell'ingegno, anche la parodia comincia a essere oggetto di analisi specifica che si accresce quando alla protezione dei diritti economici degli autori si aggiunge all'inizio del Novecento quella dei diritti personali⁸.

Per esaminare la questione, è interessante ricordare brevemente lo stato della legislazione in vigore in Europa alla fine dell'Ottocento, epoca dei primi passi autonomi della parodia e, subito dopo, analizzare la controversia D'Annunzio-Scarpetta, che rappresenta un punto fermo per la ricostruzione di una generale attenzione per la parodia e di una sua significativa configurazione. Va sottolineato in via preliminare che l'inquadramento giuridico della parodia conserva anche all'estero la sua indole di genere senza confini prestabiliti e il suo carattere di profonda correlazione con la protezione del libero sviluppo dell'arte, del pensiero e della critica, e che il diritto dell'autore di impedire la rappresentazione di una sua opera, o di ricevere un equo compenso da chi fosse stato da lui autorizzato, è spesso presente nelle norme.

La legge inglese del 10 agosto 1882 sancisce che l'autore di un'opera musicale debba riportare in ogni esemplare l'avviso di voler conservare il diritto di esecuzione⁹. La legge svizzera del 23 aprile 1883 concede una tutela molto ristretta agli autori, stabilendo che questi debbano pubblicare in apertura dell'opera le condizioni speciali alle quali intendono vincolare la rappresentazione¹⁰; senza avvalersi di questa facoltà, essi non potranno impedire rappresentazioni delle loro opere e avranno diritto a una minima percentuale del prodotto lordo. Solo in Spagna viene avvertito il bisogno di destinare alla parodia una normativa specifica. Il regolamento esecutivo del 3 settembre 1880 per l'applicazione della legge spagnola del 1879 sulla proprietà intellettuale sancisce che nelle parodie non si può introdurre, senza il consenso dell'autore, nessun brano dell'opera parodiata¹¹.

Il fatto che nelle ricordate leggi fossero presenti alcune restrizioni comporta implicitamente che la libertà del parodista dovesse necessariamente estendersi per attingere quanto più possibile dall'opera d'arte di riferimento e poi svilupparsi in autonomia. Questo si deduce anche dal § 13 della legge tedesca del 19 giugno 1901¹², basato su quella norvegese di poco precedente¹³ e sul pensiero di Kohler. Nella disposizione tedesca è stabilito che essa non si rivolge contro la satira o la parodia, dove l'idea altrui si sceglie solo come punto di partenza per una nuova creazione, la quale, in virtù del suo scopo umoristico, ha effetti molto diversi da quelli dell'opera utilizzata¹⁴.

⁸ L. Moscati, *Diritti d'autore*, cit., p. 208 ss.

⁹ L. Franchi, *Leggi e convenzioni sui diritti d'autore*, Milano, Hoepli, 1902, p. 351, art. 1. Per una panoramica in materia cfr. G. Lustig, *La parodia nel diritto e nell'arte. Causa D'Annunzio Scarpetta*, Napoli, Libreria Detcken & Rocholl, 1908, pp. 47-54.

¹⁰ L. Franchi, *Leggi e convenzioni sui diritti d'autore*, cit., p. 546, art. 7.

¹¹ Ivi, p. 491, art. 65.

¹² Ivi, pp. 591-592.

¹³ Mi riferisco all'art. 13 della l. 4 luglio 1893, ivi, p. 417.

¹⁴ Cfr. anche Ph. Allfeld, *Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst und über das Verlagsrecht sowie zu den internationalen Verträgen zum Schutze des Urheberrechts*, München, Beck, 1902, p. 134 ss.

L'interesse per la parodia è molto sviluppato in Germania dove è importante anche il contributo della dottrina, e di Kohler in particolare, quando ritiene che i principi relativi ai limiti di utilizzazione di un'opera debbano valere anche per la parodia, dato che essa prende spunto dallo stile e dalle particolarità dell'opera originale, cercando di esasperarne alcuni aspetti. Allo stesso modo singoli brani o riferimenti tratti dall'opera originale possono essere utilizzati dal parodista, come una forma indipendente, con un intento satirico. Egli osserva inoltre che più il parodista critica con garbo, più la sua opera dovrebbe essere accolta positivamente e con serenità senza alcuna richiesta di consenso per la riduzione comica, rispondendo a un'aspirazione di buona convivenza e di libertà sociale, condizione necessaria per svolgere la propria opera intellettuale, tanto più profonda ed efficace quanto meno limitata da regole severe¹⁵.

La teoria di Kohler viene criticata da Piola Caselli¹⁶ che la definisce nebulosa e inapplicabile, perché il diritto d'autore ha la funzione di tutelare e regolare il carattere rappresentativo di un'opera; se ciò mancasse, lo sfruttamento commerciale della stessa non sarebbe più appannaggio dell'autore, ma dell'intera collettività. Egli critica anche la posizione di Gierke¹⁷, che ritiene lecito utilizzare singoli elementi di un'opera altrui, pur nel rispetto del complesso di caratteristiche che identificano la creatività e la personalità dell'autore.

Considera, invece, la dottrina e la giurisprudenza inglesi molto più pragmatiche, nel momento in cui ritengono inutile approfondire il fattore imitativo della parodia, che costituisce il fulcro sul quale si fonda il genere, mentre prediligono verificare se sia stata o meno usurpata la «*substantial identity*», cioè l'identità rappresentativa dell'opera altrui¹⁸.

La dottrina francese analizza «*le fond*» di un'opera e se esso sia trasfuso totalmente o parzialmente nella nuova opera, in maniera riconoscibile o ledendo l'individualità dell'autore parodiato. Mi riferisco in particolare alle opere di Constant, Darras e Pouillet che alla fine del secolo XIX offrono un contributo importante alla discussione e alla circolazione europea della disciplina della parodia¹⁹. Questi criteri, più facilmente individuabili nel caso di opere scientifiche, possono risultare evanescenti in quelle drammatiche che, per disgregare la struttura tragica, rischiano di celare l'obiettivo originale dietro la struttura satirica o comica, nel segno della lecita utilizzazione con un'imitazione non pedissequa. Non possono coesistere, quindi, l'usurpazione dell'azione creativa della personalità con la nuova manifestazione individuale di un'altra personalità che, pur appropriandosi degli elementi propri della tragedia, lo fa solo al fine di decomporli e ricomporli in chiave burlesca.

La parodia deve rispondere, a giudizio di Piola Caselli, alla visione della giurisprudenza inglese, in quanto la «*substantial identity*» dell'opera originale non può integrare

¹⁵ J. Kohler, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz. Eine juristische-ästhetische Studie*, Mannheim, Bensheimer, 1892, p. 112 ss.

¹⁶ E. Piola Caselli, *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione nel Diritto interno italiano comparato col Diritto straniero*, Napoli, E. Marghieri, 1927, pp. 619-623.

¹⁷ Ivi, pp. 625-626.

¹⁸ Ivi, p. 625.

¹⁹ C. Constant, *Code des théâtres*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1876, p. 182; E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Marchal, Billard & C^{ie} Imprimeurs-Éditeurs, 1879, pp. 437-438; A. Darras, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, A. Rousseau éditeur, 1887, p. 113.

l'identità rappresentativa della parodia; ma nello stesso tempo risponde al principio espresso dalla giurisprudenza francese e condiviso dai ricordati giuristi, dato che «*le fond*» del lavoro altrui non può essere riprodotto nella parodia se non come riferimento consapevole, ma ben lontano dal rivestire il ruolo di fattore principale del successo della parodia stessa²⁰. Su queste basi, la parodia, che non va confusa con l'opera originaria, deve contenere un lavoro nuovo e autonomo che il pubblico possa facilmente identificare.

Anche Nicola Stolfi si sofferma sulle leggi spagnola e tedesca e le loro relative posizioni nei confronti della parodia, genere che non ha, a suo avviso, le stesse nobili tradizioni rispetto all'Italia²¹. Sulla base del pensiero di Musatti²², egli ritiene che la parodia sia un genere autonomo dall'opera originale ma che debba comunque ottenere il permesso dell'autore e consentirgli la partecipazione agli utili della parodia sulla sua opera. Egli approfondisce, inoltre, la dottrina in materia e in particolare le definizioni legislative che non ritiene necessarie, dato che i giudici si debbono pronunciare caso per caso sulla liceità o meno di un'opera parodiata, contrariamente a coloro che non ritenevano necessario riservare all'autore il consenso alla parodia della sua opera per impedire la fine di questo genere letterario²³. Stolfi si mostra critico e ritiene impossibile un distacco totale tra le due opere, dato che si tratta di una comicità di relazione, come «forme sfruttatrici e parassitarie» dell'opera primaria che possono intaccare anche i diritti personali del suo autore²⁴.

2. La causa D'Annunzio-Scarpetta

L'importanza della parodia, della sua distinzione con la contraffazione e con il plagio, non era sfuggita anche alla dottrina italiana successiva all'unificazione del Paese, e in particolare alle opere di Enrico Rosmini²⁵, che aveva elaborato la teoria della coesistenza di due tipi di parodia, quella lecita e quella illecita. La prima non crea concorrenza con l'opera parodiata, anzi può addirittura farne una *réclame*, mentre nella seconda i limiti della libertà parodiale vengono oltrepassati con una forma di dipendenza dall'opera originaria. Tale teoria è superata dalle riflessioni dell'inizio del secolo successivo che, sulla scia dei giuristi tedeschi e francesi, danno un inquadramento teorico-giuridico alla parodia sempre più autonomo rispetto all'opera di riferimento.

Soprattutto a seguito della causa D'Annunzio-Scarpetta e delle relative perizie, infatti, si comincia a configurare il rapporto tra parodia e arte e la sua incidenza nei confronti dei diritti degli autori. I concetti di plagio e contraffazione, inoltre, cominceranno a essere delineati dalle elaborazioni della dottrina, in particolare Piola Caselli e Stolfi, e della giurisprudenza a seguito della legge del 1925.

²⁰ E. Piola Caselli, *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, cit., p. 625.

²¹ N. Stolfi, *Il diritto d'autore*, I, Milano, Società Editrice Libreria, 1932, p. 723-731.

²² A. Musatti, *La parodia e il diritto d'autore*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 1909, 7, pp. 163-169.

²³ N. Stolfi, *Il diritto d'autore*, cit., pp. 727-729.

²⁴ Ivi, p. 729.

²⁵ Cfr. E. Rosmini, *Legislazione e giurisprudenza sui diritti d'autore. Trattato dei rapporti fra autori e editori, impresari, direttori teatrali e col pubblico*, Milano, Hoepli, 1890, pp. 481-484.

La causa non ha precedenti specifici in fatto di parodia letteraria, ma si può ricordare la vicenda relativa alla parodia musicale del *Trovatore* di Verdi eseguita al Teatro Manzoni di Roma dalla Compagnia Gargano e portata in causa dalla Casa Ricordi proprietaria dell'opera. Il Tribunale di Roma, dopo alcune perizie musicali che ne denunciavano il plagio, assolve l'imputato perché non ravvisa un'esecuzione abusiva²⁶, ritenendo il caso non assimilabile a quelli previsti dall'art. 3 della legge vigente in quanto costituisce una vera e propria parodia, «un componimento originale, tutto a sé»²⁷. Ricordi, insieme al pubblico ministero, ricorre in Cassazione, che censura la sentenza di primo grado e rinvia la causa al Tribunale di Velletri. Il Tribunale condanna Gargano, escludendo che la rappresentazione possa essere qualificata come «vera e lecita parodia», dato che si è riprodotta l'opera originale con la sola caricatura di un personaggio. L'opera, di proprietà della Ditta Ricordi, è stata quindi rappresentata senza il permesso preventivo e l'esecuzione è conforme all'originale, con conseguente violazione del diritto d'autore²⁸.

Mi sembra chiaro che non sia ancora definito il concetto di parodia, perché quella del *Trovatore* rispondeva piuttosto a una caricatura e non si presentava come un'opera dell'ingegno autonoma da quella originale. La giurisprudenza non era ancora riuscita ad inquadrare la parodia, in assenza di un complesso di norme che la delineassero.

Per quanto attiene allo sviluppo normativo, la legge italiana del 1865 prevedeva un'idea embrionale di tutela delle opere derivate, o meglio “derivati culturali”²⁹, in due articoli molto avanzati relativi alle traduzioni³⁰, senza riferimento ad altre eccezioni. A seguito di specifiche modifiche nel 1875 sulla tutela della rappresentazione e dell'esecuzione delle opere³¹, la successiva legge del 1882, che riunisce quelle del 1865 e del 1875, oltre a equiparare la durata del diritto di rappresentazione a quello di pubblicazione, ribadisce che le riduzioni e le ripetizioni sono assimilate alle riproduzioni riservate all'autore «tranne nel caso in cui il motivo sottostante all'opera originale divenga il tema di un'altra composizione musicale che costituisca una nuova opera»³². Anche tra queste non è menzionato il caso della parodia, che è lasciato alla discrezionalità del giudice.

In relazione a tale articolo, prima dell'approvazione del testo normativo, viene ampiamente discusso alla Camera un disegno di legge per la sua abrogazione e sostituzione che non sarà approvato, ma su cui si svilupperanno analisi approfondite³³. Tra gli

²⁶ Si tratta della sentenza del 26 gennaio 1884 del Tribunale di Roma, in *Bollettino degli atti e notizie della Società italiana degli autori*, 1884, 3, pp. 52-56.

²⁷ Ivi, p. 53.

²⁸ Ivi, 4, 1885, pp. 22-23.

²⁹ G. Ghidini, *Opere dell'ingegno: più libertà per i “derivati culturali”*, in *Quaderni di Dimt*, 2014, 4, pp. 99-103.

³⁰ Cfr. legge del 25 giugno 1865 n. 2337 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno, in *Gazzetta ufficiale delle leggi e decreti del Regno d'Italia*, 1865, 162, pp. 1408-1422, artt. 11 e 12.

³¹ Importante l'opera svolta da Stefano Castagnola su cui cfr. C. Venanzoni, *Il diritto di rappresentazione scenica. Il contributo legislativo e ministeriale dell'avv. Stefano Castagnola*, in S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari (curr.), *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 219-238.

³² L. Franchi, *Leggi e convenzioni sui diritti d'autore*, cit., pp. 3-4, art. 3.

³³ Atti del Parlamento italiano, *Camera dei Deputati, Sessione 1880-81, Discussioni*, X, Roma, 1882: tornate del 25 marzo 1882 (pp. 9821-9848) e del 12 aprile 1882 (pp. 9853-9865).

esempi illustrati per dimostrare la necessità del cambiamento è utilizzata proprio la parodia, come si evince dall'intervento del deputato Indelli che si scaglia contro i limiti inseriti nella proposta, che avrebbero impedito il libero svolgimento della parodia. Tutte le rappresentazioni, infatti, richiedevano il consenso dell'autore³⁴.

All'inizio del Novecento la legge sul diritto d'autore è oggetto di rinnovata attenzione da parte del legislatore, con la costituzione nel 1901-1902 di una Commissione Regia al fine di preparare un progetto di legge che modificasse quella in vigore³⁵. I lavori, che si protraggono fino al 1906, sono, in realtà, poco noti, nonostante ricoprano un'importanza specifica in alcuni aspetti e, per quanto interessa in questa sede, in materia di parodia³⁶. In tale progetto, oltre ad eliminare l'eccezione di "opera nuova" che poteva dare adito ad abusi, si vieta espressamente «il riprodurre sotto forma di parodia un'opera altrui, perché la Commissione non ha dubitato che anche colui, il quale faccia l'aporia di un'opera altrui, goda dell'altrui lavoro»³⁷.

È interessante sottolineare che la disposizione è inserita all'interno delle «Trasgressioni alla presente legge e pene relative» ed è trattata insieme al divieto di riproduzione o spaccio, traduzione illecita e modifica di un'opera sotto il diritto esclusivo dell'autore. Secondo tale norma, si ritiene contraffattore colui che riproduce un'opera in forma di parodia quando è ancora in vigore il diritto esclusivo dell'autore.

Mentre si svolgono i lavori della Commissione e si perfeziona la relazione che accompagna il progetto, si discute la causa D'Annunzio-Scarpetta³⁸. Il 3 dicembre 1904 Eduardo Scarpetta esegue una parodia della famosa tragedia pastorale di Gabriele D'Annunzio *La figlia di Iorio*, dal titolo *Il figlio di Iorio*, dopo essersi recato personalmente a Marina di Pisa per ottenere il permesso del poeta, mostrandogli la sua ammirazione e leggendo una buona parte dell'opera parodiata³⁹.

Subito dopo la messa in scena della prima, interrotta al secondo atto da alcuni spettatori, il direttore generale della Società italiana degli Autori, Mario Praga, per conto di D'Annunzio, cita in giudizio Scarpetta per contraffazione e riproduzione abusiva della tragedia dannunziana a scopo di lucro. Nonostante la richiesta di non luogo a procedere del procuratore Giuseppe Lustig⁴⁰, ne scaturisce un procedimento penale che durerà

³⁴ Ivi, p. 9856.

³⁵ Ministero di agricoltura, industria e commercio. Ufficio della proprietà intellettuale, *Atti della Commissione nominata con Regi Decreti del 15 dicembre 1901 e 15 febbraio 1902 per studiare e proporre le riforme da introdurre nella legge sui diritti degli autori delle opere dell'ingegno*, Roma, Tipografia nazionale di G. Bertero e C., 1907.

³⁶ Ivi, art. 46, pp. 59-60.

³⁷ Ivi, p. 34.

³⁸ I documenti processuali sono stati raccolti dall'editore Morano che aveva pubblicato la parodia (E. Scarpetta, *Il figlio di Iorio. Commedia presepiana, parodia*, Napoli, V. Morano, 1904): *Pel «Figlio di Iorio»*. Processo D'Annunzio-Scarpetta. *Requisitoria Lustig – Perizia Croce-Arcoleo – Discussione Arcoleo – Interrogatorio Scarpetta – Requisitoria De Tilla – Arringhe on. Spirito e C. Fiorante – Sentenza*, Napoli, V. Morano, 1908. Per un'analisi dettagliata delle due opere nel contesto della controversia e della definizione e contenuto della parodia cfr. G. Lustig, *La parodia nel diritto e nell'arte*, cit., p. 84 ss. Si veda anche più di recente F. de Cristofaro, *Codici alla mano. I due figli di Iorio in contenzioso estetico-giudiziario*, in *Between*, 2012, 2, pp. 1-18, consultabile in <https://ojs.unica.it/index.php/between/article/download/811/480/>.

³⁹ L'episodio è riferito più volte durante il processo, anche dallo stesso Scarpetta: *Pel «Figlio di Iorio* cit., pp. 46-51.

⁴⁰ Ivi, pp. 7-32.

quattro anni e che contribuirà a definire il confine tra parodia, contraffazione e plagio. La causa consente di verificare la posizione della giurisprudenza sul permesso preventivo dell'autore, non richiesto dalla legge vigente, e sui caratteri peculiari della parodia⁴¹.

Durante il processo sono chiamati gli ingegni migliori della cultura napoletana. La perizia a difesa di Scarpetta, a firma congiunta di Benedetto Croce e Giorgio Arcoleo⁴², evidenzia come sia necessario sviluppare il rapporto tra arte e diritto. Va tenuto presente che Arcoleo alla fine del secolo precedente aveva pubblicato due conferenze dove sosteneva che la parodia non soltanto non costituisse contraffazione ma che fosse da escludere la richiesta di risarcimento del danno da parte dell'autore parodiato⁴³. La perizia insiste sul carattere diverso dall'opera originale e autonomo da quest'ultima, analizza anche la natura dell'opera e conclude sostenendo che si tratta di "un'opera letteraria sbagliata" e proprio per questo non contraffatta⁴⁴.

La perizia di parte civile di Giulio Massimo Scalinge, Roberto Bracco e Salvatore Di Giacomo, che si presenta da solo durante il processo, si concentra sulle somiglianze tra la "tragedia" di D'Annunzio e la "commedia" di Scarpetta, tratta di generi letterari tipici e fissi, si rifà alla distinzione tra parodia lecita e illecita definita da Rosmini, senza approfondire le diversità che animano le due opere nell'indole e nei toni⁴⁵.

Durante l'interrogatorio, Scarpetta, in un capolavoro di arte comica, si pone in posizione autonoma rispetto alle perizie e sottolinea con forza il significato della sua opera che non ottenne successo perché osteggiata: «Mi preme poi far rilevare ai signori periti *pro e contro* che la mia parodia non è da ritenersi opera sbagliata. Se essa cadde, fu perché la si volle far cadere»⁴⁶. Al Teatro Mercadante, infatti, nel pubblico si erano introdotti alcuni spettatori che avevano voluto creare scompiglio fischiando gli attori e persino l'orchestra, inneggiando a D'Annunzio e invocando la difesa dell'arte italiana⁴⁷. Scarpetta ricorda anche le reiterate richieste di ricevere da parte del poeta il consenso scritto, dopo quello orale, e fornisce alla Corte tutti quegli elementi, come in primo luogo l'eliminazione di un atto dell'opera originale, per dimostrare che la sua fu una vera parodia e non un'opera contraffatta.

Anche nella requisitoria del procuratore De Tilla si sottolinea che Scarpetta non ha violato la legge sul diritto d'autore, che non sanzionava la parodia, e soprattutto che D'Annunzio aveva prima dato il consenso e che in seguito lo aveva ritirato, poco prima dell'inizio della rappresentazione quando Scarpetta aveva ormai effettuato spese ingenti per la sua realizzazione⁴⁸. Egli si sofferma inoltre sulla perizia della difesa da cui dissente per il solo fatto di aver concluso «essere una parodia sbagliata»⁴⁹.

⁴¹ Sulla giurisprudenza in materia di diritto d'autore nel periodo unitario e post-unitario, cfr. L. Moscati, *Diritti d'autore*, cit., p. 166 ss.

⁴² Pel «Figlio di Jorio», cit., pp. 33-36.

⁴³ G. Arcoleo, *L'umorismo nell'arte moderna. Due Conferenze al Circolo Filologico di Napoli*, Napoli, E. Detken, 1885.

⁴⁴ Pel «Figlio di Jorio», cit., p. 36.

⁴⁵ Ivi, p. 73.

⁴⁶ Ivi, p. 44.

⁴⁷ Ivi, p. 50.

⁴⁸ Ivi, pp. 57-93.

⁴⁹ Ivi, p. 78.

La sentenza è pronunciata dal Tribunale di Napoli il 27 maggio del 1908⁵⁰. I giudici sottolineano che Scarpetta aveva chiesto il permesso a D'Annunzio anche se la normativa in vigore non lo prevedeva. Inoltre, nell'affrontare il tema dirimente della vicenda, e cioè se fosse possibile considerare l'opera parodistica *Il figlio di Iorio* una creazione dell'ingegno autonoma e indipendente, i giudici riconoscono pienamente il valore del genere parodia: «la parodia non è vera imitazione dell'opera parodiata; bensì, sotto forma identica (e la maggiore identità è maggiore pregio) rilevasi antitesi sostanziale e profonda; individualità novella»⁵¹.

Essi sottolineano che la parodia imita soltanto apparentemente l'opera primaria e non può quindi presentare gli estremi della contraffazione. Ancora, essa «non sottrae, bensì consolida il profitto dovuto all'autore dell'opera parodiata», rappresentando, al contrario, una delle forme più efficaci di *réclame*, come aveva sostenuto Rosmini⁵². Può, in astratto, configurarsi una contraffazione soltanto nei casi in cui la parodia venga utilizzata come mera bandiera «destinata a nascondere la merce di contrabbando», ad esempio nel caso del semplice mutamento del titolo dell'opera. Dunque, se la parodia mantiene tutte le caratteristiche che le sono proprie, non si può considerare un'opera contraffatta⁵³.

I giudici ripercorrono anche l'iter legislativo, a partire dalla legge del 1865 fino alle modifiche del 1882 che non menziona la parodia, e soprattutto i vari interventi che si sono susseguiti sia per giustificare l'assenza sia per capire le motivazioni della presenza, e le relative discussioni parlamentari, pervenendo ad alcune deduzioni prima di intraprendere la discussione specifica sulle opere⁵⁴. Si tratta della configurazione della parodia come opera autonoma, dell'irrelevanza del fattore imitativo e della sua maggiore o minore consistenza, dell'applicazione di un codice artistico che risponda a determinati canoni, come quello della sostituzione del piacere al dolore o del ridicolo al tragico.

Il Tribunale evidenzia che *Il figlio di Iorio* presenta una differenza abissale nello stile, nel linguaggio, nei personaggi, nei nomi, nelle azioni e negli episodi rispetto all'opera parodiata, nonché, soprattutto, un'antitesi nelle finalità: «L'opera-parodia, nelle sue linee essenziali, mira a produrre, per propri elementi intimi ed obiettivi, il riso e la gaiezza, dove l'opera parodiata determinava sentimenti di dolore, ansie penose, impressioni di spavento»⁵⁵. Anche il titolo delle opere, secondo il Tribunale, è diverso rispondendo al loro contenuto; si tenga anche presente che Scarpetta vi ha aggiunto la dicitura «parodia».

Per queste ragioni, che vengono espressamente richiamate dalla Corte in una sentenza considerata storica, Scarpetta viene assolto da tutte le accuse che gli erano state rivolte per inesistenza di reato. La causa, quindi, avendo analizzato i singoli aspetti e messo in luce il limite tra la parodia e gli altri generi con cui spesso era confusa, ha il merito di averne individuato i caratteri autonomi rispetto alle altre forme letterarie si-

⁵⁰ Cfr. *La legge. Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia*, 1909, 49, pp. 370-377. Si veda più ampiamente *Pel «Figlio di Iorio»*, cit., pp. 201-217.

⁵¹ *La legge*, cit., p. 375.

⁵² E. Rosmini, *Legislazione e giurisprudenza sui diritti d'autore*, cit., p. 482.

⁵³ Cfr. *La legge*, cit., p. 375.

⁵⁴ *Ivi*, pp. 375-377.

⁵⁵ *Ivi*, p. 377.

milari, che con il tempo saranno costruiti in una disciplina nuova e originale. Ma il percorso non è immediato.

Dopo la sentenza, Scarpetta avrebbe potuto iniziare un'azione risarcitoria contro Marco Praga e Gabriele D'Annunzio, che gli avevano causato gravi danni morali e materiali. Secondo la giurisprudenza del tempo⁵⁶, la situazione avrebbe consentito di dimostrare innanzi al magistrato civile il dolo o l'imprudenza di D'Annunzio e della Società degli Autori. La Corte d'Appello di Palermo, in situazioni analoghe, si era pronunciata a favore del risarcimento del danno, dato che il querelante aveva agito con leggerezza e la Cassazione di Roma aveva affermato il principio che la parte civile può essere tenuta a risarcire i danni «qualunque sia la formula di assolutoria dell'imputato»⁵⁷.

Inoltre, alcuni tribunali stabiliscono che l'imputato assolto ha sempre diritto al rimborso delle spese processuali, compresi gli onorari di difesa, anche quando manchi mala fede o imprudenza nel querelante o denunciante. In particolare, la Corte d'Appello di Casale afferma che «all'accertamento dei danni morali non sono richiesti coefficienti concreti di precisa liquidazione, ma basta la provata esistenza del fatto generatore dolo o colposo, perché possa il magistrato valutarne *ex aequo et bono* l'ammontare»⁵⁸. Scarpetta, quindi, avrebbe certamente avuto la possibilità di promuovere azione di risarcimento contro Gabriele D'Annunzio e la Società italiana degli Autori, ma non lo fece, anche perché la causa, pur coincidendo con un momento di svolta nei gusti del pubblico e l'inizio della parabola discendente della sua fortuna artistica, risulta l'elemento determinante nella decisione del ritiro di Scarpetta dalle scene⁵⁹.

3. La fortuna di una sentenza

Nonostante la notorietà dei protagonisti, l'iter della causa non viene ricordato esplicitamente nei lavori della Commissione Reale che si protraggono fino al 1906⁶⁰. In realtà, nel giustificare i limiti introdotti nei riguardi della parodia, si afferma che «conveniva evitare si ripetesse il caso in cui un'autorità giudiziaria ebbe a ritenere che questo fosse lecito»⁶¹. Il riferimento non può essere diretto alla sentenza della causa D'Annunzio-Scarpetta, che sarà pronunciata due anni dopo, ma, con ogni verosimiglianza, a quella di primo grado della parodia del *Trovatore* sopra ricordata. All'estero, invece, la causa veniva esplicitamente citata, come dimostra la rivista *Le Droit d'Auteur* sottolineando che nello stesso 1904 la nota famiglia di editori napoletani Clausetti, oltre a lamentarsi della recrudescenza della contraffazione, si preoccupa della parodia e del-

⁵⁶ Per alcuni elementi salienti cfr. *Pel «Figlio di Jorio»*, cit., pp. 219-221.

⁵⁷ Mi riferisco alla causa Di Lorenzo-Plowden, cfr. Corte di Cassazione di Roma, 7 novembre 1905, in *Rivista universale*, 1905, 19, parte I, pp. 642-643.

⁵⁸ Si tratta della causa Aimar-Moro, cfr. Corte di Appello di Casale, 19 gennaio 1900, in *La legge. Motore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia*, 1900, 90, p. 564.

⁵⁹ Cfr. I. Innamorati, *Rivendicazioni d'autore: Eduardo Scarpetta e la drammaturgia comica degli attori napoletani*, 2017, consultabile in <https://drammaturgia.fupress.net/saggi/saggio.php?id=7002>.

⁶⁰ Ministero di agricoltura, industria e commercio. Ufficio della proprietà intellettuale, *Atti della Commissione nominata con Regi Decreti del 15 dicembre 1901 e 15 febbraio 1902*, cit., p. 154.

⁶¹ Ivi, p. 34.

l'estensione dei diritti degli autori sull'opera parodiata, menzionando proprio la causa D'Annunzio-Scarpetta⁶².

Anche il successivo progetto di riforma della legge sul diritto d'autore del 1909, redatto dalla Commissione Ministeriale a seguito della revisione di Berlino della Convenzione di Berna del 1908 e basato su quello precedente⁶³, si sofferma sulla parodia. Questa volta, però, essa è prevista tra i «diritti riservati all'autore di un'opera», senza alcuna autonoma configurazione né possibilità di sviluppo⁶⁴. Si decide, pertanto, di non perseguire penalmente l'autore di parodia ma di togliergli a monte ogni possibile via di azione.

Per quanto attiene agli sviluppi successivi della parodia, su cui la Commissione del 1901 si era soffermata con molta attenzione, la causa D'Annunzio-Scarpetta blocca la redazione dell'articolo che viene limitato nel progetto del 1909 per poi essere escluso in quello polacco del 1917-1919⁶⁵. Se fosse stato introdotto così come concepito nel 1901, avrebbe impedito alla parodia di presentarsi come opera derivata autonoma.

La legge italiana del 1925⁶⁶ consente la libera utilizzazione delle opere derivate senza una specifica disciplina della parodia, come anche quella del 1941 tuttora in vigore nel testo novellato⁶⁷, che è oggetto di una consolidata interpretazione giurisprudenziale anche sulla base del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero e alla libertà dell'arte e della scienza presto sancito dalla Costituzione⁶⁸. Le elaborazioni di opere protette, come la parodia, non richiedono l'autorizzazione dell'autore né ledono i suoi diritti morali, creando un'opera del tutto autonoma e originale⁶⁹.

La legge francese, pur successiva a quelle di altri Paesi, è uno dei rari casi, precedenti al legislatore europeo, in cui la parodia è esplicitamente riconosciuta e menzionata⁷⁰.

⁶² Cfr. *Le Droit d'Auteur*, 17, 1904, p. 122: 15 ottobre.

⁶³ Ministero di agricoltura, industria e commercio. Ufficio della proprietà intellettuale, *Commissione ministeriale istituita con decreto del 18 marzo 1909. Relazione e progetto di legge dei diritti spettanti agli autori delle opere letterarie ed artistiche*, Roma, Tipografia nazionale di G. Bertero e C., 1910.

⁶⁴ Ivi, art. 3, p. XIV.

⁶⁵ Ministero per l'industria e il commercio. Ufficio della proprietà intellettuale, *Atti della Commissione istituita con D.M. 17 aprile 1917 con l'incarico di esaminare, studiare e proporre le modificazioni da introdurre nella vigente legge sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno*, Roma, Cecchini, 1921, p. 118.

⁶⁶ R.d.l. 7 novembre 1925, n. 1950, art. 2: «Senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originale, ne sono altresì protette le elaborazioni ulteriori, come le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, gli adattamenti, le riduzioni e i compendi, gli adattamenti e le riduzioni per strumenti o mezzi atti a riprodurre l'opera meccanicamente». L'articolo è redatto sulla base del testo dell'art. 2.2 della revisione di Berlino del 1908 della Convenzione di Berna ma, come sostiene E. Valerio, *La nuova legge sul diritto di autore e relativo regolamento con cenni sulla evoluzione storico-giuridica sul diritto di autore sino all'era fascista*, Milano, G. Morreale, 1926, pp. 66-68, la sua formulazione è più comprensiva e tecnicamente più esatta.

⁶⁷ L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 70: «Il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali».

⁶⁸ Sulla base degli artt. 21 e 33 Cost.

⁶⁹ S. Ercolani, *Limiti ed eccezioni ai diritti d'autore*, in *Attualità del diritto d'autore. Studi in onore di Giorgio Assumma*, Roma, Ciampi Editore, 2018, pp. 215-243.

⁷⁰ *Code de la propriété intellectuelle* art., L122.5: «Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut in-

Con le direttive europee *InfoSoc*⁷¹ e *Copyright*⁷², la parodia è prevista come eccezione specifica al diritto d'autore, con un libero uso dell'opera senza alcuna remunerazione. L'inquadramento della parodia nel concetto di "eccezione", invece che in quello di "libertà", è stato oggetto di critica in quanto sottopone le opere parodistiche al vaglio del *three step test*⁷³.

Sono state tracciate, nei loro aspetti più peculiari, le linee di una questione rilevante sia per il valore dei protagonisti sia per la vicenda in sé, approfondita da un punto di vista storico-giuridico nello sviluppo del diritto d'autore nel XX secolo. Vale la pena sottolineare che per tutto il corso del secolo⁷⁴ e ancora di recente la causa D'Annunzio-Scarpetta è oggetto di specifica attenzione come nel caso Tamaro-Luzzatti del 1996, in cui la sentenza del Tribunale di Napoli è definita «un precedente datato ma di fondamentale importanza, tanto da meritare espressa menzione nella pronuncia massimata»⁷⁵.

O ancora pochi anni fa, un progetto teatrale che si deve ai Teatri Uniti napoletani e che si può annoverare tra le più recenti rappresentazioni, è costruito sulla vicenda del processo che abbiamo esaminato⁷⁶. E ora lo splendido film di Mario Martone, in cui Tony Servillo interpreta Eduardo Scarpetta⁷⁷, pone al centro della ricostruzione l'incontro con D'Annunzio, lo svolgimento del processo e il valore di una forma critica che attraverso questa vicenda era riuscita ad affermarsi.

terdire... la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre». Cfr. A. Strowel, *La parodie selon le droit d'auteur et la théorie littéraire*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 26, 1991, pp. 23-69.

⁷¹ Direttiva 2001/29/CE, art. 5. 2: «Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: k) quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche».

⁷² Direttiva 2019/790/UE, art. 17.7: «La cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti deve impedire la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti, che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi, anche nei casi in cui tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezione o limitazione. Gli Stati membri provvedono affinché gli utenti in ogni Stato membro possano avvalersi delle seguenti eccezioni o limitazioni esistenti quando caricano e mettono a disposizione contenuti generati dagli utenti tramite i servizi di condivisione di contenuti online: a) citazione, critica, rassegna; b) utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche».

⁷³ Secondo l'incisiva opinione di Gustavo Ghidini espressa nel webinar *The Directive Copyright in the Digital single Market: ways forward. The Challenges for Art. 17*, tenutosi alla LUISS il 5 maggio 2021.

⁷⁴ Fu definito «clamoroso processo» da G. Milani, *La tutela giuridica della parodia*, in *Rivista della proprietà intellettuale ed industriale*, 1950, 16, p. 11.

⁷⁵ Cfr. Tamaro, Soc. Baldini e Castoldi-Soc. Comix, Soc. PDE, Tribunale di Milano, 29 gennaio 1996, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore*, 36, 1996, p. 669, su cui si veda più in generale G. Ghidini, *Opere dell'ingegno: più libertà per i "derivati culturali"*, cit.

⁷⁶ La scheda dello spettacolo, rappresentato al Teatro San Ferdinando di Napoli, al Teatro Circus Visio-ni di Pescara e al Teatro comunale de L'Aquila nell'autunno 2008, è consultabile in <http://www.teatriuniti.it/spettacolo.php?spettacolo=a-causa-mia>. Per la copia del programma di sala, conservata alla Biblioteca Nazionale di Napoli e contenente specifici approfondimenti, cfr. *Delitto di parodia: A causa mia, il processo D'Annunzio-Scarpetta*, soggetto di Antonio Vladimir Marino; drammaturgia Antonio Marfella, Antonio Vladimir Marino, Luciano Saltarelli, Francesco Saponaro; regia Francesco Saponaro, Napoli, 2008.

⁷⁷ «Qui rido io», uscito nelle sale cinematografiche il 9 settembre 2021.

Il procedimento elettorale preparatorio: la Corte chiama, il Parlamento risponde

Gaetano Azzariti

1. Credo opportuna, anzitutto, una riflessione di carattere generale con riferimento alla Corte più che al Parlamento; un'osservazione che però ritengo debba essere tenuta in forte considerazione anche dal Parlamento se vuole – come deve – porsi in sintonia con il giudice costituzionale e conservare una sua centralità nell'ambito della forma di governo, evitando di porsi o farsi porre ai margini, cedendo i propri spazi di autonomia politica ad altri.

Bisogna in effetti prendere atto di un nuovo e vigoroso attivismo della Consulta, che chiama in causa anche gli altri organi costituzionali.

Prima – a partire dalla sentenza n. 356/1996 – rivolgendosi ai giudici, richiedendo ad essi di non rinviare questioni che potessero avere una *interpretazione conforme a Costituzione*. Una giurisprudenza che ha chiamato ad una nuova responsabilità i giudici e ha assegnato ad essi un compito di interpretazione orientata in nome della salvaguardia della superiore legalità costituzionale.

Nella fase più recente, piuttosto che interloquire con i giudici, la Corte sembra orientata a voler dialogare con il Parlamento. Finito il tempo delle *sentenze monito*, rimaste sostanzialmente inascoltate dal Parlamento, ma, a ben vedere, anche dal Governo, che praticamente mai hanno dato seguito alle sollecitazioni del giudice di legittimità costituzionale, si è ora passati a più dirette richieste di intervento rivolte espressamente, non al Governo, bensì direttamente ed esclusivamente al Parlamento. In verità, prima della sentenza n. 48/2021 che siamo chiamati a discutere, la Corte nei tempi più recenti ha utilizzato un'altra tecnica, quella del rinvio a data fissa delle sue decisioni che già preannunciavano la futura incostituzionalità, accompagnata dall'esplicita richiesta di una nuova normativa. Così il ben noto Caso Cappato che ha dato origine a questa serie di decisioni con l'ordinanza n. 207/2018, che poi – trascorso inutilmente un anno – ha provocato la preannunciata declaratoria di incostituzionalità della normativa sull'assistenza al suicidio con la sentenza n. 242/2019. La medesima modalità di interlocuzione con il Parlamento è proseguita con l'ordinanza n. 132/2020 sul carcere ai giornalisti e di recente con l'ordinanza n. 97/2021 sull'ergastolo ostativo. Anche questa tecnica processuale – almeno sino ad ora – non sembra però riuscire a produrre quel dialogo che la Corte sollecita.

Forse anche valutando lo scarso seguito delle incostituzionalità preannunciate ma non immediatamente dichiarate, ora si adotta una diversa forma di interlocuzione, in

cui la decisione è di inammissibilità e non fondatezza, ma in motivazione si enunciano chiaramente le ragioni di un «necessario intervento del legislatore», di cui si dichiara espressamente di rimanere «in attesa» (vedi la sent. n. 48/2021, punto 4.5 del motivato in diritto). Come dire un «monito rinforzato», un pressante invito al legislatore a porre fine ad una situazione che sconta – sono parole delle Corte – «un evidente vuoto di tutela giurisdizionale», contraria alla “grande regola” del diritto al giudice. Una richiesta, dunque, di intervenire su una zona franca, quantomeno nella sua dimensione effettiva e tempestiva, che – sono ancora parole della Consulta – «non è accettabile in uno stato di diritto».

Una nuova forma di sollecitazione alle Camere che – a differenza dei precedenti, magari perché proposta con carattere meno ultimativo – sembra poter raccogliere una qualche maggiore attenzione, registrando un iniziale successo: questo ciclo di audizioni e il seguito che mi auguro possa avere dimostrano l’attuale maggiore sensibilità del Parlamento. Eccoci qua, infatti, a discutere un possibile intervento del Senato o, comunque, a riflettere formalmente nella sede propria parlamentare del “che fare?” a seguito della pronuncia della Consulta. Me ne compiaccio e credo che bene faccia questa commissione a prendere sul serio le osservazioni critiche del giudice delle leggi, non solo per spirito di leale collaborazione, che deve sempre contrassegnare i rapporti tra le istituzioni, ma anche per ragioni più materiali – o se volete “egoistiche” – di conservazione del proprio ruolo: non può il Parlamento rinunciare a dare risposte adeguate alle sollecitazioni ripetute che gli provengono dall’esterno. Come inizialmente paventavo, finirebbe per porsi ai margini della nostra forma di governo lasciando lo spazio suo proprio ad altri soggetti o poteri, ora alla Corte, domani al Governo, rischiando di rimanere vittima – anzi farsi artefice esso stesso – della propria autoemarginazione.

Tutto ciò per dire che un seguito alla richiesta d’intervento della Corte è importante venga dato. Ma quale?

2. Passando allora al merito della decisione della Corte e alle sue osservazioni sul procedimento elettorale preparatorio, mi sembra che possano distinguersi due tipi di considerazioni: da un lato, i rilievi relativi al procedimento di regolamentazione delle firme necessarie per la presentazione delle liste, che rende incerto il diritto di elettorato passivo; dall’altro, quello più specifico e delicato della assenza di *tutela giurisdizionale efficace e tempestiva* con riferimento all’intera fase preparatoria delle elezioni, che finisce per compromettere diritti politici fondamentali.

Con riferimento al primo aspetto ha buon gioco la Corte, ma ancor prima il giudice *a quo*, a rilevare come la situazione attuale sia contrassegnata da una eccessiva incertezza: basta pensare come dal 2006 si sono succeduti una serie continua di interventi legislativi, tutti promossi alla vigilia delle elezioni, per introdurre deroghe, attenuare ovvero escludere del tutto la necessità di raccogliere l’elevato numero di firme nel poco tempo previsto dalla normativa vigente. In alcuni casi, nel 2018, riducendo il numero delle sottoscrizioni richieste a solo un quarto; in altri casi, a seconda del tipo di elezioni politiche, amministrative o europee, stabilendo diversi criteri di esenzione: dal più rigoroso, che richiede che le formazioni politiche siano costituite in gruppi parlamentari in entrambe le Camere dall’inizio della legislatura, a quelli per l’elezione del Parlamento europeo e per alcune elezioni dei Consigli regionali, per le quali è sufficiente la presen-

za anche di un solo rappresentante eletto in una delle due Camere o al Parlamento europeo. Una disparità di trattamento difficilmente giustificabile.

Senza peraltro voler tener conto di un'altra ragione che non è solo politica, ma che coinvolge uno dei principi cardine dello Stato liberal-democratico: l'eguaglianza di *chance* di tutti i competitori ai blocchi di partenza. La Corte parla di effetto di "*cristallizzazione*" *implicita* a favore della rappresentanza esistente, non potendo certo far valere un principio politico in sede di sindacato di costituzionalità di una legge (sebbene il principio d'eguaglianza tra i competitori politici si sarebbe potuto richiamare in modo più esplicito); ciò non toglie che, invece, in sede parlamentare e di eventuale riforma del sistema di raccolta delle sottoscrizioni la ricerca di una sostanziale parità delle armi dovrebbe indurre a *estendere a tutti la richiesta di sottoscrizioni* (volendosi escludere di poter seguire la strada inversa della generalizzata eliminazione dell'onere di raccolta di un certo numero di firme per evitare la presentazione di formazioni del tutto prive di un minimo di credito e seguito sociale). D'altronde in questa fase di forti cambiamenti, di nascita di nuove forze politiche, di scomposizione di quelle esistenti, l'esenzione che premia chi cinque anni prima aveva una consistente rappresentanza (tale da poter costituire gruppi parlamentari in entrambi i rami del Parlamento) non sembra potersi più giustificare. Un effetto di cristallizzazione che finirebbe per ostacolare il cambiamento e la libera dinamica politica.

Un'ampia discrezionalità è poi rimessa al legislatore – ed è riconosciuta espressamente alla Corte – per quanto riguarda il contenuto di una auspicata novella normativa sulla raccolta delle sottoscrizioni per la presentazione delle liste, sia con riferimento al *numero delle firme*, sia con riferimento alla *modalità della raccolta* delle stesse, sia, infine, con riferimento ai *tempi* più o meno ristretti. Solo un limite ed un'avvertenza sono da richiamare.

Per quanto riguarda il limite si deve evitare di rendere eccessivamente complessa la raccolta delle sottoscrizioni, avendo la norma lo scopo di verificare la sussistenza di un'effettiva minima rappresentatività sociale della forza politica che desidera presentarsi alle elezioni e non invece ostacolare il diritto di elettorato passivo. Certo, dal punto di vista della stretta legalità costituzionale si tratta di un limite ampio, dovendosi evitare solo la "irragionevolezza manifesta della disciplina", secondo quanto da tempo richiesto dalla giurisprudenza costituzionale in materia elettorale, ivi compresa la fase preparatoria. Ma anche in termini di sola "buona legislazione", oneri fortemente penalizzanti l'accesso alle competizioni elettorali – politiche, ma anche di diverso tipo – non troverebbero fondate ragioni, dovendo il buon legislatore favorire la partecipazione politica, anche quella che si sostanzia nella presentazione alle elezioni di diverse forze politiche organizzate. Sarà poi il corpo elettorale a valutarne la consistenza.

Per quanto riguarda l'avvertenza è da rilevare come la nuova auspicata normativa dovrà tenere presente la riduzione del numero dei parlamentari da eleggere, nonché la legge elettorale che si vorrà adottare (se sarà quella vigente ovvero una diversa non è facile prevedere in questa fase). Limitiamoci per ora ad una chiara esemplificazione. L'eventuale riduzione del numero dei collegi con la conseguente loro estensione territoriale diminuirebbe l'onere di raccolta delle sottoscrizioni e potrebbe giustificare un più alto numero di firme richieste. Ovviamente vale la reciproca: quanto più sono i collegi e ridotti i territori, tanto più è oneroso e complesso raggiungere un numero elevato

di sottoscrizioni. In realtà – come ha anche rilevato la Corte – si dovrebbe tener presente la complessiva articolazione dei collegi istituiti in concreto nel territorio nazionale, in considerazione della loro dimensione e popolazione; poiché appare censurabile, scrive la Consulta, «la previsione di un numero sempre uguale di sottoscrizioni, pur in collegi plurinominali non comparabili, appunto per dimensione, popolazione, articolazione territoriale».

Proprio l'avvertenza che ho ora proposto porterebbe a dire che la sede propria per la riforma della normativa vigente in tema di raccolta delle sottoscrizioni per la presentazione delle liste sarebbe quella contestuale alla riforma del sistema elettorale. Purtroppo, però, l'incertezza sul futuro della legge elettorale credo imponga, all'opposto, di pensare ad un intervento *ad hoc*. Mentre infatti la modifica dell'intero sistema elettorale può essere considerata al più *politicamente opportuna* (magari da alcuni persino *politicamente dovuta* a seguito dell'ultima riforma costituzionale), la riforma del sistema di presentazione delle liste e la più ampia ridefinizione dell'intera fase preparatoria appare *costituzionalmente necessaria*, dovendosi ritenere essenziale colmare il vuoto di tutela giurisdizionale denunciato dalla Corte nella sentenza che stiamo esaminando. Ciò tanto più se si considera che la possibilità di arrivare ad adottare una nuova legge nella sola materia pre-elettorale è assai più fondata, visto l'oggettivo minor tasso di politica e criticità, rispetto all'eventuale obiettivo di collegare tale riforma a quella propriamente elettorale. Dunque, seppure a scapito della linearità dell'intervento riterrei assai più saggio pensare ad un provvedimento normativo immediato e *ad hoc* sui soli temi del procedimento elettorale preparatorio.

3. È qui che si pone il secondo e più delicato tipo di considerazioni svolte dalla sentenza in commento. È questa la parte più innovativa della decisione della Consulta. La Corte denuncia, infatti, apertamente – come mai in passato – il vuoto di tutela giurisdizionale riferibile a diritti politici fondamentali, inaccettabile in uno stato di diritto.

I passaggi fondamentali sono due. Da un lato, la chiara affermazione – già formulata dalla Consulta in diverse precedenti decisioni (*ex plurimis*, sent. n. 387/1966 e sent. n. 259/2009) – della natura amministrativa e non giurisdizionale delle decisioni adottate dagli Uffici centrali circoscrizionali e dall'Ufficio centrale nazionale sulla ricusazione delle liste o di dichiarazione di invalidità delle candidature; dall'altro, l'impossibilità in via di fatto di rivolgersi al giudice naturale da parte di chi si ritiene leso nel proprio diritto di elettorato passivo. Quest'ultimo non potrebbe in nessun caso ottenere il riconoscimento del proprio diritto, «quantomeno nella sua dimensione effettiva e tempestiva», poiché, evidenzia la Corte riprendendo un suo precedente (sent. n. 236/2010), l'azione di accertamento, che pure può essere esperita dinanzi al giudice ordinario, non giungerebbe se non in un momento successivo allo svolgimento delle elezioni, in tal modo precludendo un'effettiva tutela delle situazioni soggettive immediatamente lese, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost. Ricorda in proposito la Corte come «ogni forma di tutela che intervenga ad elezioni concluse appare inidonea ad evitare che l'esclusione del provvedimento illegittimo abbia, nel frattempo, prodotto un pregiudizio».

Né d'altronde – ed è questo il nodo di fondo – può farsi valere l'eccezione e la forza precettiva dell'art. 66 Cost. che «non copre il contenzioso pre-elettorale» scrive a chia-

re lettere la Consulta. Sicché la prassi – spesso avallata dalla giurisprudenza di legittimità e suffragata dagli stessi orientamenti delle Giunte delle elezioni di Camera e Senato – di includere ogni contestazione relativa al procedimento elettorale alla riserva delle Camere non appare giustificata. L'art. 66 Cost. – enuncia ora in modo inequivocabile la Corte – è posto a garanzia dell'autonomia delle Assemblee parlamentari e riguarda esclusivamente i titoli di ammissione dei propri componenti, ovvero dei proclamati eletti, e solo quest'ultimi. Per chi non ha avuto accesso alla fase elettorale e per le generali contestazioni pre-elettorali, dunque, il vuoto di tutela si riproduce anche di fronte alle Giunte delle Camere ad elezioni avvenute.

È evidente a questo punto che si impone la necessità di riaffermare la grande regola dello stato di diritto e di una tutela effettiva e tempestiva. Ed è questo il compito ritenuto "necessario" e richiesto ora alle Camere.

Ma quale intervento in concreto è sollecitato alle Camere, o almeno in quale direzione dovrebbe svilupparsi tale intervento?

Anche in questo caso non può che ribadirsi l'ampia discrezionalità del Parlamento, sebbene siano ugualmente chiare e significative le indicazioni della Corte. La principale – l'unica su cui in questa sede mi soffermo – è quella relativa alla necessità di garantire l'*effettività* e la *tempestività* della tutela giurisdizionale nei confronti di decisioni in ipotesi lesive del diritto soggettivo all'elettorato passivo (ma più in generale di tutti i diritti collegati alla fase preparatoria delle elezioni, come la riconsiderazione delle liste o l'incandidabilità dei singoli).

Proprio questa esigenza di effettività e tempestività renderebbe improprio un sistema che prevedesse il sindacato di quel che è, in via di principio, il giudice naturale dei diritti, ovvero il giudice ordinario; il quale giungerebbe a fare giustizia (*recte*: ad accertare la lesione del diritto) troppo tardi, solo una volta esaurita la successiva fase elettorale, e dunque – come s'è prima indicato – quando già è stato consumato il pregiudizio e nulla è più possibile fare per salvaguardare lista o candidati, finendo per compromettere le garanzie di cui agli artt. 2, 51, 24 e 113 Cost.

Da qui il suggerimento netto e chiaro di approvare una legge che conferisca la competenza esclusiva al giudice amministrativo, confidando sulla maggiore rapidità di questo giudizio e sulla possibilità di una tutela immediata. Personalmente non credo neppure che tutti i problemi di tempestività e effettività possano essere superati solo scegliendo un giudice diverso da quello ordinario, però è vero che senza tale opzione pare irrealistica ogni altra soluzione. Dunque, essa rappresenta una condizione minima necessaria, rimanendo poi da costruire un sistema adeguato di garanzie in grado di bilanciare i due valori in gioco: da un lato, la tutela del diritto di elettorato passivo, dall'altro, la necessità di non interrompere la procedura elettorale ormai avviata e i tempi rapidi del suo svolgimento.

D'altronde che l'affidamento alla competenza esclusiva del giudice amministrativo delle controversie concernenti gli atti del procedimento elettorale preparatorio rappresenta la via maestra lo dimostra anche il precedente della delega contenuta nella l. 18 giugno 2009, n. 69, ove (all'art. 44, co. 2, lett. d) si era prevista proprio tale soluzione. La delega, com'è noto, non fu mai attuata. Si tratterebbe ora di seguire la medesima strada, con una nuova legge di delegazione *ad hoc* da approvare nei termini più brevi possibili.

Appare opportuno però aggiungere anche l'auspicio che le Camere riescano a formulare principi e criteri direttivi assai stringenti, definendo senza incertezze l'ordine d'insieme di un sistema di tutela così delicato per gli equilibri costituzionali complessivi. Una delega, dunque, "a maglie strette", ovvero con indicazioni puntuali per il Governo, il quale, seppure legislatore delegato, non dovrebbe avere molto spazio di intervento su una materia propriamente parlamentare e pur sempre collegata alle modalità di formazione dell'organo costituzionale.

Si ricorda infine – se mai ve ne fosse bisogno – che, per via di quanto disposto dal primo comma dell'art. 103 Cost., senza un'indicazione diretta ed esplicita di una legge un medesimo esito non sarebbe altrimenti conseguibile: né in via interpretativa (i giudici amministrativi non potrebbero far valere la propria competenza in via pretoria), né la Corte potrebbe far venir meno questa vera e propria zona franca di tutela costituzionale, come dimostra o confessa la decisione in commento, da qui la pressante richiesta al Parlamento. Questa volta è solo il Parlamento che potrà salvare i valori costituzionali in gioco. Una responsabilità che non è solo politica.

4. Un'ultima considerazione, che dovrebbe ulteriormente sollecitare le Camere ad un intervento risolutivo nella direzione indicata dalla Consulta. Sebbene la Corte non ne faccia riferimento è ben nota la decisione della *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo pronunciata nel luglio dello scorso anno (Corte EDU, *Gr. Ch.*, 10 luglio 2020, *Mugemangango vs Belgium*) che ha portato alla condanna della normativa belga per violazione (oltre che dell'art. 3 del Protocollo addizionale) dell'art. 13 della Convenzione in quanto le autorità nazionali non avevano garantito l'effettività della tutela giurisdizionale. Secondo alcuni s'è trattato di un monito indiretto anche per l'Italia, preannunciando una possibile condanna del nostro Paese nel caso si giungesse dinanzi a quel tribunale.

Non so dire quanto tale previsione sia fondata – anche la Corte di Strasburgo in realtà ammette una larga discrezionalità dei Parlamenti nazionali in materia – ma certamente il principio di precauzione sollecita, anche da questo punto di vista, un rapido ed incisivo intervento in materia.

La Repubblica “romana” e lo studio del diritto pubblico in una prospettiva europea*

Angelo Antonio Cervati

Sommario: 1. Il “Decreto fondamentale” del 9 febbraio 1849 e la scrittura dei principi costitutivi. – 2. L’Assemblea costituente e la diversa struttura giuridica e sociale dei due progetti di costituzione. – 3. La “democrazia pura”, le autonomie territoriali, la libertà e le garanzie costituzionali. – 4. Il contenuto etico dei valori costitutivi della costituzione romana, l’idea di “popolo” e gli equilibri europei. – 5. Lo studio della storia e la dimensione internazionale del Risorgimento italiano.

1. Il “Decreto fondamentale” del 9 febbraio 1849 e la scrittura dei principi costitutivi

La Repubblica romana del 1849 si presenta come un’esperienza sociale e costituzionale meritevole tuttora di attenzione per le riflessioni che suggerisce e per il significato storico e politico che assume rispetto alle altre “rivoluzioni” europee del 1848-49. Essa si differenzia dalle altre vicende di innovazione politica e costituzionale del tempo per l’originalità dei suoi aspetti sociali e di diritto costituzionale e internazionale, oltre che per alcuni profili che riguardano in particolare il diritto amministrativo e quello ecclesiastico. Per approfondire la riflessione su questi temi occorrerebbe rinunciare alla retorica delle celebrazioni e alle tentazioni di costruire astratti sistemi di concetti che potrebbero fondarsi sui miti dello *Staatsrecht* prussiano o di quello austriaco, come anche sulle dottrine tradizionali del *droit constitutionnel* francese, ed evitare nello stesso tempo esegesi troppo strette dei testi normativi “romani”, comprese le enunciazioni della Costituzione del 3 luglio 1849. La Repubblica romana era stata proclamata già il 9 febbraio 1849, insieme alla dichiarazione della fine del “potere temporale dei Papi”, cinque mesi prima della emanazione della Costituzione del 3 luglio. A questa dichiarazione formale si erano poi aggiunti, fin dall’inizio, una prassi amministrativa e atti giu-

* Questo scritto costituisce la rielaborazione di una ricerca svolta dall’autore in occasione di un Convegno dell’AIC presieduto dal Prof. Gaetano Silvestri il 17 aprile del 2019 e pubblicato sulla *Rivista AIC* del 2020, 2. In essa si fa anche talora riferimento a uno scritto pubblicato dallo stesso autore con il titolo: *Testi e valori costitutivi della repubblica romana*, nella collana Il Monitore costituzionale diretta da Alessandro Torre, Macerata Liberolibri, 2019.

ridici molto importanti, non tanto perché si trattava di norme imperative, quanto perché si fondavano su orientamenti valutativi, etici e giuridici che poggiavano su maggioranze assembleari consapevoli dello spirito che animava le idee repubblicane.

L'Assemblea costituzionale ebbe il compito fondamentale di scrivere una costituzione secondo cui si sarebbe retto il nuovo Stato dei territori già soggetti al Papato, che venivano indicati con l'espressione "stati romani", un'espressione che è già di per sé segno di una cultura lontana mille miglia da quella dello *Staatsrecht*. Il processo di scrittura dei testi e documenti del diritto costituzionale romano è diretto a dare forma stabile ai nuovi principi costitutivi dell'ordine giuridico e rappresenta nello stesso tempo una prova dell'esistenza in quei territori di una tradizione giuridica e di una cultura sociale degne di tutto rispetto. I primi passi della nuova esperienza costituzionale suscitano grandi attese nell'opinione pubblica dei territori "romani", che si troveranno a condividere quella straordinaria esperienza politica e giuridica del nascere di un'Assemblea costituente eletta dal popolo a suffragio universale e animata da una visione del mondo autenticamente liberale. La cultura su cui si fondava tale visione rappresentava l'ambiente ideale in cui potevano maturare ulteriori riflessioni, attraverso un ampio e proficuo dibattito che avrebbe potuto costituire un esempio per una successiva Assemblea costituente italiana auspicata allora da varie parti. Le diverse iniziative costituzionali non avevano riguardo solo all'eliminazione dell'organizzazione amministrativa del vecchio ordinamento della Chiesa cattolica, quello che aveva continuato a ispirare lo Statuto adottato da Pio IX il 14 marzo 1848, ma tenevano conto dell'esigenza di stabilire più equi rapporti sociali e non solo degli orientamenti ispirati alla cultura liberale, in un'epoca in cui le correnti del pensiero liberale non si identificavano con quel moderatismo che considerava con sospetto, come espressioni di avventurismo politico, le costituzioni e le libertà individuali¹.

I giuristi delle diverse regioni italiane erano consapevoli delle dimensioni territoriali e internazionali che assumevano le rivendicazioni delle popolazioni delle provincie italiane rispetto a quelle degli altri popoli più influenzati dalle tradizioni dell'Austria o dalla cultura francese o del Regno Unito. Venivano da varie parti severe critiche al vecchio mondo conservatore, monarchico, clericale e aristocratico, spesso più favorevole al mantenimento dei privilegi giuridici e sociali dipendenti da antiche tradizioni², rispetto alle quali la Repubblica romana rappresentava un fenomeno tipicamente

¹ Sul tema della rivoluzione europea si può citare anzitutto L. Salvatorelli, *La rivoluzione europea*, Milano, Rizzoli, 1949, p. 332, che, a proposito degli anni 1848-49 afferma: «La rivoluzione si fermò dappertutto a metà, quando non addirittura all'inizio. Non rinnovò le strutture, né sostituì le caste dirigenti ... La rivoluzione del Quarantotto fu essenzialmente un movimento di opinione pubblica: il più grandioso movimento di opinione pubblica, come estensione, come intensità e come rapidità di sviluppo che si sia mai visto nella storia», e aggiunge: «Perché la rivoluzione trionfasse stabilmente ... occorre che rimanesse il fronte unico rivoluzionario» (Id., *La rivoluzione europea*, cit., p. 332 ss.); A proposito della "rivoluzione romana" egli osserva: «a Roma l'esperimento riuscì intero ... fu un esperimento educatore di democrazia, fondato sulla libertà e movente verso il progresso sociale» (Id., *La rivoluzione europea*, cit., p. 335 ss.).

² Sull'eco europea delle vicende della Repubblica romana si veda L. Salvatorelli, *La Rivoluzione Europea*, cit. *passim* e spec. p. 309 ss. «Il conflitto tra Potere temporale e democrazia, fra il papato e il risorgimento, era ormai aperto e irrimediabile. Non era infatti solo causa romana, ma italiana: a Roma si accorreva da ogni parte d'Italia ... c'erano Garibaldi con la sua legione, Arcioni e Manara con i volontari lombardi. Si affermava la solidarietà internazionale, con duecento polacchi e cento della legione straniera. Non per questo

italiano: esse si incentravano in particolare sul riconoscimento del carattere anacronistico del potere temporale dei Papi e sull'esigenza di rafforzare le garanzie individuali. L'esperienza costituzionale romana attirò fin dall'inizio l'attenzione dell'opinione pubblica e della cultura europea che guardavano con interesse agli sviluppi dei sentimenti nazionali dei diversi popoli e consideravano il modo in cui affrontare le trasformazioni dello Stato romano nel quadro degli equilibri europei. I rapporti tra i principi del diritto costituzionale e quelli del diritto internazionale rappresentavano uno dei capitoli più complessi dell'intero diritto pubblico e i maggiori scrittori di diritto costituzionale dell'Ottocento avevano chiara consapevolezza di ciò.

L'esperienza della Repubblica romana, sia da un punto di vista formale che sostanziale, inizia con la solenne dichiarazione della fine del potere temporale dei Papi e con la proclamazione della Repubblica romana, attraverso l'emanazione del "*Decreto 9 febbraio 1849*", che reca il titolo "*Decreto fondamentale della Assemblea costituente sulla decadenza del Papato e sulla proclamazione della Repubblica Romana*". Il testo invece della Costituzione del 3 luglio 1849 è il risultato di un'accelerazione dei lavori da parte dell'Assemblea, che si vide costretta a affrettare i tempi necessari per l'elaborazione finale della costituzione procedendo all'adozione di un testo che assumeva più un significato politico e simbolico che non quello di una costituzione portatrice di contenuti puntuali suscettibili di effettiva applicazione, perché era ormai evidente che la Repubblica romana stava per finire per effetto della sua avvenuta "*debellatio*" da parte degli eserciti invasori.

Tornando invece al testo del "*Decreto fondamentale*", questo può ben essere considerato come una vera e propria costituzione entrata effettivamente in vigore, esemplare per la sua concisione e per l'estrema chiarezza dei suoi quattro articoli. Esso rappresenta l'atto costitutivo del nuovo assetto politico ed è diretto a proclamare la Repubblica nel presupposto che il "*governo temporale*" dei Papi sia decaduto definitivamente "*di fatto e di diritto*" (art. 1, «il Papato è decaduto di fatto e di diritto dal governo temporale dello Stato romano»). Il decreto afferma, in secondo luogo, all'art. 2, che «Il Pontefice Romano avrà tutte le guarentigie necessarie per la indipendenza nell'esercizio della sua potestà spirituale» e stabilisce, all'art. 3, con la stessa concisione e essenzialità: «la forma di governo dello Stato romano sarà la democrazia pura» mentre lo Stato «prenderà il glorioso nome di Repubblica romana», in attesa che si realizzi quella unità nazionale che i Costituenti non intendevano perdere di vista, come risulta anche dalla lettura dei dibattiti parlamentari; faceva infine seguito l'art. 4, secondo cui la Repubblica «avrà col resto d'Italia le relazioni che esige la nazionalità comune»³.

erano assenti i cittadini dello Stato pontificio: veramente tutta l'Italia, cioè la migliore parte di essa, quella che portava in sé l'avvenire della patria, era concentrata in Roma». Per una diversa concezione della cultura europea dell'Ottocento e dell'impegno degli intellettuali, si veda F. Heer, *L'Europa madre delle Rivoluzioni*, traduzione Vigezzi, Milano, Il Saggiatore, 1966, p. 12 ss.

³ Solo nel 1870, dopo l'entrata a Roma dell'esercito italiano, cui farà seguito un plebiscito e il «Regio decreto 9 ottobre 1870, n. 5903, col quale si dichiara che Roma e le Province romane fanno parte integrante del Regno d'Italia», e si ricordano i voti espressi in tal senso dal Parlamento italiano e dal governo; elementi dai quali si ricava «il concetto che, cessato il dominio della Chiesa, si avesse ad assicurare l'indipendenza dell'autorità spirituale del Pontefice romano». Dopo il 30 giugno 1849 cesseranno i tentativi di scrittura di una costituzione per l'Italia unita e solo il 20 ottobre 1970 in seguito ai plebisciti e ai decreti reali di anness-

La contrapposizione dei due testi, il "Decreto fondamentale" del febbraio e la Costituzione del 3 luglio, non deve però sminuire l'importanza soprattutto della prima parte della Costituzione romana e in particolare quella dei "Principi fondamentali", alla cui scrittura l'Assemblea dedicò tanto impegno facendo in modo che essi, pur essendo parte di una Costituzione mai entrata realmente in vigore, restassero una testimonianza di idee che poteva circolare in ogni parte d'Italia – come un manifesto che potesse guidare ogni futuro tentativo di scrivere una carta costituzionale repubblicana – costituendo per così dire la riprova che le previsioni letterali non si reggono tanto sulla loro efficacia formale quanto sullo spirito che le anima. Non va d'altra parte trascurato che, come è stato osservato da uno dei più convinti sostenitori dei valori della Costituzione romana, come Mauro Ferri, i costituenti romani non hanno mai ceduto «alla tentazione di ridurre la Carta costituzionale ad una solenne proclamazione di principi astratti», neppure nei momenti in cui l'idea di scrivere una costituzione repubblicana rappresentò solo una speranza da rinviare al futuro⁴.

La prima condizione per trarre profitto dallo studio di quella esperienza è di non irrigidire i contenuti essenziali della carta costituzionale romana, né di alcuni momenti della prassi repubblicana, come se si trattasse di norme di contenuto precettivo, e di considerare le testimonianze storiche e politiche come elementi realmente acquisiti, almeno allo stato delle cose. La seconda considerazione che sembra utile fare è che occorre essere consapevoli che in quell'esperienza si manifestarono fin dall'inizio forti contraddizioni legate a comportamenti sociali e giuridici che non erano riconducibili a un'effettiva prassi sociale e istituzionale. Nelle regioni del Lazio, Umbria, Marche e Emilia Romagna la partecipazione delle popolazioni alla vita delle istituzioni locali era particolarmente intensa e la prassi politica era più vivace rispetto ad altre parti d'Italia, che continuavano ad avvertire l'influenza austriaca o borbonica o quella di altre nazioni europee⁵. I ceti sociali medio e piccolo borghesi, gli artigiani, i commercianti, i profes-

sione delle diverse Province italiane, si giunse all'estensione dello Statuto carloalbertino al Regno d'Italia.

⁴ M. Ferri, *Costituente e Costituzione nella Repubblica romana del 1849*, in *Diritto e società*, 1989, p. 50 dove si osserva che «i costituenti...erano ben consapevoli che la Repubblica aveva i giorni contati; che la stessa loro sorte personale era gravida di incognite, di rischi».

⁵ L'interpretazione dei fatti che prevalse nettamente nell'Assemblea, fu contrastata soprattutto da T. Mamiani, rappresentante della Provincia del Metauro, che nell'*Intervento alla seduta dell'8 febbraio 1849*, in *Atti dell'Assemblea costituente*, p. 55 ss., afferma che essendo anch'egli convinto che «la Repubblica è il Governo il quale si confà meglio con dignità della nostra natura, e tocca l'ideale della perfezione civile», invita l'Assemblea esaminare meglio "l'opportunità" di dichiarare decaduto il potere temporale dei Papi, per le conseguenze che ne deriverebbero alla "*comune salute d'Italia*"; egli sottolinea, in particolare, che anche se fosse possibile convertire i Toscani alle forma di governo repubblicana più agevolmente di altri popoli, sarà difficile il conservarla persino in Toscana; tale scelta sarebbe inoltre impraticabile in Piemonte, Liguria, come in Lombardia; egli esprime anche dei dubbi sulla solidarietà della Francia e ritiene che non si possa realisticamente pensare alla partecipazione degli altri popoli europei "*non ancora in pieno modo emancipati*". Secondo Mamiani, nelle insurrezioni del 1848, sulla base delle esperienze di Vienna e di Berlino, tende ormai "*a predominare in Europa uno spirito di conservazione e di resistenza*" nei confronti dei moti popolari. Per quanto riguarda la Francia, Mamiani esprime dei dubbi sulle parole di Lamartine e Cavaignac, concludendo che «la gran questione che ci occupa non si risolve interamente col nostro arbitrio»; egli afferma rivolgendosi all'Assemblea, che: «Voi non dovete fare cosa la quale rompa l'armonia necessaria fra le istituzioni dei nostri popoli» egli rileva che «proclamare la decadenza del Papa ... non dipende unicamente da voi, né dai vostri decreti, ma dalla Costituente italiana» che potrà riunirsi in futuro. Mamiani

sionisti, a differenza talora dagli aristocratici e dalla borghesia più facoltosa, sembrano ben consapevoli fin dall'inizio del significato dei nuovi sviluppi istituzionali, sociali e amministrativi e delle innovazioni intervenute nella vita civile. Uno dei maggiori storici della Repubblica romana ha affermato: «uno spirito di profonda solidarietà legava le varie categorie del popolo, all'avanguardia del quale era la piccola borghesia intellettuale e liberal. Vera rivoluzione, dunque, e non come gli storici di parte moderata, antichi e recenti, hanno tentato di farla passare semplice movimento insurrezionale»⁶.

La cessazione del potere temporale dei Papi rappresenta uno di quei passaggi centrali decisivi per trasmettere impulsi alla coscienza politica europea e a quella del mondo intero. L'inizio poi di una riflessione sulle dimensioni repubblicane del rinnovamento istituzionale, anche se precede i tempi, rappresenta la prospettiva più feconda sui principi costitutivi più adeguati ad una rigenerazione dell'ordine politico e civile delle istituzioni⁷. Merita inoltre di essere ricordata una importante testimonianza del Ministro degli esteri Carlo Rusconi, che rende di pubblica ragione quelle «franche e libere parole» che ha già inviato ai governanti degli Stati cattolici, proprio in quanto cattolico, oltre che in quanto ministro della Repubblica romana. Egli insiste nell'attribuire «un carattere religioso», oltre che politico, ai termini in cui si pone realmente la «*Questione romana*», sottolineando che quella del popolo romano non è più una «lotta ... d'esercito a esercito, d'uomini ad uomini; è lotta che abbraccia tutto un mondo morale d'idee, di speranze, di fede» ed esprime nel modo più chiaro possibile l'intento di ispirare il rinnovamento romano a valori politici ed etici di portata profondamente innovatrice⁸.

sottolinea in particolare la grave minaccia rappresentata dalla presenza dell'Austria in Italia. Cfr. anche B. Gatta, *La Costituzione della Repubblica romana del 1849*, Firenze, Sansoni, 1947, p. 25 ss., il quale peraltro conclude affermando che secondo l'opinione prevalente invece «la questione italiana non è una questione di pura indipendenza ma di libertà. La nuova Italia non può che avere libere istituzioni. Il papato è un'istituzione decrepita, volto al passato non all'avvenire ... Il maggiore ostacolo che si frapponesse all'Unità nazionale era superato dalle deliberazioni della Repubblica romana». Si veda in proposito G. Monsagrati, *Roma senza Papa*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 56 ss.

⁶ B. Gatta, *La Costituzione della Repubblica romana*, cit., p. 19.

⁷ Si vedano le osservazioni di G. Allegri, *Repubblica romana 1849. Un processo costituente per una nuova cittadinanza sociale?*, trascrizione dell'intervento al Convegno in occasione del 170ennale della proclamazione della Repubblica romana del 1849, dove si osserva: «gli storici ricostruiscono questo processo dentro l'orizzonte del Risorgimento nazionale, evidentemente, ma è anche un processo di vera e propria rigenerazione sociale. ... aspetto che permette di non rinchiudere l'esperienza repubblica romana nel tradizionale recinto nazionalista». Si veda Id., *Le due Carte che (non) fecero l'Italia. Statuto albertino 1849 e Costituzione della Repubblica romana 1849*, Roma, Fefè, 2013.

⁸ «Nota del Ministro delle relazioni estere alle Potenze Cattoliche» Carlo Rusconi del 7 maggio 1849, in *Leggi regolamenti ordinanze e circolari della Repubblica romana* raccolte per cura di E. Sinimbergi, Roma, tipi Menicanti, 1849, p. 540 ss.

2. L'Assemblea costituente e la diversa struttura giuridica e sociale dei due progetti di costituzione

L'Assemblea costituente romana affrontò fin dall'inizio temi riguardanti il rinnovamento della nazione romana e di quella italiana e dedicò attenzione ai principi costitutivi degli ordinamenti costituzionali del resto d'Europa, lasciando altri temi aperti al dialogo tra diversi orientamenti di opinione. I singoli rappresentanti si muovono come protagonisti di un dialogo che riguarda prima di tutto la scrittura dei "principi fondamentali" e gli orientamenti costituzionali propri dell'Italia centrale, a prescindere dalla Toscana i cui cittadini avevano vissuto esperienze in parte diverse e influenzate talora dalla cultura austriaca⁹. I costituenti romani facevano riferimento a valutazioni sociali, economiche e culturali che non trovavano sempre riscontro nella cultura europea o in quella di altre regioni italiane e restavano piuttosto legati alle esperienze professionali e sociali dei singoli cittadini dei territori "romani". Alla base dell'esperienza della Repubblica romana si pone prima di tutto l'esistenza di un "*popolo romano*", che non è solo costituito da cittadini residenti a Roma, e che aspira in primo luogo all'unione con gli altri popoli degli Stati italiani, in nome di una lingua comune e di una fratellanza nazionale, guardando anche alla cultura europea e ai rapporti tra i popoli.

L'Assemblea sarà il luogo in cui fin dall'inizio si svolge un ampio e vivace dibattito che richiamerà l'attenzione di molti italiani che guardavano ai contenuti dei progetti di costituzione e ai valori costitutivi del nuovo diritto pubblico come occasioni da non perdere di vista ai fini della formazione di un'autentica coscienza nazionale e territoriale. Quel dibattito merita un'attenta lettura soprattutto da parte dei giuristi, oltre che degli storici, non solo perché ci si trova di fronte a una nuova esperienza costituzionale che è espressione di un'identità collettiva che, anche se fino ad allora non aveva dato prova di grande vitalità politica e amministrativa, rivela in quell'occasione una particolare vitalità, come è proprio delle situazioni allo stato nascente. Il continuo riferimento all'esigenza di rafforzare le garanzie costituzionali, di procedere a una riforma dei tribunali, di garantire l'indipendenza dei giudici, anticipata peraltro dalla previsione legislativa di un Tribunale supremo per i ricorsi contro le violazioni di legge, conferma l'attenzione dedicata ai temi della tutela dei diritti e persino a quello dell'educazione nazionale che dimostra la consapevolezza del significato che una parte dell'Assemblea sperava si potesse ottenere attraverso la scrittura di una futura costituzione¹⁰.

⁹ G. Montanelli, *Memorie sull'Italia e specialmente sulla Toscana dal 1814 al 1850*, Firenze, Sansoni, 1863, p. 206 ss. dove critica Mazzini per il suo "formalismo rivoluzionario" («i rivoluzionari formalisti ... parlano di lei [della rivoluzione] come d'impresa ordinabile ad arbitrio di individui o di setta, senza considerare che il processo rivoluzionario, risultando da movimenti molteplici e disparati ... tutti possiamo ... intraprenderla ... organizzarla nessuno»: Si veda anche Id., *Memorie sull'Italia*, cit., p. 415 ss. dove si osserva: «Fermarsi alle tre costituzioni, piemontese, napoletana e toscana, impossibile ... La forza rivoluzionaria, che aveva costretto i principi ad acconsentirle, usciva dal sentimento nazionale italiano ... andare avanti significava mettere a cimento la potestà temporale del Papa, intimar guerra all'Austria, ridurre i principati italiani a zero ... O bisogna essere così stupidi da ammettere che la Vecchia Europa lasciasse fare a noi quello che non lasciò fare alla Francia». La lettura dell'opera di Montanelli è fondamentale per avere un quadro della società italiana del Risorgimento negli anni in cui i "costituzionali" si mossero, in presenza di contesti popolari e sociali del tutto diversi dall'una all'altra regione o città.

¹⁰ Basti citare, per restare al tema della giurisdizione civile, il decreto del Comitato esecutivo del 3 mar-

Il testo costituzionale redatto dalla commissione presieduta da Cesare Agostini in particolare era espressione di una visione dell'Europa e della cultura degli "stati" romani che non corrispondeva del tutto a quella che ispira il testo dell'altra commissione guidata da Aurelio Saliceti, né trova riscontro con il pensiero di Giuseppe Mazzini che, a sua volta, come risulta prima di tutto dai suoi non certo frequenti interventi in Assemblea, pensava più alla redazione di un documento politico da far circolare per tutta la Penisola, a mo' di manifesto in vista di una sua possibile utilizzazione in una futura assemblea costituente nazionale all'insegna della Repubblica, che avrebbe richiesto condizioni politiche e rapporti internazionali molto diversi da quelli allora esistenti¹¹. Il dibattito assembleare costituisce la testimonianza più evidente di un pensiero tutt'altro che superficiale o inconsapevole con riferimento ai problemi di diritto costituzionale da risolvere.

Il progetto presentato dalla commissione presieduta da Cesare Agostini insiste particolarmente sul Tribunato, l'indipendenza dei giudici e la tutela della proprietà privata, e contiene persino la previsione della religione cattolica come "religione dello Stato". Nel successivo progetto Saliceti, che sarà poi approvato all'unanimità, prevarrà invece l'idea di un'organizzazione dello Stato e della magistratura più laica e più compatta e tale da non lasciare spazio né a giurisdizioni speciali, né all'esercizio di funzioni consultive da parte di un organo dello Stato. I consoli saranno tre e nominati dall'Assemblea, non due come prevedeva il progetto Agostini, che li faceva persino eleggere direttamente dal popolo, e il Tribunato scomparirà. L'approvazione all'unanimità di questo secondo progetto testimonia una scelta che sembra rivolgersi all'Italia intera, più che allo Stato "romano", e tende a eliminare ogni fonte di conflitto politico o istituzionale. Ferma restando la diversità delle opinioni espresse nel corso del dibattito, si può con-

zo 1849, n. LXXXVII in cui lo stessi comitato notifica che l'Assemblea costituente ha adottato "*provvisoriamente*", col titolo di "*Disposizioni legislative organiche e di procedura*", alcune norme in tema di procedura civile che prevedono tra l'altro l'abolizione dei tribunali ecclesiastici e l'istituzione di un Tribunale supremo civile che giudicherà dei "*ricorsi per manifesta violazione di legge*", entrando «sia nel merito sia nelle forme sostanziali dell'ordine giudiziario nei casi preveduti dalle leggi vigenti»; i ricorsi potranno essere proposti contro sentenze inappellabili, con la possibilità di rinvio alla Corte di Roma nel caso di accoglimento dello stesso ricorso per motivo di "*violazione di legge*".

¹¹ La letteratura giuridica e storica sulla Repubblica romana è vastissima, mi limiterò a citare gli autori che mi hanno più guidato in questo mio tentativo di scrivere un breve lavoro su un tema che mi è sembrato fondamentale per riflettere su un'esperienza importante della nostra storia costituzionale, convinto come sono che il diritto costituzionale va considerato non solo dal punto di vista sistematico e giurisprudenziale ma anche storico e giuridico, tenendo conto delle dinamiche che ne attraversano i momenti più significativi dal punto di vista dei valori costitutivi e i presupposti sociali. Vorrei citare D. Demarco, *Una rivoluzione sociale. La Repubblica romana del 1849*, Napoli, ESI, 1992; si veda inoltre M. De Nicolò, *Gli studi sulla Repubblica romana negli ultimi Cinquanta anni*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1999, 86, p. 1115 ss. Vorrei ricordare inoltre L.C., Farini, *Lo Stato romano dall'anno 1815 al 1850*, a cura di A. Patuelli, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento di formazione e editoria, 1853; A. Oriani, *La lotta politica in Italia*, Firenze, 1921, Società anonima editrice "La voce", 1921, p. 223 ss. Tra i più recenti P.G. Allegri, *Le due Carte che (non) fecero l'Italia*, cit.; D. Nocilla, *Sovranità popolare e rappresentanza negli interventi di Aurelio Saliceti alla Costituente romana del 1849*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1989; P. Ridoia, *La Costituzione della Repubblica romana del 1849 nella "rivoluzione europea"*, in *Rivista AIC*, 2020, 2; G. Bascherini, *Le eredità dell'esperienza costituzionale romana del 1849*, in *Rivista AIC*, 2020, 1; G. Monsagrati, *Roma senza il Papa*, cit.; S. Lariccia, *A centosettanta anni dalla Costituzione della Repubblica romana del 3 luglio 1849*, in *Statochiese*, Rivista telematica, 2019, 3.

cludere che il testo finale assunse soprattutto il carattere di un manifesto per il futuro, più che quello di un testo precettivo destinato a entrare in vigore nei territori che continueranno ad essere governati dal potere temporale dei Papi, fino al momento dell'annessione allo Stato italiano sotto la vigenza dello Statuto di Carlo Alberto.

3. La "democrazia pura", le autonomie territoriali, la libertà e le garanzie costituzionali

Quella romana rappresenta un'esperienza che merita di essere studiata guardando anche al passato clericale e confessionale dello Stato pontificio, oltre che ai contenuti innovativi, democratici e repubblicani dei testi e della prassi costituzionale, così come alle reazioni suscitate negli altri Stati italiani e europei. L'esperienza della Repubblica romana non nasce dal nulla, ma si inserisce nella cultura e nella tradizione giuridica e politica di uno Stato e di un popolo che hanno vissuto aspri conflitti politici e sociali nei rapporti tra cittadini e tra popolazioni diverse¹². I Costituenti romani pensano alla nascita di un ordine giuridico repubblicano nazionale che, senza far ricorso a forme di federalismo, che avrebbe creato problemi istituzionali di difficile soluzione, tenda a realizzare un'unificazione delle popolazioni esistenti negli Stati preunitari, cercando di realizzare nel modo migliore tale obiettivo politico e costituzionale.

L'espressione "Stato" può assumere diversi significati a seconda dei contesti in cui essa viene usata, talora persino come sinonimo di "territorio" in cui vivono le diverse collettività (come quando si parla degli "stati" governati dal Papa); va comunque considerato che la cultura giuridica dei costituenti romani era poco abituata a considerare lo Stato come fonte di ogni manifestazione giuridica. I costituenti romani non ebbero perciò difficoltà a disgiungere l'idea di "sovranità" dal concetto di Stato, per considerarla piuttosto *"per diritto eterno nel popolo"*. La stessa idea di Repubblica, lungi dall'identificarsi con lo Stato, poteva ben esprimere – secondo un'antica tradizione umanistica che può farsi risalire a Cicerone e ad altri scrittori latini: la *"res publica"* rappresentava infatti per questi autori una prospettiva di carattere generale dalla quale considerare gli equilibri sociali esistenti nella società – la forma giuridica che assumeva il "popolo" nel momento in cui si instaurava un nuovo ordine costituzionale. L'idea poi che la *"nazione italiana"* si potesse presentare come un obiettivo suscettibile di essere propugnato dalla stessa Repubblica romana del 1849, era ben compatibile con la convinzione che un ordine giuridico potesse fondarsi sull'idea di nazione o di popolo. Per farla breve, nella cultura dei territori "romani" il riconoscimento di diritti, prerogative o poteri pubblici si fondava più su un'idea di un diritto naturale e su concreti rapporti sociali esistenti tra gli uomini che non su una delega di "poteri statali". Lo stesso vale ancora di più per i municipi, che nella tradizione giuridica del tempo hanno tutti eguali

¹² Cfr. V. Crisafulli, *Profili costituzionali di una rivoluzione mancata*, in *Saggi e Testimonianze. Quaderni di Rinascita*, 1948, p. 49 ss., che afferma «mentre si può e si deve parlare di un movimento costituzionale, soltanto con molte riserve è possibile parlare anche di un movimento costituente del '48 italiano; e comunque di un movimento costituente strozzato quasi sul nascere, che non è riuscito, cioè, per le vicende esterne e per le sue interne contraddizioni, ad essere veramente e pienamente tale».

“diritti” (art. 5 del “preambolo” sui “*principi fondamentali*”), anche se possono incontrare dei limiti nelle norme generali dello Stato, purché sia chiaro che diritti e prerogative dei comuni e delle collettività sociali non derivano da atti di volontà dello Stato¹³.

Fin dalle prime riunioni dell'Assemblea si forma un fronte di democratici che chiede l'immediata enunciazione di alcuni principi repubblicani essenziali che erano in parte già enunciati nel “*Decreto fondamentale*” del 9 febbraio 1849. È significativo ricordare che a questo decreto fa immediatamente seguito un “*Proclama ai Romani*” del Ministero che chiede a tutti i cittadini “*l'adesione alla Repubblica*” e ai principi enunciati nel Decreto fondamentale. Il proclama afferma inoltre: «Romani un grande atto è compiuto. Riunita l'Assemblea Nazionale dei vostri legittimi Rappresentanti, riconosciuta la Sovranità del Popolo, la sola forma di Governo che a noi conveniva era quella che rese gloriosi i Padri nostri». La Repubblica restò in vita concretamente solo per un breve tratto di tempo ma, ciò nonostante, ebbe modo di lasciare ai posteri dei forti segni di vitalità etica e costituzionale nell'eco di quei mesi di approfondimento del dibattito politico e etico. Alcuni deputati come Carlo Armellini, Livio Mariani, Gaetano Lizabe Ruffoni, Carlo Luigi Bonaparte, Carlo Rusconi, Ernesto Cernuschi, contribuirono a sottolineare lo spirito che animava i costituenti romani fin dalle prime riunioni, prima che arrivasse a Roma il 5 marzo lo stesso Giuseppe Mazzini, e prima che il testo della commissione presieduta da Aurelio Saliceti prevalesse sul testo della commissione guidata da Cesare Agostini.

I “*principi fondamentali*” enunciati più tardi dalla Costituzione romana del 3 luglio 1849¹⁴ trovano fondamento nella loro più ampia formulazione in un momento di grande, autentica tensione ideale, paragonabile a quella del mese di febbraio, che non si lascia schematizzare o dogmatizzare in base a classificazioni del tipo di democrazia o di

¹³ S. Romano, *Il comune, parte generale*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, parte prima, Milano, 1907-1932, p. 497 ss., dove si osserva. «il concetto di Comune, avuto riguardo al diritto positivo di qualche Stato ... è ... il più oscuro e il meno preciso di tutta la pubblicistica, quando lo si voglia formulare in modo da comprendervi ognuna delle svariate forme presenti e storiche, dal Comune assunte ... Il Comune è in primo luogo, presidio e guarentigia di libertà, così forte che si è potuto affermare che nessun popolo può conservarsi a lungo politicamente libero senza una salda organizzazione comunale; ed è, in secondo luogo, istituto che aiuta l'attuazione del principio di eguaglianza, impedendo o diminuendo il pericolo che è ... proprio delle democrazie, di far convergere le forze dello Stato a vantaggio di una parte della popolazione. ... Il diritto moderno ... non ha invero attribuito al Comune, almeno direttamente, alcun posto nella organizzazione costituzionale dello Stato ... tuttavia la sua intima natura, le tradizioni che lo sorreggono, la sua indistruttibile vitalità contribuiscono a farne ... una forza che tocca ed incalza siffatti poteri (i poteri costituzionali) nella cui cerchia potrebbe, quando che sia, entrare, come, in tempi scorsi, è entrato». Si veda anche V. Crecenzi, *Pluralismo vecchio e nuovo*, in *Ritorno al diritto*, 2005, 1, p. 118 ss., secondo il quale però le collettività storiche danno vita attraverso il diritto a formazioni sociali funzionali alla tutela di interessi identificati per gruppi, che costituiscono, in quanto tali, le istituzioni giuridiche e politiche secondo cui la società si organizza, «più in particolare i gruppi di interesse ... erigono i corpi associativi, nei quali si organizzano a strutture istituzionali che determinano l'interesse della vita associata ... il diritto è prevalentemente lo strumento di tutela dei risultati del gioco di interessi ... che dominano la vita dell'ordinamento»; si tratta evidentemente di una concezione più legata agli sviluppi economici e sociali delle collettività, lontana tanto da quella di Santi Romano che da quella di Mazzini, sulla quale vedi le considerazioni di C. Antoni, *La restaurazione del diritto di natura*, Venezia, Neri Pozza, 1959, p. 180 ss., dove parla di molti altri profili della storia istituzionale, con riferimento anche ad altri orientamenti di pensiero e in particolare al livellamento delle amministrazioni statuali realizzate dalle monarchie ben lungi dal riconoscere diritti delle comunità naturali.

¹⁴ Si veda sul punto M. Volpi, *L'organizzazione dei poteri nella Repubblica romana del 1849*, *Atti Congresso AIC*, in corso di pubblicazione, § 2 ss.

modello di governo. Essi corrispondono a un tipo di preambolo che presenta analogie con la parte iniziale della Costituzione della II Repubblica francese¹⁵, e in qualche modo, anche con i primi dodici articoli della Costituzione italiana del 1947, che hanno assunto anch'essi la forma di "*Principi fondamentali*", anche se sono espressione di una visione del mondo che risente di una sensibilità costituzionale che non può essere del tutto assimilata a quella della Repubblica romana del 1849. Tali principi sono anche preceduti dal "*Proclama del Triumvirato in cui dichiara le norme generali che intende seguire*", del 5 aprile 1849, emanato sulla base di "*un sacro mandato dall'Assemblea*", che resta l'organo di vertice della Repubblica¹⁶. Le "*norme generali*" possono essere sintetizzate con le espressioni "*Libertà e Virtù, Repubblica e Fratellanza*", qualità che "*devono essere inseparabilmente congiunte*". I Triumviri precisano di aver "*maturamente interrogato le condizioni del paese, quelle della Patria comune, l'Italia, i desideri dei buoni e la nostra coscienza*", per concludere con le parole: «*è tempo che per noi si dica con quali norme generali noi intendiamo soddisfare al mandato*». Il proclama prosegue indicando i compiti del Triumvirato, che sono quelli di «*provvedere alla salute della Repubblica: tutelarla dai pericoli interni ed esterni; rappresentarla degnamente nella Guerra dell'Indipendenza: questo è il mandato affidatoci*». Essi intendono precisare che il principio repubblicano cui ispireranno i propri comportamenti va inteso come «*un principio d'amore, di maggiore incivilimento, di progresso fraterno con tutti e per tutti, di miglioramento morale, intellettuale, economico per l'università dei Cittadini*»¹⁷. Queste ultime affermazioni confermano il fondamento etico dei valori repubblicani, e vanno tenute presenti per comprendere il senso delle altre testimonianze che si susseguono in un clima in cui i principi repubblicani si presentano come valori diretti a guidare il passaggio da un ordine all'altro. Si può citare a questo proposito anche la "*Circolare del Ministro di Grazia e Giustizia ai Presidi dei Tribunali pel retto e sicuro andamento della giustizia*" del 16 febbraio 1849, in cui il Ministro Lazzarini, già prima della costituzione del Triumvirato, invita "*francamente*" i magistrati che non siano convinti di restare fedeli ai principi del governo repubblicano, a non simulare «*attaccamento alla Repubblica*», ma «*a fare atto di lealtà, ritirandosi spontaneamente*» dal grado.

¹⁵ Sul dibattito nell'Assemblea costituente francese del 1848 sulla necessità della formulazione di un preambolo nel testo di quella Costituzione si veda F. Luchaire, *Naissance d'une Constitution: 1848*, Paris, Fayard, 1998, p. 53 ss.

¹⁶ Cfr. Il relativo decreto, il cui titolo è riportato nel testo, reca il numero CXCVI, ed era firmato da G. Mazzini, A. Saffi e C. Armellini.

¹⁷ Il documento sottolinea inoltre che non si intende rappresentare «*il trionfo d'una frazione di cittadini sopra l'altra*», ma «*un trionfo comune, una vittoria riporta da molti, consentita dalla immensa maggioranza, del principio del bene su quello del male, del diritto comune sull'arbitrio dei pochi ...*». Il documento precisa, nel corso del testo, che il principio repubblicano ha un fondamento religioso, affermando che: «*Si tratta di provare all'Italia e all'Europa che il nostro grido Dio e Popolo non è una menzogna – che l'opera nostra è in sommo grado religiosa, educatrice, morale –*». Esso prosegue dichiarando. «*Noi non siamo Governo d'un partito; ma Governo della Nazione. La Nazione è Repubblicana. La Nazione abbraccia quanti oggi professano sinceri la fede repubblicana: compiangi ed educa quanti non ne intendono la santità*». Di conseguenza, «*Il suo Governo deve avere la calma generosa e serena, e non gli abusi della vittoria*». È importante sottolineare che la Repubblica non propone una "*guerra di classi ... ma tendenza continua al miglioramento dei meno favoriti dalla fortuna ... e freno a qualunque egoismo colpevole di monopolio*"; e conclude affermando che «*Noi abbiamo bisogno del concorso attivo di tutti, del lavoro concorde, pacifico, fraterno di tutti*».

Il richiamo all'idea della "democrazia pura" che appare connesso al fondamento etico dei valori politici, trova riscontro nelle radici umanistiche della cultura diffusa nell'Italia centrale e in particolare nell'educazione classica delle scuole private di ispirazione cattolica, quanto nella lettura dei classici latini. L'assunzione del nome di "Repubblica romana" non ha solo un intento retorico e storico, ma risponde all'idea di prendere le distanze dal vecchio Stato pontificio, quanto dalla cultura monarchica e clericale.

A Roma, come in altre parti della Penisola, si diffonde progressivamente il pensiero politico di Mazzini, che fa dell'unione tra i popoli d'Europa uno dei propri punti di partenza¹⁸; ma non si deve perciò credere che il pensiero mazziniano rappresenti un elemento costitutivo comune ad ogni movimento innovatore del tempo e, in particolare, che la cultura giuridica della popolazione romana e le scelte dell'Assemblea costituente fossero orientate esclusivamente da Mazzini. Egli non si presenta d'altra parte non si presenta all'opinione pubblica "romana" come l'ideologo di una netta separazione tra Chiesa e Stato, istituzioni, ma tenta di mantenere un'impronta profondamente cristiana al nuovo ordine delle istituzioni, come risulta anche dai suoi scritti di quel tempo, che pure continuano ad ispirarsi alla "secolarizzazione" e alla abolizione del potere temporale dei Papi¹⁹. L'ideologia mazziniana, che pur offre solidi punti di riflessione per approfondire lo studio delle storie dei popoli europei e anche per comprendere meglio alcune opinioni espresse dai costituenti romani, va posta in relazione con le culture nazionali degli italiani e con i sentimenti da loro condivisi. L'unione dei popoli d'Europa costituiva certamente uno dei punti di partenza del pensiero di Mazzini, che proponeva una vasta aggregazione di più nazioni, una volta liberati dall'egemonia austriaca, ma tale progetto non coincideva se non in parte con gli sviluppi della storia del popolo romano, di quello italiano e ancora meno con quelli dei diversi popoli europei.

Mazzini espresse in Assemblea costituente dei dubbi sull'opportunità di condurre troppo oltre la scrittura di un testo costituzionale che definisse nei particolari i contenuti del nuovo diritto pubblico "romano", sottolineando piuttosto l'esigenza di disporre di un manifesto costituzionale da diffondere in tutti gli angoli della Penisola²⁰, per tener vi-

¹⁸ Si veda G. Mazzini, *Dell'iniziativa rivoluzionaria in Europa*, in (a cura di) F. Della Peruta, Id., *Scritti politici*, II, Torino, 1976, p. 178 ss.; Id., *Pensieri sulla democrazia in Europa*, cit., p. 239 ss.

¹⁹ Lo stesso Mazzini aveva già l'8 settembre 1847 indirizzato a Pio IX una lettera in cui lo invitava a un'apertura alle idee politiche di rinnovamento sociale e istituzionale, affermando tra l'altro: «Ho studiato la tradizione italiana e v'ho trovato Roma direttrice del mondo, ... V'ho trovato che ogni manifestazione di vita italiana è stata manifestazione di vita europea»; e prosegue affermando: «L'Europa è in una crisi tremenda di dubbi e di desideri ... Le credenze sono morte ... L'idea 'società' non è che una conseguenza dell'idea 'religione' ... Voi potete mettervi tra due epoche ... Iddio v'ha concesso e non senza perché a compiere un'opera buona, rinnovatrice, europea ... Abborrite dall'essere re, politico, uomo di Stato ... Noi fonderemo un governo unico in Europa che distruggerà l'assurdo divorzio tra il potere spirituale e il temporale». Le aspettative di Mazzini facevano poco i conti con la storia reale d'Italia e soprattutto con le convinzioni politiche di gran parte dell'Italia del tempo, tuttavia è innegabile che esse avevano riscontro nell'immaginario collettivo soprattutto dei giovani italiani che spesso si lasciavano attrarre da grandiose visioni del futuro d'Europa che poco facevano i conti con lo stato della cultura politica dei ceti meno favoriti dalla fortuna e meno consapevoli dei problemi istituzionali e politici della società italiana e dello stato della cultura popolare nelle diverse regioni.

²⁰ G. Mazzini, *Atti parlamentari, intervento in Assemblee del Risorgimento*, II, p. 785 ss. seduta del 18

va, al di là dell'andamento della esperienza costituzionale romana e della guerra, la consapevolezza dell'importanza dei lavori di una futura assemblea costituente italiana²¹.

L'insegnamento mazziniano, che si fonda anche sulla interpretazione della sua esperienza quale triumviro, ci aiuta a sottolineare che per lui non è tanto importante insistere sul testo della Costituzione romana e sul contenuto imperativo delle sue disposizioni, quanto sulle idee e sui valori costitutivi di Repubblica, popolo e unità italiana. Uno dei limiti, che non si può superare quando si parla di Mazzini e della Repubblica romana, è di fare dell'uno un profeta del costituzionalismo normativo, della dogmatica borghese di stampo liberale e dell'altra, cioè dell'Assemblea costituente, un'accolta di accademici preoccupati soprattutto di predisporre un adeguato strumentario concettuale per i giuristi dell'Italia unita. I Triumviri esprimono una concezione che fa appello alle idee di Repubblica e di popolo, di libertà e di rapporti umani, ad un patrimonio concettuale che non può essere interpretato come un'anticipazione di idee politiche e giuridiche che, anche se un secolo dopo hanno potuto trovare successo nella letteratura politica e giuridica dell'Italia della metà del Novecento, sono del tutto prive di radici reali nella cultura dell'Ottocento liberale italiano.

Giovanni Gentile ha scritto belle parole sulle idee di popolo romano e italiano e di democrazia, condivisibili fino a che non si cerchi di strumentalizzarle per fini politici opposti a quelli che furono avvertiti realmente a Roma nel 1849: quelle parole restano comunque vere nel loro ideale riferimento al pensiero dei classici del nostro Risorgimento, e soprattutto a Gioberti e allo stesso Mazzini²². Gentile in particolare afferma, con riferimento a Mazzini, che «il popolo (od umanità se si considera il complesso dei popoli) è insomma lo stesso spirito umano nella sua concretezza storica, che non è né astratta individualità, né solidarietà statica e già realizzata: ma formazione di sé, o, come dice il Mazzini, progresso, inconcepibile se la realtà, per alta che sia, non debba sempre, necessariamente, commisurarsi a un'idea superiore, alla quale la realtà stessa abbia quindi ad elevarsi». Egli aggiunge, che per interpretare la volontà del popolo occorre una virtù creatrice che non faccia altro se non «raccolgere le voci sgorganti dall'anima del popolo nel suo tempo». Più che commemorare avvenimenti che spesso

marzo 1849, in cui egli afferma molto chiaramente: «una Costituzione romana, secondo me, non deve farsi, una Costituzione italiana non può farsi. Il carattere del movimento romano fin dal principio fu quello di cacciare una grande parola, e aspettarne l'eco dalle diverse parti d'Italia; fu quello ... di aprire una via per la quale gli avvenimentipossano cacciare le popolazioni, che formano l'Italia. Bisogna lasciare aperta questa via ... Una dichiarazione di principi: una serie di guarentigie per la libertà individuale, di coscienza, di associazione, di stampa, per tutte le libertà che costituiscono il vostro diritto più sacro ...: Quando avrete organizzato questo potere; quando questo potere qualunque siasi, ... il consiglio che io debbo darvi francamente è quello di spandervi per le province, di portarvi lo spirito dell'Assemblea, l'anima dell'Assemblea, di smembrarla in Comitati provinciali i quali portino la bandiera della guerra come l'unica alla quale dobbiamo tenere fissi gli occhi». Sul punto si segnalano le perspicue considerazioni di D. Nocilla, *Sovranità popolare e rappresentanza negli interventi di Aurelio Saliceti alla Costituente romana del 1849*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1989, p. 231 ss., che mette in luce la tesi di Mazzini e di alcuni mazziniani sostanzialmente più favorevole all'idea di una Costituente italiana che a quella romana.

²¹ Cfr. le significative considerazioni di G. Belardelli, *Mazzini*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 83 ss. e 207-218.

²² G. Gentile, *I profeti del Risorgimento italiano*, nella Collana (a cura di) E. Codignola, *Uomini e idee*, Firenze, La nuova Italia Editrice, 1923, p. 58 ss. e p. 69.

non meriterebbero espressioni solo apologetiche occorrerebbe ricordare l'effettiva partecipazione del popolo e delle collettività popolari ad avvenimenti politici e sociali che coinvolgono le collettività reali nel richiamo ai valori democratici e repubblicani.

4. Il contenuto etico dei valori costitutivi della costituzione romana, l'idea di "popolo" e gli equilibri europei

Le iniziative di rinnovamento dello Stato romano negli anni 1848-49 ebbero inizio con lo Statuto di Pio IX²³, per prendere poi direzioni molto diverse, fino all'intervento militare degli eserciti di più nazioni europee, che condurranno alla restaurazione del potere temporale dei Papi. Solo successivamente, a partire dal 1870, ci si orienterà verso una disciplina statale dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica (diritto ecclesiastico) volta a garantire la piena indipendenza del Pontefice romano da ogni ingerenza statale, non solo austriaca, spagnola o borbonica²⁴. Mi sembra perciò utile insistere sull'esistenza in quegli anni, nei territori dell'Italia centrale, di una coscienza politica europea più viva di quanto non sarà pensabile nei secoli successivi, quando l'Europa sarà lacerata da guerre che sarebbero state incomprensibili agli occhi di gran parte dei protagonisti delle esperienze "rivoluzionarie" del 1848-49. È il caso di ricordare il Manifesto del 3 marzo 1849 approvato dall'Assemblea costituente romana che si rivolgeva "a tutti i popoli" e proseguiva affermando: «un popolo novello vi si presenta a dimandare e ad

²³ Si veda il testo dello "*Statuto fondamentale pel governo temporale degli stati di S. Chiesa dato da S. Santità a dì 14 marzo 1848*" nella cui parte introduttiva al testo si legge «nelle istituzioni di cui finora dotammo i nostri sudditi fu nostra intenzione di riprodurre alcune istituzioni antiche, le quali furono lungamente lo specchio della sapienza degli augusti nostri predecessori, e poi col volgere dei tempi volevansi adattare alle mutate codizioni per rappresentare quel massimo edificio che erano state da principio». Il Pontefice sottolinea nel suo documento le ragioni dell'istituzione di due consigli, l'uno affidato a componenti «da noi nominati», l'altro consiglio elettodalle popolazioni perché «rappresentino gl'interessi particolari di ciascun luogo dei nostri domini e saviamente li contemperino con quell'altro interesse grandissimo di ogni comune e di ogni provincia, che è l'interesse generale dello stato»; anche perché «i nostri vicini hanno giudicati maturi i loro popoli a ricevere il beneficio di una rappresentanza non meramente consultiva, ma deliberativa». Il documento ricorda inoltre che «ebbero in antico i nostri comuni il privilegio di governarsi ciascuno co leggi scelte da loro medesimi sotto la sanzione sovrana: ora non consentono certamente le condizioni della nuova civiltà che si rinnovi sotto le medesime forme un ordinamento pel quale la differenza delle leggi e delle consuetudini separava sovente l'un comune dal consorzio dell'altro». Dal punto di vista del diritto costituzionale del tempo, due punti contenuti nelle parole introduttive allo Statuto di Pio IX, mi sembrano particolarmente significativi: il Pontefice, pur riconoscendo poteri deliberativi alle nuove assemblee, intendeva riaffermare l'«indipendenza del capo della Chiesa, pel quale stette altresì l'indipendenza di questa parte d'Italia, così non solamente riserbiamo a noi e ai successori nostri la suprema sanzione e la promulgazione di tutte le leggi che saranno dai predetti consigli deliberate ..., ma intendiamo altresì di mantenere intera l'autorità nostra nelle cose che sono naturalmente congiunte con la religione e la morale cattolica. E ciò dobbiamo per sicurezza a tutta la cristianità che nello stato della Chiesa in questa forma costituito nessuna diminuzione patiscano la libertà e i diritti della santa sede, né veruno esempio sia mai per violare la santità di questa religione, che noi abbiamo obbligo e missione di predicare a tutto l'universo».

²⁴ G. Quazza, *La paura del comunismo a Napoli nel 1848-49*, in *Nuova Rivista Storica*, 1948, 4-6, p. 93 ss., dove si osserva a proposito del tentativo del Gioberti di risolvere la "Questione romana" e si afferma che «terribile fu per Gioberti il simultaneo precipitare della rivoluzione romana e delle decisioni pontificie. Egli intuì chiaramente l'imminenza del crollo della sua politica e del suo potere».

offrire benevolenza, rispetto, fratellanza ... Popoli d'Europa! Voi non potete condannarci a meritare la pietà del mondo intero interminabilmente»²⁵. Il testo prosegue affermando: «Provocati e abbandonati a noi stessi abbiamo compiuto la rivoluzione senza versare una stilla di sangue ... abbiamo spiantato la sovranità dei Papi dopo tanti secoli di sciagure, non per odio del Papato, ma per amore di patria. Quando si è saputo compiere una rivoluzione con questa moralità di proponimento e di mezzi, si è insieme dimostrato che questo popolo non meritava di servire al Papato, ma era degno ... di Repubblica, fratello della grande famiglia delle Nazioni, e di ottenere la vostra amicizia e la vostra stima. La Repubblica romana si accinge a tradurre le leggi di moralità e carità universale nella condotta che si propone e nello svolgimento della sua attività politica»²⁶.

Il ricordo dell'esperienza costituzionale romana del 1849 resterà vivo nella cultura europea non solo per la peculiarità dei problemi giuridici e politici che essa aveva sollevato, ma anche per l'alto ed esemplare livello etico della tensione culturale e personale dei protagonisti di quelle vicende. Alcune delle principali contraddizioni della cultura politica e sociale europea erano allora emerse in primo piano e non deve stupire se numerosi giovani europei erano accorsi a Roma da vari Paesi del mondo per combattere accanto ai loro coetanei italiani. Questi giovani esprimevano i sentimenti di sincerità e di fede nel futuro politico europeo che animavano gli intellettuali e la gente comune che apprezzava i sentimenti di onestà, sincerità e apertura al dialogo con altri popoli, e volevano respirare l'aria di innovazione politica e culturale che ispirava i valori costitutivi della Repubblica romana e del Risorgimento italiano²⁷. Si può osservare anche che

²⁵ Il Manifesto afferma inoltre: «Il popolo dello Stato romano ha voluto riformare la propria associazione politica, e ha fatto Repubblica; e innanzi a questo grande atto della imprescrittibile sovranità del popolo tutto il passato si consuma e svanisce. Il popolo ha voluto. Chi sopra il popolo? Iddio soltanto, ma Iddio creava i popoli per la libertà. ... La sua ragione è antecedente a ogni fatto umano. Ma se pure volgiamo indietro lo sguardo, noi possiamo contemplare le ruine del Papato tranquillamente, e assai più che non fosse tranquillo il Papato, allorché si piantava sulle ruine della nostra antica grandezza politica».

²⁶ *Manifesto dell'Assemblea costituente a tutti i popoli*, Roma, 2 marzo 1849. Estensore di esso fu il deputato Cesare Agostini, l'Assemblea costituente nel comitato segreto del 1° marzo l'approvò per acclamazione; il testo, approvato in seduta plenaria il 3 marzo, fu firmato dal Presidente G. Galletti e dai segretari Filopanti, Fabretti, Pennacchi, Zangrandi.

²⁷ Sul tema della rivoluzione europea vorrei citare soltanto L. Salvatorelli, *La rivoluzione europea*, Milano, Rizzoli, 1949, p. 332, dove osserva, a proposito del 1848-49 europeo: «La rivoluzione si fermò dappertutto a metà, quando non addirittura all'inizio. Non rinnovò le strutture, né sostituì le caste dirigenti ... La rivoluzione del Quarantotto fu essenzialmente un movimento di opinione pubblica: il più grandioso movimento di opinione pubblica, come estensione, come intensità e come rapidità di sviluppo che si sia mai visto nella storia», e aggiunge: «Perché la rivoluzione trionfasse stabilmente ... occorreva che rimanesse il fronte unico rivoluzionario» (Id., *La rivoluzione europea*, cit., p. 332 ss.); A proposito della "rivoluzione romana" egli la valuta positivamente nel suo insieme, osservando: «a Roma l'esperimento riuscì intero ... fu un esperimento educatore di democrazia, fondato sulla libertà e movente verso il progresso sociale ... ma sulle sorti immediate della rivoluzione europea essa non poteva avere e non ebbe, influenza» (Id., *La rivoluzione europea*, cit., p. 335 ss.). F. Herr, *L'Europa madre delle rivoluzioni*, trad. it. S. Vigezzi, Milano, Il Saggiatore, 1966, p. 12 ss. conferma, in particolare con riferimento alla Germania, Inghilterra, Francia o Austria, come non tutti i movimenti "progressisti" e riformatori delle diverse nazioni europee abbiano le stesse matrici culturali e ideali. Si veda inoltre F. Luchaire, *Naissance d'une constitution*, cit. p. 41 ss., p. 53 ss., per le considerazioni sulla composizione della Assemblea costituente francese e sul ruolo dei grandi intellettuali francesi Hugo, Lamartine, Lammenais e molti altri; per l'Assemblea tedesca di Francoforte si veda Sestan, *La Costituzione di Francoforte*, che mette in evidenza criticamente alcune delle maggiori costi-

alcuni esponenti della migliore intellettualità francese, tedesca e spagnola non vedevano con favore l'emergere nell'Italia centrale di un nuovo Stato a base popolare, che finisse per prendere le distanze e per assumere persino posizioni critiche nei confronti del vecchio ordine sociale e del potere economico emergente²⁸. L'eco degli avvenimenti è particolarmente intensa anche in Polonia, Ungheria e in altri Paesi europei, fino a quelli dell'America latina, dovunque esistevano aspettative di innovazione costituzionale e sociale. La situazione italiana si caratterizza anche per una massiccia presenza di truppe "austriache", in gran parte rappresentate da militari provenienti da altri Paesi dell'Impero austro-ungarico, su molti dei territori che idealmente avrebbero dovuto far parte della nazione italiana.

I protagonisti dell'esperienza costituzionale romana del 1849, così come quelli delle innovazioni avviate dalle vicende rivoluzionarie europee degli anni 1848-49, esprimevano tutti esigenze di trasformazione presenti nelle coscienze delle popolazioni. In tutto il Secolo si discusse molto in Europa dei principi del nuovo diritto pubblico, delle au-

tuzioni del nazionalismo costituzionale tedesco del 1849; D. Schefold, *La Costituzione di Francoforte [1849]*, Macerata, Liberilibri 2018, p. 52, dove si esprime una valutazione molto positiva per i movimenti nazionali di quegli anni e si afferma che la Costituzione della *Paulskirche*, nonostante il suo fallimento, «a causa dell'opposizione delle forze conservatrici ... si pone come modello basato sulla sovranità nazionale ... in quanto tale, portatrice di una cultura costituzionale in evoluzione». In senso nettamente critico nei confronti delle rivoluzioni europee del biennio rivoluzionario. Si veda K. Marx, F. Engels, *Rivoluzione e contro rivoluzione in Germania*, in *Il 1848. In Germania e in Francia*, trad. Palmiro Togliatti, Roma, 1948, p. 12, dove si afferma: «Che i movimenti improvvisi del febbraio e marzo 1848 non furono l'opera di individui singoli, ma furono manifestazioni spontanee, irresistibili di bisogni e di necessità nazionali più o meno chiaramente compresi, ma sentiti molto distintamente da numerose classi di ogni paese, tutti lo riconoscono»; Id., *L'Austria*, ivi, p. 36, dove a proposito degli interventi austriaci con l'uso di truppe croate, rumene, polacche, ungheresi, etc. si osserva «ogni individuo che non porti lo stampo dell'"imperial-regia" autorità e che abbia un suo proprio carattere nazionale è da loro egualmente disprezzato; essi non hanno nazionalità». Si veda anche Id., *L'Assemblea Nazionale di Francoforte*, ivi, p. 51 ove egli afferma: «Si ebbe dunque lo strano spettacolo di un'assemblea che pretendeva di essere la sola rappresentanza legale di una nazione grande e sovrana, ma che non ebbe mai la volontà né la forza di fare riconoscere questa sua pretesa. Le discussioni di quest'organizzazione, prive di qualsiasi risultato pratico, mancavano anche di ogni valore teorico, perché non facevano che riprendere i vecchi luoghi comuni delle più decrepite scuole filosofiche e giuridiche»; mi sembra importante citare anche, nello stesso articolo a p. 53, la frase secondo cui i membri dell'Assemblea di Francoforte, che Marx qualifica «i chiacchieroni di Francoforte», discutevano questioni prive di interesse pratico immediato e «non erano mai più felici che quando potevano librarsi nei 'regni aerei del sogno, *imm luftreich des Traums*'». Perciò egli contrappone l'Assemblea di Francoforte a quelle di Vienna e di Berlino, che erano almeno dei parlamenti reali, aggiungendo «mentre le elucubrazioni della conventicola di pazzi di Francoforte interessano unicamente il collezionista di curiosità letterarie e di antichità» i dibattiti delle costituenti di Berlino e di Vienna rappresentano «una parte importante della storia rivoluzionaria della Germania». Si veda infine E. Mistretta, *All'origine dei Grundrechte*, in *Teoria del diritto dello Stato*, 2005, 1, p. 111 ss.

²⁸ A. de Tocqueville, *Discorso all'Assemblea nazionale francese sulla questione romana del 18 ottobre 1849*, in Id., (a cura di) N. Matteucci, *Scritti politici*, I, *La Rivoluzione democratica in Francia*, Torino, Utet, 1969, p. 570 ss., in cui egli afferma tra l'altro che «il potere del pontefice è uno di quei poteri immateriali, incomprensibili, intangibili, ... conto i quali si sono adoperate e si adopereranno invano, in ogni tempo della terra»; secondo Tocqueville, inoltre «il solo modo in cui un governo cattolico ... possa esercitare su di lui una influenza legittima ed una vera azione ed una vera azione, domandandogli cose giuste, sensate, eque, conformi agli interessi dei popoli cattolici, conformi agli interesse delle popolazioni che egli dirige ... Ciò che abbiamo domandato sono delle istituzioni che possano d'ora in poi dare agli Stati romani il benessere e la libertà ... e che .. possano in breve portarli alla libertà politica».

tonomie locali, delle carte dei diritti, e persino delle contraddizioni presenti nelle società nazionali, prima che nelle dottrine liberali del tempo²⁹. Basti pensare alla Costituzione della Chiesa di San Paolo a Francoforte del 1849, alla Costituzione della II Repubblica francese, così come a tutte le altre costituzioni del biennio rivoluzionario europeo. Uno dei dibattiti più vivaci fu quello sviluppatosi in Francia, con la partecipazione della migliore cultura nazionale, da Lamartine a Tocqueville, da Guizot a Hugo, a Lacordaire, a Cavaignac, per fare solo alcuni nomi dei più noti scrittori e uomini politici o quelli di autorevoli costituzionalisti³⁰. Guizot in particolare vede nella creazione di uno Stato repubblicano a Roma un'intollerabile minaccia agli equilibri politici europei, oltre che ai principi del diritto internazionale³¹. L'idea dell'unità italiana nasconde per questo autore vere e proprie mire rivoluzionarie che potrebbero trascinare l'intera Europa verso profondi sconvolgimenti negli assetti internazionali. Si deve aggiungere che persino Tocqueville manifesta in Assemblea l'opinione che gli avvenimenti romani possono ben giustificare l'intervento francese³² e che lo stesso Victor Hugo, che pure vede favorevolmente la fine del governo clericale romano e l'affermarsi di principi democratici in Italia, di fatto sostiene la necessità di un intervento francese per impedire, che una volta ristabilito l'ordine a Roma e restaurato il potere temporale dei Papi, possa realizzarsi una dura reazione antiliberalista³³. La parte più liberale degli scrittori francesi, come Lamartine e Lamennais, testimonia le apprensioni della coscienza europea nei confronti delle innovazioni romane³⁴. Lamartine, che pur condivide le speranze dei liberali italiani, distingue le aspirazioni all'unità nazionale, a suo avviso difficilmente realizzabili in un Paese come l'Italia, diviso in tanti Stati e popolazioni diverse tra loro e non riconducibili ad unità, dalla speranza delle popolazioni degli stati romani di liberarsi dal giogo del potere temporale. Basta, d'altra parte, leggere le testimonianze degli incontri di Lesseps, il rappresentante della Repubblica francese, con Mazzini e le dichiarazioni di una parte degli intellettuali più in vista nella Francia di quegli anni, per

²⁹ Cfr. A.M. Banti, *La nazione del Risorgimento*, Torino, Einaudi, 2000; A. Galante Garrone, F. Della Peruta, *La Stampa italiana del Risorgimento*, Roma-Bari, Laterza, 1979.

³⁰ Si veda F. Luchaire, *Naissance d'une Constitution*, cit., che fa anche riferimento anche alla composizione dell'Assemblea francese.

³¹ F. Guizot, *Discours à la chambre des députés du 29 Janvier 1848*, in *Histoire parlementaire de France, recueil complet des discours prononcés dans les Chambres de 1819 à 1948*, V, Paris, Fayard, p. 550: egli parla «d'idées et de theories que j'appellerai ... radicales ou révolutionnaires, mais qui ne conviennent pas à l'ordre, qui ne conviennent pas à l'organisation régulière et pacifique des sociétés».

³² A. de Tocqueville, *Discorso sulla questione romana all'Assemblea costituente del 18 ottobre 1849*, cit., p. 574, dove egli afferma che: «... non abbiamo insistito per ottenere dal papa quelle istituzioni che potevano dare immediatamente una grande libertà politica. Non l'abbiamo fatto, perché l'esperienza della storia recente, perché le nostre stesse osservazioni ci hanno dimostrato che, nello stato in cui si trovano le popolazioni romane, con un partito liberale moderato disorganizzato e pieno di terrore, con un partito anarchico furibondo e folle ed una massa inerte, sarebbe stato imprudente domandare al Santo Padre di ristabilire quelle istituzioni che lo avevano già rovesciato».

³³ V. Hugo, *La Costituente romana*, Roma, 1849, p. 28 (ma si veda anche l'introduzione di F. Valori) esprime una preoccupazione per Roma: che «non vi lasciamo una rivoluzione dietro di noi ... per non lasciare dietro noi la rivoluzione ... [occorre] terminarla mentre che ci siamo ... Accettandola in tutto ciò che ha di vero, soddisfacendola in tutto ciò che ha di giusto».

³⁴ J.B. Jeangene Vilmer, *Lamartine e Pie IX: La France face à la question italienne nel 1846-1849*, in *Revue Historique de droit français et étranger*, Paris, Dalloz, 2006, p. 71 ss.

comprendere la complessità delle vicende della Repubblica romana e come la decisione di Napoleone III di restaurare a Roma la sovranità pontificia non fosse condivisa dall'intera opinione pubblica francese, con la conseguenza di rendere insanabile che il conflitto tra i repubblicani e la parte più retriva del cattolicesimo francese.

5. Lo studio della storia e la dimensione internazionale del Risorgimento italiano

La prospettiva storica può essere preziosa nello studio del diritto pubblico contemporaneo purché non la si dogmatizzi, evitando così di perdere il significato reale delle situazioni in corso di trasformazione da un punto di vista giuridico e sociale. I diversi fenomeni giuridici e storici restano a ben vedere intimamente legati tra loro e connessi alle vicende sociali e ai presupposti etici e valutativi che danno significato alle situazioni storiche e giuridiche. Il giurista che voglia interpretare le dinamiche reali del diritto e comprendere il senso delle trasformazioni istituzionali e dei rapporti giuridici potrà avere come primo punto di riferimento il mutare di significato delle espressioni del linguaggio giuridico, che non dipende solo dagli sviluppi della giurisprudenza, ma anche da più complessi mutamenti sociali.

Nello studio della storia della Repubblica romana del 1849 occorre evitare di farsi guidare da orientamenti nostalgici del passato o volti a rintracciare solo la valenza politica degli episodi perdendo di vista gli altri significati degli sviluppi sociali, giuridici e istituzionali. Se il mito della Repubblica romana resterà vivo tra gli intellettuali e gli storici del diritto sarà possibile cogliere il complesso intreccio di significati, non solo linguistici e tecnici, legati ai valori costitutivi delle diverse esperienze giuridiche del passato. I valori della esperienza costituzionale romana del 1849 rappresentano testimonianze di grande rilievo storico e giuridico che non dovrebbero consentire all'interprete di limitarsi a risalire ai contenuti "imperativi" dei comandi impartiti dai capi politici del momento, ma spingerlo a rivolgere la propria attenzione ai complessi e spesso imprevedibili tessuti sociali, che rappresentano una delle principali ragioni che impongono di andare oltre la pura e semplice descrizione delle analogie e diversità dei comportamenti e delle tradizioni dei popoli e delle diverse collettività sociali.

Riflettere oggi sull'esperienza della Repubblica romana non significa solo celebrare l'incontestabile ricchezza di idee e progetti che hanno rappresentato dei punti di riferimento per vicende ormai molto lontane nel tempo, ma aprire lo sguardo soprattutto sui valori storici e umani che continuano a guidare il formarsi di sentimenti, miti e concezioni del mondo e delle culture sociali. Non a torto Marx e Engels consideravano l'iniziativa repubblicana del popolo "romano" come l'evento più rivoluzionario degli anni 1848-49 e, mentre non si lasciarono sfuggire l'occasione per ironizzare sul costituzionalismo dei "professori" di Francoforte, sottolineavano la presenza negli avvenimenti romani di forti connotazioni di contenuti sociali e politici innovatori³⁵. Anche Lassalle intervenne, a

³⁵ Cfr., K. Marx, F. Engels, *Rivoluzione e contro rivoluzione in Germania*, in Id., *Il 1848, In Germania e in Francia*, trad. it. di Palmiro Togliatti, Edizioni Rinascita, Roma, 1948, p. 51 dove con riferimento all'Assemblea di Francoforte si afferma «Si ebbe dunque lo strano spettacolo di un'assemblea che preten-

proposito della posizione dell'Austria e della Prussia, pubblicando un saggio a Berlino in cui si parla di quella esperienza rispetto alle idee del liberalismo più conservatore, quello della società prussiana, i cui costituzionalisti si rivelarono più sensibili e aperti all'idea di rafforzare lo Stato nazionale che non ad avviare riflessioni sul diritto pubblico europeo più consapevoli delle contraddizioni sociali che continuavano a esistere all'interno della nazione tedesca³⁶. Meriterebbero di essere ricordati, come esempi di impegno civile e costituzionale, gli scritti di intellettuali italiani diversi tra loro come Giuseppe Montanelli, Luigi Carlo Farini, Vincenzo Gioberti, Antonio Rosmini, Felice Orsini, Raffaele Oriani, fino a Giovanni Gentile e Luigi Salvatorelli, scrittori che hanno preso tutti posizione sulla controversa vicenda dello Stato romano e sui possibili sviluppi degli orientamenti costituzionali delle diverse assemblee del Risorgimento³⁷.

Schemi istituzionali e paradigmi interpretativi perdono spesso il loro significato strumentale rispetto allo sviluppo reale dei rapporti sociali anche in relazione al mutare dei modelli di comunicazione, soprattutto perché lo sviluppo dei fenomeni giuridici e istituzionali non è prevedibile e studiare la storia rappresenta perciò un percorso obbligato per chi sia interessato a uno studio realistico del diritto pubblico, perché quella giuridica è un tipo di conoscenza che deve mantenere un'assoluta concretezza, in modo da non perdere di vista i fatti, le persone e le cose, pubbliche e private.

deva di essere la sola rappresentanza legale di una nazione grande e sovrana, ma che non ebbe mai la volontà né la forza di fare riconoscere questa sua pretesa»; si veda anche a p. 53 l'affermazione secondo cui «i chiacchieroni di Francoforte» non erano mai più felici di quando potevano librarsi «nei regni aerei del sonno», differenziandosi in ciò persino dalle costituenti di Berlino e di Vienna, che almeno facevano riferimento a parlamenti reali, mentre i dibattiti di Francoforte possono interessare «unicamente il collezionista di curiosità letterarie e di antichità»; cfr. anche V. Crisafulli, *Profili costituzionali di una rivoluzione mancata, in 1848. Raccolta di saggi e testimonianze*, in *Quaderni di Rinascita*, 1948, 1, p. 49 ss., secondo il quale, con riferimento alla vicenda romana si può parlare solo «di un movimento costituente strozzato quasi sul nascere».

³⁶ Cfr. F. Lassalle, *La guerra italiana e il compito della Prussia*, Roma, 1899, p. 9 ss., dove si afferma che «Se il signor de Lamartine nel 1848 avesse fatto ciò che ha fatto ora il Bonaparte con l'intervenire in aiuto dell'Italia, la rivoluzione non avrebbe potuto essere sopraffatta dalla reazione in Francia e il popolo di Francia non sarebbe divenuto pieno di disgusto e indifferente verso il governo repubblicano; la rivoluzione nelle altre parti d'Europa non sarebbe stata vinta dalla reazione e la repubblica non sarebbe caduta. ... Il principio della democrazia ha la sua base e la sua sorgente nel principio delle libere nazionalità. Senza di esso è campato in aria».

³⁷ Cfr. B. Gatta, *La Costituzione della Repubblica romana*, cit., p. 19; M. Ferri, *Costituente e Costituzione nella Repubblica romana del 1849*, cit.; M. De Nicolò, *Gli studi sulla Repubblica romana negli ultimi cinquanta anni*, cit., p. 115 ss.

Notizie sugli Autori

Guido Alpa è professore emerito di Diritto civile presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Giuliano Amato è presidente emerito della Corte costituzionale e professore emerito presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Jean Bernard Auby è professeur émérite en Droit public presso l'Institut d'Études Politiques (Sciences PO) di Parigi.

Stefano Battini è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Toscana.

Gaetano Azzariti è professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Carla Barbati già professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Libera Università di Lingue e Comunicazione (IULM) di Milano e Consigliere di Stato.

Andrea Bixio è professore emerito di Sociologia generale presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Guido Calabresi è Sterling professor emeritus of Law presso la Yale University di New Haven.

Enzo Cardì è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

Sabino Cassese è giudice emerito della Corte costituzionale e professore emerito della Scuola Normale Superiore di Pisa.

Augusto Cerri è professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Vincenzo Cerulli Irelli è professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Angelo Antonio Cervati è professore emerito di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Edoardo Chiti è professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Scuola superiore Sant'Anna di Pisa.

Mario Pilade Chiti è professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Firenze.

Marcello Clarich è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Guido Clemente di San Luca è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" di Caserta.

Guido Corso è professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

Paul Craig è emeritus professor of English Law presso l'University of Oxford.

Gianfranco D'Alessio è professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

Monica De Angelis è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università Politecnica delle Marche di Ancona.

Maria De Benedetto è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

Giacinto della Cananea è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università commerciale "Luigi Bocconi" di Milano.

Gabriella De Giorgi Cezzi è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università del Salento di Lecce.

Enrico del Prato è professore ordinario di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Giuseppe Di Gaspere già professore ordinario di Diritto dell'economia presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali "Guido Carli" (LUISS) di Roma.

Marco Dugato è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

Yves Gaudemet è professeur émérite en Droit public presso l'Université Paris-Panthéon-Assas di Parigi.

Leonardo Ferrara è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Firenze.

Spyridon Flogaitis è professor of Public Law presso la National and Kapodistrian University of Athens.

Claudio Franchini è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Angelo Lalli è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Peter L. Lindseth è Olimpiad S. Ioffe professor of International and Comparative Law presso la University of Connecticut di Hartford.

Massimo Luciani già professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Elisenda Malaret è catedràtica de Derecho administrativo presso l'Universitat de Barcelona.

Francesco Manganaro è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria.

Jerry L. Mashaw è Sterling professor emeritus of Law presso la Yale University di New Haven.

Bernardo Giorgio Mattarella è professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali "Guido Carli" (LUISS) di Roma.

Guido Melis già professore ordinario di Storia delle istituzioni politiche presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Joana Mendes full professor in Comparative and Administrative Law presso l'Université du Luxembourg.

Francesco Merloni già professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Perugia.

Gillian E. Metzger è Harlan Fiske Stone professor of Constitutional Law presso la Columbia University di New York City.

Luigi Moccia è professore ordinario di Diritto privato comparato (f.r.) presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

Alfredo Moliterni è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Giuseppe Morbidelli è professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Laura Moscati è professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Giulio Napolitano è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

Alessandro Pajno è presidente emerito del Consiglio di Stato.

Cesare Pinelli è professore ordinario di Istituzioni diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Benoît Plessix è professeur en Droit public presso l'Université Paris-Panthéon-Assas di Parigi.

Aristide Police è professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali “Guido Carli” (LUISS) di Roma.

Nicoletta Rangone è professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Libera Università Maria Santissima Assunta (LUMSA) di Roma.

Mauro Renna è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Paolo Ridola è professore emerito di Diritto pubblico comparato presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

Giampaolo Rossi è professore emerito di Diritto amministrativo presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

Aldo Sandulli è professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali “Guido Carli” (LUISS) di Roma.

Eberhard Schmidt-Abmann è professor emeritus de Öffentliches Rechts presso l’Universität Heidelberg.

Franco Gaetano Scoca è professore emerito di Diritto amministrativo presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

Bernardo Sordi è professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l’Università degli Studi di Firenze.

Peter L. Strauss è Betts professor emeritus of Law presso la Columbia University di New York City.

Luisa Torchia è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l’Università degli Studi “Roma Tre”.

Finito di stampare nel mese di novembre 2022
nella Rotolito S.p.A. – Via Sondrio, 3 – 20096 Pioltello (MI)